

PENSAR EN DERECHO N°19



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN **DERECHO**

NRO. 19 AÑO 9

Directora

Mónica Pinto

Comité editorial

Guido Barbarosch

Ivana Bloch

María Victoria Famá

Gisela Makowski

Juan Pablo Mugnolo

Alberto A. Spota

Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Comité Académico

Susana Albanese

Susana Cayuso

Raúl Etcheverry

Fernando García Pullés

Carlos Gherzi

Adrián Goldin

Martín Krause

Delia Lipszyc

Luis Niño

Renato Rabbi Baldi

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum



Eudeba

Universidad de Buenos Aires

1º edición: diciembre de 2021

© 2021

Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires

Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202

www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Vicedecano: *Dr. Marcelo Gebhardt*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal
Prof. Ernesto Marcer
Prof. Leila Devia
Prof. Gonzalo Álvarez
Prof. Luis Mariano Genovesi
Prof. Luis Niño
Prof. Daniel R. Vítolo
Prof. Alfredo Vítolo

Consejeros suplentes

Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Mary Beloff
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra
Prof. Juan Pablo Mugnolo
Prof. Carlos Clerc
Prof. Silvina González Napolitano
Prof. Graciela Medina
Prof. Alejandro Argento

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Carlos Mas Velez
Ab. Silvia Bianco
Ab. Fabián Leonardi
Ab. Fernando Muriel

Consejeros suplentes

Ab. Elisa Romano
Ab. Oscar Jiménez Peña
Ab. Aldo C. Gallotti
Ab. Ana Florencia Adeldardi Miranda

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Víctor F. Dekker
Catalina Cancela Echegaray
Yamila P. Ramos López
Luis R. López Lage

Consejeros suplentes

Mauro C. Vera
María del Pilar Ciambotti
Javier W. Bica Ríos
Julia Ben Ishai

Representante No Docente

Sra. Lorena Castaño

Secretarios

Secretaría Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*
Secretario de Investigación: *Dr. Daniel Pastor*
Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: *Ab. Marcelo Haissiner*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas G. Bettendorff*
Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*
Subsecretario de Investigación: *Dr. Emiliano J. Buis*
Subsecretario Técnico en Administración: *Ab. Daniel Díaz*
Subsecretario de Planeamiento Educativo: *Dra. Noemí Goldsztern de Rempel*

Índice

Dossier Pandemia y Derechos Humanos

Pensando los poderes del gobierno en pandemia..... 9

Mónica Pinto

Una pandemia al margen de la ley: derechos y democracia en la
respuesta argentina al COVID-19.....21

Nahuel Maisley

¿Los Estados respetan el marco jurídico de protección de los derechos humanos
para enfrentar la pandemia del COVID-19?53

Marta R. Vigevano

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Expulsión del extranjero por razones penales en el régimen argentino 63

María Lourdes González San Juan

El régimen de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) en
Argentina95

Inés E. Famá

La ficción en la norma fundamental de Hans Kelsen: según la teoría de la formali-
zación normativa de Gilbert Simondon y las teorías de las ficciones jurídicas..... 127

Sofía Paola Lorenzo

Dossier
Pandemia y Derechos Humanos

Pensando los poderes del gobierno en pandemia

*Mónica Pinto**

Resumen

La pandemia del COVID-19 produjo respuestas autoritarias en la mayoría de los casos. Varios gobiernos decretaron el estado de emergencia o excepción que consiste en suspender el ejercicio de los derechos humanos protegidos en los tratados internacionales. En este trabajo sostengo que la declaración de estado de emergencia es inadecuada para la ocasión que, justamente, requiere una vigencia reforzada de derechos. No propongo un gobierno inactivo, sino uno que se rija por leyes que impongan restricciones específicas y proporcionadas a la situación.

Palabras clave: pandemia, Derechos Humanos, estado de excepción, restricciones legítimas.

Reviewing Government's Powers during the Pandemic

Abstract

The COVID-19 pandemic gave room to authoritarian responses. Many governments declared state of emergency or exception, in which they could derogate from protected rights under international treaties. In this article I state that the declaration of the state of emergency is not adequate to the circumstances, which, specifically, requires a more robust standard of rights. I am not proposing an inactive government but one which works with acts adopted by Parliament and imposing legitimate restrictions, proportionate to the situation.

* A Profesora emérita, UBA, miembro del *Institut de Droit International*; monicapinto@derecho.uba.ar.

Keywords: Pandemic, Human Rights, State of Emergency, Legitimate Restrictions.

La pandemia del COVID-19 puso al mundo en pausa. La reacción de los Estados fue diversa pero, en términos generales, bastante autoritaria: los poderes ejecutivos tomaron decisiones como si estuviéramos en guerra y las gentes asustadas aceptaron silenciosamente.

Según el Consejo de Europa, Latvia, Rumania, Armenia, Moldavia, Estonia, Georgia, Albania, Macedonia del Norte, Serbia, San Marino, Francia, Grecia, Irlanda, Turquía y el Reino Unido informaron de su intención de utilizar el artículo 15 del Convenio Europeo¹ que permite la suspensión de Derechos Humanos en estados de excepción o emergencia. Solo 18 de los 47 miembros del organismo regional.

Según la OEA, 17 Estados declararon estado de sitio o de emergencia en relación con la pandemia del COVID-19 adoptando medidas que incluyeron, por ejemplo, el toque de queda. Se trata de: Ecuador, Colombia, Guatemala, Bolivia, Panamá, Chile, Honduras, Argentina, Perú, República Dominicana, El Salvador, Surinam, Paraguay, Venezuela, Jamaica y Uruguay.²

Las informaciones anteriores ciertamente no agotan los posibles estados de excepción declarados con motivo u ocasión de la pandemia del COVID-19 pero son una muestra válida para intentar un análisis.

La suspensión de derechos, prevista tanto en el artículo 15 del Convenio Europeo cuanto en el artículo 27 de la Convención Americana y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incrementa los poderes de la rama ejecutiva del gobierno y la autoriza a tomar decisiones que, normalmente, deberían haber sido dispuestas por ley u ordenadas por los jueces. Más allá o más acá del carácter democrático del gobierno de turno, en los hechos el incremento de la vulnerabilidad de las personas es incuestionable.

En la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, el ejercicio de los derechos a la libertad religiosa y práctica del culto, incluido el culto a los muertos, el derecho de reunión, el derecho a contraer matrimonio, el derecho de circu-

1. European Court of Human Rights, *Factsheet: Derogation in Time of Emergency*, April 2021, p.2.

2.http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_suspension_garantias.asp.

lación, el derecho a la salud en relación con otras patologías distintas de COVID-19, el derecho a la educación, el derecho a participar de la vida cultural, incluida la práctica de deportes, el derecho al trabajo, entre otros, resultaron suspendidos de la noche a la mañana y por períodos importantes de tiempo.

Si, tal como sostienen los científicos, esta no será la última pandemia y debemos aprender a vivir con epidemias y pandemias y si, además, los efectos de tales situaciones no son solamente sanitarios sino también económicos, jurídicos, humanos, colocar a las personas en situación de mayor vulnerabilidad no parece ser lo adecuado.

Mi planteo consiste en señalar que la suspensión de derechos no corresponde en situaciones como la pandemia COVID-19, por el contrario, resulta necesario enfocar la cuestión más allá de la coyuntura como un tema de restricciones o excepciones debidamente legisladas sobre las cuales ejerza jurisdicción el poder judicial.

I. La suspensión de derechos

Los derechos humanos consagrados por el orden jurídico son esencialmente relativos, esto es, son susceptibles de una reglamentación razonable. Sin perjuicio de ello, algunos derechos protegidos pueden ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio e, incluso, de suspensión extraordinaria.

El estado de excepción o de emergencia apunta a situaciones de extrema gravedad, como el “caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado parte”³ o el “caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”⁴ o “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”.⁵

Se trata de una situación real o inminente, por eso la acción en presente, de extraordinaria gravedad que afecte y amenace la vida de la comunidad

3. *Convención Americana sobre derechos humanos*, San José, 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123, artículo 27 (en adelante CADH).

4. *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Roma, 4 de noviembre de 1950, 213 UNTS 221, artículo 15 (en adelante CEDH).

5. *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, 999 UNTS 171, artículo 4 (en adelante PIDCP).

organizada en el Estado parte.⁶ Es el Estado, no el gobierno, quien debe estar amenazado. Un gobierno puede estar amenazado en un proceso electoral y ello no habilita la situación de excepción o emergencia como tampoco otras situaciones que pudieran ser protegidas mediante restricciones legítimas al ejercicio de determinados derechos.

Muy tempranamente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretó que “otro peligro público que amenace la vida de la nación [...] se refiere a una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el estado”.⁷ También en los primeros tiempos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la enumeración de causas efectuada por el artículo 27.1 de la Convención Americana “ha sido complementada por la doctrina en general y la Comisión en especial, agregando las características que deben tener las situaciones descritas a través de conceptos tan amplios como son el de ‘peligro público’ o ‘emergencia que amenace...’”. Al respecto se ha entendido que dichas situaciones deben ser de extrema gravedad, por una parte, y deben encontrarse en curso de ejecución o ser efectivamente inminentes, por la otra”.⁸

Es el gobierno, a través de sus órganos competentes,⁹ el que determina la existencia de la emergencia, y para ello goza de cierto margen de apre-

6. Claudio Grossman, “A Framework for the Examination of States of Emergency Under the American Convention on Human Rights”, 1 *American University Journal of International Law & Policy*, 1986, 35-55, 42-47; también del mismo autor “El régimen hemisférico sobre situaciones de emergencia” en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I* (Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza, comps.), San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, 155-170, 159-162; Joan F. Hartman, “Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies”, 22 *Harvard International Law Journal*, 1981-1, 16.

7. European Court on Human Rights, *Lawless v. Ireland*, Judgment, 1 July 1961, # 28.

8. OEA/Ser.L/V/II/68, doc. 8, rev. 1, p. 177.

9. Conforme lo dispuesto en la Constitución Nacional argentina, la declaración de estado de sitio en caso de conmoción interior corresponde al Congreso de la Nación y solo al presidente de la Nación cuando el Congreso está en receso; cf. artículos 75, inciso 29º, y 99, inciso 16º. Por el contrario, cuando se trata de ataque exterior, su declaración corresponde al presidente de la Nación con autorización del Senado; cf. artículos 61 y 99, inciso 16º.

ciación que se legitima mediante la intervención de los Parlamentos como expresión de la democracia representativa.¹⁰

La Corte IDH tiene dicho que “[h]abida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a ‘las exigencias de la situación’ resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a las que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella. En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que para que se justifique un estado de excepción es necesario: “a) que exista una situación excepcional de crisis o emergencia; b) que ésta afecte a toda la población, y c) que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad”.¹¹

Lo anterior no agota los requisitos normativos, sin embargo, resulta fácil advertir que las dificultades de la pandemia del COVID-19, incluso en los primeros días de tanta ignorancia e incertidumbre, no pusieron en riesgo la vida de ningún Estado; ningún gobierno estuvo en peligro por el solo hecho de declararse la pandemia. No hemos oído de esto en ninguna parte del mundo.

Podrán avanzarse argumentos sobre la ignorancia y la falta de certeza de los hechos relacionados con la pandemia en defensa de las medidas adoptadas pero no creo que sean aptos ni suficientes. No son aptos porque no reúnen los requisitos legales. No son suficientes porque no permiten entender la vigencia de la ley marcial, la cuarentena de varios meses, la imposibilidad de despedirnos de los muertos, entre otras muchas cuestiones. Además la suspensión conoce de límites temporales y materiales que, en general, no se respetaron.

Asimismo, los estados de excepción en la región se han traducido en un uso excesivo de la fuerza por parte de los funcionarios encargados de aplicar

10. Parliament: Guardian of Human Rights, *supra*, p. 91.

11. Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C N° 166., párr. 45-6.

la ley, quienes integran las fuerzas de seguridad, normalmente bajo control de las autoridades políticas.

La Corte IDH tiene dicho que “[e]l uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control”.¹²

Más específicamente: “La Corte ha reconocido que los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio y, por tanto, tienen el derecho de emplear legítimamente la fuerza para su restablecimiento de ser necesario. Si bien los agentes estatales pueden recurrir al uso de la fuerza y en algunas circunstancias, se podría requerir incluso el uso de la fuerza letal, el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus autores”.¹³

En el ámbito local, casos como el de Fernando Astudillo Castro, solo por citar uno emblemático, demuestran que ello no fue así.

Resulta, pues, que el estado de emergencia o excepción no es la herramienta adecuada para situaciones como la pandemia del COVID-19, que no puso en peligro la existencia de ningún Estado. Esta conclusión no conduce a sostener que nada debe hacerse. Por el contrario, sí creo que los órganos de gobierno deben prever una estrategia para tiempos de epidemia y de pandemia que eventualmente imponga restricciones a los derechos protegidos y que deben hacerlo *comme il faut*.

En el cierre de un coloquio conjunto del Collège de France y del Collège de Belgique, François Ost reflexionaba sobre la necesidad de dotarse de un estado de derecho para los períodos de sombra.¹⁴ En esa línea, la Comisión

12. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C N° 1506, párr. 67.

13. Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C N° 292, párr. 262.

14. *Les droits humains à l'épreuve du COVID-19*, en <https://www.youtube.com/watch?v=2-LUHEuFPS4&t=13363s>.

de Venecia recomendó a los Estados de la UE darse un marco jurídico para limitar el estado de excepción.¹⁵

II. Las restricciones legítimas

El Convenio Europeo, la Convención Americana, la Carta Africana,¹⁶ los Pactos Internacionales, la Convención sobre los derechos del niño,¹⁷ identifican determinados derechos humanos respecto de los cuales se prevén restricciones específicas. De esta suerte, la libertad de conciencia y religión,¹⁸ la libertad de pensamiento y de expresión,¹⁹ el derecho de reunión,²⁰ la libertad de asociación,²¹ el derecho de circulación y residencia,²² el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección,²³ el derecho de acceso a las audiencias públicas en los procesos penales,²⁴ el derecho a la vida privada,²⁵ contienen en su propia enunciación el criterio válido que autoriza una restricción legítima.

15. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law during States of Emergency: Reflections*, CDL-AD(2020)014, Study 987/2020, 19 June 2020.

16. *The African Charter on Human and People's Rights, Banjul Charter*, 19 January 1981, 21 ILM 58-68 (1982) from CAB/LEG/67/3/Rev.5.

17. *Convención sobre los derechos del niño*, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, 1577 UNTS 3 (en adelante CRC).

18. CEDH, artículo 9.2; CADH, artículo 12.3; Carta africana, artículo 8; PIDCP, artículo 18.3; CRC, artículo 14.3.

19. CEDH, artículo 10.2; CADH, artículo 13.2; PIDCP, artículo 19.3; CRC, artículo 13.2.

20. CEDH, artículo 11.2; CADH, artículo 15; Carta africana, artículo 11; PIDCP, artículo 21; CRC, artículo 15.

21. CADH, artículo 16.2; PIDCP, artículo 22.2; CRC, artículo 15.

22. CEDH, Protocolo N°4, artículo 2.3/4; CADH, artículo 22.3; Carta africana, artículo 12; PIDCP, artículo 12.3; CRC, artículo 10.2.

23. Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Nueva York, 16 de diciembre de 1966. 993 UNTS 3, artículo 8.1.a) (en adelante PIDESC).

24. CEDH, artículo 6.1; CADH, artículo 8.5; PIDCP, artículo 14.1

25. CEDH, artículo 8.2.

Los criterios enunciados son los de la restricción prescrita por ley,²⁶ necesaria en una sociedad democrática,²⁷ para proteger la seguridad nacional,²⁸ la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

En principio, no todos los derechos deben restringirse. Asimismo, las restricciones que se impongan deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y a condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.²⁹

Los criterios anteriores derivan de lo dispuesto en la norma del artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “en el ejercicio de sus derechos y en disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

En palabras de la Corte IDH, “las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”.³⁰

La ley que impone restricciones debe ser una ley formal, dictada por el legislativo de conformidad con las pautas constitucionales respecto de cómo sancionar una ley, una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al principio de igualdad y que, en caso de aplicación abusiva,

26. Esta restricción no rige respecto del derecho de acceso a las audiencias públicas de los procesos penales pues se deja en manos del Tribunal la decisión respectiva.

27. La Carta africana carece de referencia a la cláusula de “una sociedad democrática”.

28. El criterio de la “seguridad nacional” no se aplica a la libertad de manifestar la propia religión o creencias, cf. art. 12 CADH, art. 18 PIDCP.

29. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre derechos humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párr. 37.

30. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 45.

debe dar lugar a recurso;³¹ en palabras de la Corte IDH, “sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana”.³² Esto apunta al papel del Parlamento en la defensa de los derechos humanos, a su carácter representativo.

La restricción debe “ser necesaria en una sociedad democrática”. Se trata de un criterio de legitimación política que atañe a los fines de la limitación, la relación entre los fines y la limitación o la limitación en sí misma. En todo caso, debe expresar consistencia con los principios de una sociedad democrática; es decir que la restricción es necesaria cuando se vincula con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas.³³ La Corte Interamericana no solo ha endosado los puntos de vista de su par europea sino que se ha preocupado por subrayar que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido [...] Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.³⁴

En relación con esta pandemia de COVID-19, la Corte IDH sostuvo que “[t]odas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos

31. The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, items 15-18, 17 *Human Rights Quarterly* (1985), 3-14; Los Principios de Limburgo relativos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 2 a 6 de junio de 1986, items 48-51. Estos principios emanan de los Principios de Siracusa 15-18.

32. Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A N°6, párrafo 37. En la República Argentina esto exige de una norma surgida del procedimiento previsto en la Constitución Nacional para la formación y sanción de las leyes.

33. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre derechos humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párr. 41-42.

34. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre derechos humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párr. 46.

definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.³⁵

Finalmente, la restricción solo es legítima cuando persigue determinados fines: el orden público –“una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”–,³⁶ la seguridad nacional –que solo autoriza la limitación de derechos cuando existe una efectiva amenaza o un uso de fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado y que debe traducirse en la inviolabilidad de los derechos de las personas;³⁷ la seguridad pública que apunta a proteger contra peligros para la seguridad de las personas o de sus bienes;³⁸ el bien común, “como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”;³⁹ la salud pública, para permitir al Estado adoptar las medidas necesarias para prevenir, o en su caso enfrentar, serias amenazas a la salud de la población o de alguno de sus miembros;⁴⁰ la moral pública, respecto de la cual se asume que el Estado goza de cierto margen de apreciación cuando la invoca como pauta legítima para restringir el ejercicio de determi-

35. Corte IDH, *Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, 9 de abril de 2020, COVID-19 y Derechos Humanos: Los Problemas y Desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf.

36. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre derechos humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párr. 64.

37. Bert B. Lockwood, Jr., Janet Finn & Grace Jubinsky, “Working Paper for the Committee of Experts on Limitation Provisions”, *7 Human Rights Quarterly*, 1985, 35-88, 72.

38. *The Siracusa Principles*, items 33-34.

39. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre derechos humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párr. 66.

40. *The Siracusa Principles*, items 25-26.

nados derechos, sin perjuicio de lo cual debe demostrar que tal restricción es esencial para el mantenimiento del respeto por los valores fundamentales de una sociedad; los derechos y libertades de terceros o los derechos y reputación de otros como pauta de limitación derivan de las más clásicas definiciones de derecho, como orden jurídico objetivo, dadas por el derecho romano.

Sostuvo la Corte IDH, “[e]sos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”.⁴¹

En el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, se exige que las limitaciones fomenten el bienestar general, esto es, que reflejen un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto.⁴² Sucede que hay un mínimo de derechos básicos cuya restricción no se considera compatible con la promoción del bienestar general en una sociedad democrática, el derecho a la alimentación, la atención primaria de la salud, el derecho a tener un alojamiento precario y la educación básica. El mismo criterio del bienestar general en una sociedad democrática impone la protección a los grupos en situación de vulnerabilidad, como lo han sido en esta pandemia varios grupos. A esto apuntó la Corte IDH en su declaración: “Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad”.⁴³

Este, el de las restricciones –pensadas, debatidas, aceptadas por el parlamento democrático– debe ser el marco de las medidas en situaciones como las del COVID-19. Las restricciones permiten la consulta con los especialistas –no solo los médicos y sanitaristas sino también los de derechos humanos–, la actuación del Congreso y ser cuestionadas ante los jueces.

41. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre derechos humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A N°5, párr. 67.

42. *Principios de Limburgo*, N°52.

43. *Supra XX*.

III. A modo de conclusión

La declaración del estado de excepción o de emergencia no corresponde en períodos como la pandemia COVID-19 que vivimos. La situación es global en su alcance en el mundo y también lo es en sus efectos; sin embargo, no pone en peligro la vida del Estado. No se trata de resignar derechos porque “la patria está en peligro”, se trata de organizar las cosas para protegernos lo mejor posible en la pandemia y eso no puede hacerse a costa de los derechos.

Ello no implica que no deban tomarse medidas respecto de algunos derechos, como el de asociación y, por ejemplo, prohibirse espectáculos públicos multitudinarios, etc., pero esto es parte de la función de las restricciones legítimas. Es más, en el caso del derecho de reunión, está expresamente previsto en las normas.

La diferencia no es menor. La suspensión restringe derechos e incrementa los poderes del ejecutivo, la restricción se decide en una ley, con participación de todo el espectro con representación política, es conocida por todos con anterioridad a la ocurrencia de los hechos y se somete al escrutinio de los jueces. Ello requiere que, además, entendamos que durante la pandemia funcionen las instituciones del Estado porque las tres ramas son esenciales. Todo esto enmarca en lo que se denomina el estado de derecho o *rule of law*, escenario en el que los derechos humanos encuentran su lugar.

Bibliografía

- Grossman, Claudio, “A Framework for the Examination of States of Emergency Under the American Convention on Human Rights”, 1 *American University Journal of International Law & Policy*, 1986, 35-55.
- “El régimen hemisférico sobre situaciones de emergencia”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I* (Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loaiza, comps.), San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, 155-170.
- Hartman, Joan F., “Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies”, 22 *Harvard International Law Journal*, 1981-1, 16.
- Lockwood, Bert B., Jr., Janet Finn & Grace Jubinsky, “Working Paper for the Committee of Experts on Limitation Provisions”, 7 *Human Rights Quarterly*, 1985, 35-88.
- Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

Una pandemia al margen de la ley: derechos y democracia en la respuesta argentina al COVID-19

*Nahuel Maisley**

Resumen

Entre 2020 y 2021, la Argentina vivió, institucionalmente, en un estado de excepción. Este trabajo analiza lo ocurrido a lo largo de estos meses en línea con algunas ideas señeras de Carlos Nino. Específicamente, sugiere que la anomia institucional que vivió nuestro país durante la pandemia promovió una indiferencia hacia el derecho que terminó privando a la sociedad de herramientas cruciales para resolver problemas intersubjetivos urgentes (en medio de una de las crisis más importantes de nuestra historia). La banalización de mecanismos institucionales excepcionales y delicados –como la suspensión prolongada del ejercicio de derechos humanos, o la marginalización del Congreso mediante el abuso de los decretos de necesidad y urgencia– incentivó a la sociedad a renunciar al derecho como mecanismo de organización social, con consecuencias trágicas en términos sanitarios, económicos y sociales. El trabajo sugiere que esta “anomia boba” y sus consecuencias podrían haber sido mitigadas si el sistema institucional hubiera procesado la crisis respetando los procedimientos y mecanismos previstos en la constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte de nuestro sistema jurídico.

Palabras clave: pandemia, Derechos Humanos, Decretos de Necesidad y Urgencia, legitimidad.

* Profesor de Derecho Internacional Público (Universidad de Buenos Aires), Global Associate Professor of Law (New York University), Investigador Permanente (Instituto Gioja-CONICET); nmaisley@derecho.uba.ar.

Agradezco a Magdalena Rochi Monagas, Sebastián Guidi, Marcelo Alegre y Johanna Zimmerman por sus comentarios a una primera versión de este texto.

A Lawless Pandemic: Rights and Democracy in Argentina's Response to COVID-19

Abstract

In 2020 and 2021, Argentina lived, institutionally, in a state of exception. This article studies the events of these months following seminal ideas from Carlos Nino. Specifically, it suggests that the institutional anomie that our country experienced during the pandemic promoted an indifference towards the law, which ended up depriving society of crucial tools to solve urgent intersubjective problems (in the midst of one of the most important crises in our history). The trivialization of exceptional and delicate institutional mechanisms –such as the prolonged suspension of the exercise of human rights, or the marginalization of Congress through the abuse of the decrees of necessity and urgency– encouraged society to renounce to law as a mechanism of social organization, with tragic consequences in sanitary, economic, and social terms. The article suggests that this “silly anomie” and its consequences could have been mitigated if the institutional system had processed the crisis respecting the procedures and mechanisms established in the constitution and in the international human rights treaties that are part of our legal system.

Keywords: Pandemic, Human Rights, Decrees of Necessity and Urgency, Legitimacy.

En el año 2020, durante más de siete meses, las y los habitantes del Área Metropolitana de Buenos Aires tuvieron prohibido salir de sus hogares (a menos que pudieran convencer al Estado argentino del carácter esencial de su actividad).¹ Según el Poder Ejecutivo, incumplir esta obligación podía

1. La obligación estuvo en pie desde la entrada en vigor del DNU 297/2020, el 20 de marzo de 2020, hasta el dictado del DNU 875/2020, del 7 de noviembre de 2020. Véase Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 (19 de marzo de 2020), artículos 1 y 2, y Decreto de Necesidad y Urgencia 875/2020 (7 de noviembre de 2020), artículos 2 y 3. En muchas otras partes del país ocurrió lo mismo, por distintos períodos de tiempo. Para un análisis completo de las medidas tomadas por el gobierno argentino frente al COVID-19, véase Magdalena Rochi Monagas, Nahuel Maisley, Maricel Asar, Roberto Gargarella &

implicar la comisión de un delito penal, sancionable con hasta dos años de prisión.² Las medidas en cuestión fueron establecidas –durante estos siete meses, y durante otros catorce meses adicionales– de forma unilateral por el presidente, sin intervención del Congreso y sin debate público previo, a través de decretos de necesidad y urgencia renovados periódicamente, cuyo contenido era comunicado a la sociedad recién una vez emitidos.³

Como era de esperarse, estas reglas se incumplieron abierta y sostenidamente. Luego de cierto tiempo, pese a que la norma estaba vigente, todos y todas sabíamos que “bueno, en realidad, lo que dice la norma no importa tanto, *nadie* puede quedarse encerrado durante siete meses”.⁴ Incluso el presidente reconoció esta lógica en una entrevista televisiva en septiembre de 2020, en plena vigencia de las medidas en cuestión: “No hay cuarentena, no hay que confundir a la gente”, dijo. “Si tuviéramos 160 días de cuarentena real, no tendríamos ninguno de los problemas que estamos teniendo [de aumento de casos de COVID-19], porque son derivados de la mayor circulación y del mayor contacto de la gente entre sí [...]. Yo estuve en la calle y

Ramiro Álvarez Ugarte, “Argentina: Legal Response to COVID-19”, ed. Jeff King y Octavio Ferraz, *The Oxford Compendium of National Legal Responses to COVID-19* (Oxford: Oxford University Press, 2021), <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-occ19/law-occ19-e21>.

2. Véase, por ejemplo, el artículo 30 del DNU 297/2020. Para un análisis, véase Rochi Monagas *et al.*, “Argentina”, párr. 139-143.

3. El primer decreto, el DNU 297/2020, estuvo en vigor desde el 20 de marzo de 2020. El último decreto, el DNU 678/2021, está en vigor desde el 1 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2021 (véase Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 (19 de marzo de 2020), artículos 1 y 2, y Decreto de Necesidad y Urgencia 678/2021 (30 de septiembre de 2021), artículo 18).

4. En un trabajo que hicimos con colegas analizando estas medidas, sugerimos dos razones para el desarrollo de esta práctica de incumplimiento generalizado: “Primero, se fueron insertando varias excepciones a la orden inicial de permanecer en la residencia de cada uno, creando listas interminables (y a veces poco claras) de actividades autorizadas. La confusión sobre las excepciones erosionó la fuerza de la orden general y la gente comenzó a encontrar lagunas para justificar sus actividades. Y, en segundo lugar, en un país con una tasa de pobreza nacional superior al 40%, muchos tuvieron que incumplir las órdenes para poder trabajar y satisfacer sus necesidades básicas. Además, después de varios meses de aislamiento, incluso los que estaban por encima de la línea de pobreza incumplieron el aislamiento, de modo tal de poder seguir con sus vidas” (Rochi Monagas *et al.*, “Argentina”, párr. 68.)

la gente sale y camina en la Ciudad de Buenos Aires: no llevamos 160 días de cuarentena”.⁵ Tiempo después se supo que el propio presidente, en julio de 2020, llegó al extremo de festejar el cumpleaños de su pareja en la residencia oficial, en una cena con más de diez personas, en abierta violación a las normas dictadas por él mismo.⁶ Para esa misma fecha, una encuesta mostraba que el 88% de las personas admitía haber visitado amigos o familiares, pese a las restricciones vigentes.⁷ Algunos meses después, un asesor del presidente reconoció que “esa cuarentena se prolongó en el tiempo quizá más de lo que hubiera sido lógico y esto hizo que la gente desarrollara una tendencia a incumplir las medidas”.⁸

5. “Alberto Fernández ante el aumento de casos: ‘No hay cuarentena’ pero puede haber ‘botón rojo’”, *Perfil*, 9 de febrero de 2020, sec. política, <https://www.perfil.com/noticias/politica/alberto-fernandez-ante-el-aumento-de-casos-no-hay-cuarentena-pero-puede-haber-boton-rojo.phtml>. El gobernador de la provincia de Buenos Aires sostuvo algo parecido en una de las conferencias de prensa en que –paradójicamente– se anunciaba otra extensión del aislamiento, argumentando que los datos de circulación real mostraban que “en la Argentina se ha flexibilizado la cuarentena” (“Coronavirus en la Argentina. Axel Kicillof: ‘Con la vacuna se ve el final del laberinto, no lo arruinemos ahora’”, *La Nación*, 14 de agosto de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/politica/axel-kicillof-nid2421268/>).

6. Véase, por ejemplo, “Las fotos de un cumpleaños en plena cuarentena radical en 2020 que crean una tormenta política para el presidente argentino Alberto Fernández”, *BBC News Mundo*, 14 de agosto de 2021, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58211722>.

7. Eduardo Paladini, “¿Cuarentena relajada? El 87,6% admite que visitó a amigos o familiares pese al aislamiento”, *Clarín*, 18 de julio de 2020, https://www.clarin.com/politica/-cuarentena-relajada-87-6-admite-visito-amigos-familiares-pese-aislamiento_o_be8soovYV.html. Estos datos son coherentes con estudios empíricos realizados en la región sobre el tema: al analizar la información sobre cuarentenas en 120 países, Eduardo Levy Yeyati y Luca Sartorio han encontrado “un incumplimiento generalizado y creciente a lo largo del tiempo, que es significativamente mayor en las economías emergentes y en desarrollo” (Eduardo Levy Yeyati y Luca Sartorio, “Take me out: De facto limits on strict lockdowns in developing countries”, *UTDT - Escuela de Gobierno - Documento de Trabajo 2020/8*, julio de 2020, https://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=20335&id_item_menu=31549).

8. Declaraciones del Dr. Eduardo López en Valeria Chávez, “Contrapunto: dos expertos analizan los aciertos y errores en el manejo de la pandemia a nivel local”, *Infobae*, 3 de marzo de 2021, [/salud/2021/03/03/contrapunto-dos-expertos-analizan-los-aciertos-y-errores-en-el-manejo-de-la-pandemia-a-nivel-local/](https://www.infobae.com/2021/03/03/contrapunto-dos-expertos-analizan-los-aciertos-y-errores-en-el-manejo-de-la-pandemia-a-nivel-local/).

Aunque a veces no se manifieste tan obscenamente, esta relación tóxica con las normas no es nueva en nuestro país. En 1992, Carlos Nino describió a la Argentina como “un país al margen de la ley”, y sugirió que este fenómeno podía explicar (al menos parcialmente) nuestro subdesarrollo.⁹ Según Nino, el problema es más serio que una mera acumulación de incumplimientos por autointerés egoísta. Tenemos una “anomia boba”, que implica una “inobservancia de normas que produce una cierta disfuncionalidad en la sociedad” porque lleva a “situaciones sociales en las que todos resultan perjudicados por la ilegalidad en cuestión”.¹⁰ Es una situación en la que la interacción social es menos eficiente que “cualquiera otra que se podría dar en la misma situación colectiva y en la que se observara una cierta norma”¹¹ –una “interacción autofrustrante para los mismos intereses de los actores”.¹² Todas y todos nos beneficiaríamos, por ejemplo, de un sistema de tránsito más fluido, y lo obtendríamos si cumpliéramos con las normas pertinentes; aun así, incumplimos, y salimos en última instancia perjudicados.¹³

Una de las contribuciones centrales de aquel libro de Nino fue conectar la persistencia de esa anomia en la vida social argentina con la anomia institucional que caracteriza, muchas veces, a nuestro país.¹⁴ Aunque esta conexión no fuera estrictamente causal –dado que la anomia social tiene, ciertamente, múltiples orígenes– Nino sostenía que la construcción institucional de mecanismos de interacción cívica virtuosa es un elemento indispensable para revertir estas relaciones sociales perniciosas.¹⁵ Y esa interacción cívica

9. Carlos Santiago Nino, *Un país al margen de la ley*, 4ª edición, 2011 (Buenos Aires: Ariel, 1992).

10. Nino, *Un país al margen de la ley*, 34.

11. Nino, *Un país al margen de la ley*, 39.

12. Nino, *Un país al margen de la ley*, 85.

13. Nino, *Un país al margen de la ley*, 36-40; 121-125.

14. La “tendencia a la ilegalidad, o a la anomia en general”, decía Nino, “tiene ejemplo e inspiración en el manejo del poder público” (Nino, *Un país al margen de la ley*, 85).

15. En el prólogo del libro, Roberto Gargarella identifica, con justicia, estas ideas de Nino con la tradición de filosofía política conocida como “republicanismo cívico”, basada en una concepción de las virtudes como motor de los procesos de toma de decisiones públicas. Véase Roberto Gargarella, “Prólogo”, en *Un país al margen de la ley*, de Carlos Santiago Nino, 4ª edición, 2011 (Buenos Aires: Ariel, 1992), 7-10. En la misma línea, en obras recientes, el propio Gargarella traza una conexión similar, sugiriendo que “la derrota del

virtuosa, que Nino identificaba con la democracia deliberativa, no puede jamás construirse sin normas que la guíen.¹⁶ Entonces, para Nino, “la única esperanza de superar esta tendencia a la ajuricidad en la Argentina es mediante el mismo proceso de deliberación pública que es consustancial a la democracia”.¹⁷ Y a ello solo se llegará a través del proceso de “señalar [...] las consecuencias dañosas de la ajuricidad, de mostrar cómo la cooperación es socialmente beneficiosa, de argumentar a favor de la adopción de ciertas normas que permitan esa cooperación y, finalmente, de acordar en forma consciente y deliberada atenerse colectivamente a esas normas”.¹⁸

En este breve trabajo quiero sugerir, en línea con aquellas ideas de Nino, que la anomia institucional que vivió nuestro país durante la pandemia promovió una indiferencia hacia el derecho que terminó privando a la sociedad de herramientas cruciales para resolver problemas intersubjetivos urgentes (en medio de una de las crisis más importantes de nuestra historia). La banalización de mecanismos institucionales excepcionales y delicados –como la suspensión prolongada del ejercicio de derechos humanos, o la marginalización del Congreso mediante el abuso de los decretos de necesidad y urgencia– incentivó a la sociedad a renunciar al derecho como mecanismo de organización social. En el momento en que las y los ciudadanos dejaron de tomarse el derecho en serio, las interacciones sociales pasaron a estar gobernadas por los cálculos (a veces más autointeresados, a veces más altruistas) que cada persona realizaba sobre los riesgos –individuales y sociales– que entrañaban sus conductas. Esto generó un evidente problema de acción colectiva, que sin dudas contribuyó a escalar el número de

derecho” en enfrentar a muchos de nuestros problemas sociales se debe a deficiencias democráticas en su producción. Véase Roberto Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2020); Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2021).

16. “Una dinámica de interacción autofrustrante se podría superar alcanzándose formas de cooperación si se pudieran establecer normas jurídicas que modificaran las preferencias y expectativas de los participantes. Sin embargo, como se vio, las normas jurídicas sólo pueden generarse y ponerse en vigencia mediante un proceso cooperativo que en sí mismo requiere la observancia de normas” (Nino, *Un país al margen de la ley*, 250-251).

17. Nino, *Un país al margen de la ley*, 253.

18. Nino, *Un país al margen de la ley*, 253.

contagios y de muertes causadas por el COVID-19 y que también volvió más traumático el impacto de la pandemia en términos económicos y sociales. Lo que quiero sugerir aquí, entonces, es que esta “anomia boba” y sus consecuencias podrían haber sido mitigadas si el sistema institucional hubiera procesado la crisis respetando los procedimientos y mecanismos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte de nuestro sistema jurídico.

En lo que sigue intentaré explicar, en una primera sección, por qué la respuesta institucional a la pandemia en nuestro país fue “anómica”. Sugeriré que la aparición del COVID-19 podía ser enmarcada, allá por marzo de 2020, en los mecanismos excepcionales previstos en nuestro sistema jurídico para lidiar con situaciones de crisis, pero que estos fueron luego banalizados, y extendidos mucho más allá de lo permitido. En una segunda sección, en tanto, subrayaré dos de los múltiples problemas causados por esta anomia institucional, que la conectan con la anomia social: problemas de legitimidad normativa, y problemas de legitimidad sociológica. Finalmente, en una última sección, presentaré una breve conclusión a las ideas desarrolladas en el texto.

I. La banalización de las normas de excepción

a. La pandemia como excepción

El sistema jurídico argentino prevé la posibilidad de que, en ciertas situaciones muy extraordinarias, algunos derechos deban ser temporalmente suspendidos y algunos procedimientos democráticos deban ser esquivados.¹⁹ Se trata de escenarios verdaderamente anómalos, casi implausibles, realmente excepcionales, y de muy corta duración: casos de “conmoción

19. Para un análisis general de estos procedimientos en el derecho internacional de los derechos humanos, aplicable a nuestro país, véase Mónica Pinto, *Temas de derechos humanos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009), 108-118. Para un análisis de las aristas del caso en el derecho constitucional, véase Mariela Puga, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 21, N°1 (24 de noviembre de 2020), 1-23.

interior o de ataque exterior”,²⁰ escenarios “de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado”,²¹ “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”,²² o “circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos [...] para la sanción de las leyes”.²³ En suma: eventos muy peculiares, de esos que ocurren solamente una vez por generación y que duran muy poco tiempo.

Una de esas situaciones extraordinarias se presentó, no obstante, en marzo de 2020. Ante la aparición de un virus peligroso y desconocido, transmisible de formas que aún no estaban claras, la Organización Mundial de la Salud recomendó a los Estados miembros adoptar medidas que garantizaran el “distanciamiento físico en las relaciones sociales [...], en consonancia con el riesgo [existente]”.²⁴ Mientras los canales de televisión mostraban hospitales desbordados en distintas partes del planeta, el Congreso de la Nación dejó de funcionar, y el presidente dictó un decreto de necesidad y urgencia adoptando “medidas oportunas, transparentes, consensuadas y basadas en las evidencias disponibles, a fin de mitigar [la propagación del virus] y su impacto en el sistema sanitario”.²⁵ Centralmente, el decreto estableció un “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, según el cual todas las personas tenían una obligación de permanecer en sus residencias, solo pudiendo “realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”.²⁶ Paralelamente, al igual que otros Estados, Argentina notificó a la Organización

20. Constitución de la Nación Argentina, artículo 23.

21. Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 27.1.

22. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4.1.

23. Constitución de la Nación Argentina, artículo 99.3.

24. Organización Mundial de la Salud, *Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV)*, 30 de enero de 2020. Disponible en [https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

25. Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 (19 de marzo de 2020), considerando 6.

26. Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 (19 de marzo de 2020), artículo 2.

de Estados Americanos y a la Organización de las Naciones Unidas su decisión de suspender temporalmente el pleno y efectivo ejercicio de ciertos derechos humanos “para salvaguardar el derecho a la vida y a la salud de la población de nuestro país, limitando los derechos individuales solo en la medida estrictamente necesaria, de manera proporcional, razonable, y pertinente en el contexto de las enormes dificultades y desafíos que impone la actual situación global”.²⁷

La situación, por aquellos días, era de incertidumbre y prudencia generalizada. Alrededor del mundo, las redes sociales se llenaban de mensajes pidiendo que la gente se quedara en su casa.²⁸ Las y los especialistas reconocían las dudas respecto de la transmisión del virus, pero enfatizaban la necesidad de actuar rápido, con medidas “medievales” (es decir, cuarentenas y restricciones).²⁹ El director general de la OMS afirmaba que la combinación de aislamientos generalizados y otras medidas de distanciamiento físico habían “logrado suprimir la transmisión en muchos países”.³⁰ Paul McCartney

27. United Nations Secretary General, *International Covenant on Civil and Political Rights, Argentina: Notification under Article 4(3)*, U.N. Doc. C.N.189.2020.TREATIES-IV.4, ENAUN N°286/2020 (1 de junio de 2020), disponible en <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.189.2020-Eng.pdf>, p. 4; Misión Permanente de la República Argentina ante la Organización de los Estados Americanos, *Nota OEA 39*, dirigida a la Secretaría de Asuntos Jurídicos (27 de marzo de 2020), disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Argentina_nota_No_39-2020.pdf. Si bien los tratados usan la terminología de la “suspensión de los derechos”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que “del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una ‘suspensión de garantías’ en sentido absoluto, ni de la ‘suspensión de los derechos’ ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio” (Corte IDH, *Opinión Consultiva 8/87*, Serie A No. 8 (30 de enero de 1987), párrafo 18).

28. Chris Strub, “Will Instagram’s New ‘Stay Home’ Sticker Encourage Social Distancing?”, *Forbes*, 21 de marzo de 2020, <https://www.forbes.com/sites/chrisstrub/2020/03/21/stayhome/>.

29. Donald G. McNeill Jr., “To Take On the Coronavirus, Go Medieval on It”, *The New York Times*, 28 de febrero de 2020, <https://www.nytimes.com/2020/02/28/sunday-review/coronavirus-quarantine.html>; Donald G. McNeill Jr., “The Virus Can Be Stopped, but Only With Harsh Steps, Experts Say”, *The New York Times*, 22 de marzo de 2020, <https://www.nytimes.com/2020/03/22/health/coronavirus-restrictions-us.html>.

30. Helen Sullivan *et al.*, “World Has ‘a Long Way to Go’ in COVID-19 Crisis, War-

y los Rolling Stones, entre muchas y muchos otros, daban conciertos virtuales apoyando estas ideas, y agradeciendo el esfuerzo de aquellos y aquellas que se exponían para proteger al resto.³¹ En nuestro país, el Congreso dejó de sesionar, con consenso del oficialismo y la oposición.³² Luego de anunciado el primer decreto de necesidad y urgencia, la enorme mayoría del arco político apoyó las medidas,³³ y la imagen favorable del presidente alcanzó picos inéditos del 93%.³⁴ Las encuestas, en tanto, muestran que un 95% de la ciudadanía estaba muy de acuerdo con las restricciones.³⁵ En un (maravilloso) concierto desde su living, Fito Páez resumía el sentir social: “Hay que respetar las leyes: vivir y ayudar a vivir”.³⁶

La excepcionalidad sanitaria, epistémica, social y política de estas circunstancias ameritaba la toma de decisiones rápidas y unilaterales que restringieran derechos de forma circunscripta, por un tiempo breve, hasta tanto estuvieran dadas las circunstancias para una reflexión colectiva más detenida respecto de cómo lidiar con los desafíos planteados por la pande-

ns WHO Chief – as It Happened”, *The Guardian*, 23 de abril de 2020, <https://www.theguardian.com/world/live/2020/apr/22/coronavirus-live-news-un-warns-of-biblical-famine-as-white-house-prepares-immigration-halt?page=with%3Ablock-5ea-06bfb8f0898fe360d6287>.

31. Daniel Kreps, “Watch Paul McCartney’s Heartfelt ‘Lady Madonna’ From ‘One World: Together at Home’ Special”, *Rolling Stone*, 19 de abril de 2020, <https://www.rollingstone.com/music/music-news/paul-mccartney-lady-madonna-one-world-together-at-home-global-citizen-986526/>.

32. “Diputados solo sesionará si existe un pedido del gobierno y continuará su actividad en forma virtual”, *Télam*, 17 de marzo de 2020, <http://www.telam.com.ar/notas/202003/441708-coronavirus-diputados-acuerdo-coordinar-sesion-urgente.html>.

33. Miguel Jorquera, “Coronavirus: Diputados y senadores respaldaron el anuncio presidencial”, *Página/12*, 20 de marzo de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/254131-coronavirus-diputados-y-senadores-respaldaron-el-anuncio-pre>.

34. “Imagen positiva récord para Alberto Fernández”, *Página/12*, 27 de marzo de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/255620-imagen-positiva-record-para-alberto-fernandez>.

35. “Encuesta: 94,7% está ‘muy de acuerdo’ con las medidas de prevención del Gobierno”, *El Economista*, 26 de marzo de 2020, <https://eleconomista.com.ar/politica/encuesta-947-esta-muy-acuerdo-medidas-prevencion-gobierno-n32853>.

36. “Coronavirus: Fito Páez dio un recital desde su casa y lo vieron más de 100 mil personas”, *La Nación*, 21 de marzo de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/espectaculos/personajes/fito-paez-dio-recital-su-casa-lo-nid2345936/>.

mia.³⁷ Si en nuestra historia constitucional se dieron alguna vez las circunstancias previstas para la restricción de ciertos derechos de circulación, por un lado, y para la adopción de decretos de necesidad y urgencia, por el otro, no cabe duda de que fue en esta ocasión. Existía una “grave amenaza a la salud de la población”³⁸ que generaba un “peligro público”,³⁹ y que impedía que el Congreso se reuniera, haciendo “imposible seguir los trámites ordinarios previstos por [la] Constitución para la sanción de las leyes”.⁴⁰ En otras palabras, no sabíamos cómo lidiar con el virus, y sí sabíamos (o creíamos

37. Con esta misma lógica, Gilad Abiri y Sebastián Guidi explican que, al comienzo de una pandemia, los jueces y juezas deben tener deferencia hacia las decisiones del Ejecutivo, por dos razones, ambas presentes en el caso argentino: “En primer lugar, al inicio de una pandemia, lo que se necesita es una acción decisiva, rápida y (en la medida de lo posible) bien informada. Sin estas medidas, se perderán vidas y aumentará el sufrimiento social. Una fuerte presunción de deferencia, entonces, permite que el ejecutivo proceda sin las trabas de la intervención judicial. En segundo lugar, durante las etapas iniciales de una pandemia, la popularidad de las medidas de respuesta del ejecutivo y el apoyo del público a ellas probablemente alcanzará niveles extremadamente altos, independientemente de su legalidad. En este contexto, es poco probable que los tribunales tengan la capacidad institucional para resistir eficazmente algunas de las medidas contra la pandemia y, por lo tanto, tienden a racionalizar su aceptación”, Gilad Abiri y Sebastián Guidi, “The Pandemic Constitution”, *Columbia Journal of Transnational Law* 61 (2022), sec. IV.A..

38. Los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen específicamente esta causal como habilitante de ciertas restricciones en los términos del artículo 4 del Pacto: “La salud pública puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para hacer frente a una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros. Estas medidas deberán estar encaminadas específicamente a impedir enfermedades o lesiones o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados. Deberán tenerse debidamente en cuenta las normas sanitarias internacionales de la Organización Mundial de la Salud” (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Situación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, *Anexo: Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, párrafos 25 y 26).

39. Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 27.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado una interpretación amplia y contextual de este término: véase Corte IDH, *Opinión Consultiva 8/87*, Serie A N°8 (30 de enero de 1987), párrafos 16-30.

40. Constitución de la Nación Argentina, artículo 99.3.

saber), quizás erróneamente, que no actuar rápido podía llevar a una tragedia: había que actuar, y recién después aprender y discutir.

b. La excepción no puede volverse regla

Pero la urgencia pasó, los aprendizajes de a poco aparecieron, y el fin de la excepcionalidad nunca llegó. El Congreso de la Nación volvió a entrar en funciones, primero de forma virtual, y luego paulatinamente sumando presencialidad, a partir del 13 de mayo de 2020.⁴¹ A sabiendas de que la pandemia nos acompañaría por un buen número de meses, la OMS advirtió tempranamente que las medidas de aislamiento generalizado “pueden tener un profundo impacto negativo sobre los individuos, las comunidades, y las sociedades, al poner una pausa abrupta a la vida económica y social [...] con un efecto desproporcionado sobre grupos desaventajados”.⁴² En respuesta a la naturaleza prolongada del problema, la sociedad argentina fue gradualmente recuperando su actividad, creando una “nueva normalidad” signada por los cuidados y las precauciones.⁴³ De a poco, las publicidades que pedían “quedarse en casa” fueron quedando desactualizadas, desplazadas por otras que sugerían ventilar ambientes, realizar encuentros al aire libre y utilizar correctamente el barbijo.⁴⁴

41. Rochi Monagas *et al.*, “Argentina”, párr. 40-43.

42. World Health Organization, “COVID-19 Strategy Update - 14 April 2020”, 14 de abril de 2020, 3, <https://www.who.int/publications-detail-redirect/covid-19-strategy-update--14-april-2020>.

43. “Durante una pandemia prolongada, la vida se re-establece en una nueva normalidad; el riesgo de enfermarse y morir a causa de la enfermedad se convierte en otro de los muchos riesgos de la vida. Aunque el peso relativo de la enfermedad puede ser mayor porque es más mortal o más contagiosa que otras enfermedades, los riesgos que plantea no son de diferente naturaleza. Una vez que el estado de emergencia ha dado paso a una nueva normalidad (aunque sea más peligrosa), es difícil justificar la continua deferencia a las medidas gubernamentales contra la pandemia” (Abiri y Guidi, “The Pandemic Constitution”, sec. IV.A.).

44. Véase, por ejemplo, “La Provincia lanzó una campaña con un ABCD como fórmula de cuidados para evitar el aumento de casos COVID-19”, *Gobierno de la Provincia de Buenos Aires*, 16 de diciembre de 2020, https://www.gba.gov.ar/saludprovincia/noticias/la_provincia_lanz%C3%B3_una_campa%C3%B1a_con_un_abcd_como_f%C3%B3rmula_de_cuidados_para.

Las instituciones, no obstante, no reflejaron este desarrollo social, y se mantuvieron en estado de excepción. El Estado argentino mantuvo su notificación de la suspensión del ejercicio de derechos humanos hasta el 31 de diciembre de 2021, es decir, por un insólito plazo de un año y nueve meses!⁴⁵ Durante este mismo período, el Poder Ejecutivo siguió decidiendo unilateralmente respecto del curso de la pandemia a través de decretos de necesidad y urgencia, cuyo contenido fue resuelto sigilosamente, entre cuatro paredes, por el presidente y sus asesores y asesoras, sin participación ni representación de vastos sectores sociales que se verían afectados por esas medidas.⁴⁶

La permanencia de esta excepcionalidad es, muy evidentemente, incompatible con las reglas establecidas en la Constitución y en las convenciones internacionales que forman parte de nuestro sistema jurídico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que “lejos de adoptar un criterio favorable a la suspensión de los derechos, la Convención [Americana de Derechos Humanos] establece el principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión”.⁴⁷ La Convención misma es muy clara al especificar que la suspensión puede extenderse únicamente “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”.⁴⁸ La Comisión Interamericana, en tanto, ha especificado que “es aún más serio decretar estados de emergencia por períodos de tiempo indefinidos o prolongados, sobre todo cuando ellos otorgan al Jefe de Estado una amplia

45. United Nations Secretary General, *International Covenant on Civil and Political Rights, Argentina: Notification under Article 4(3)*, U.N. Doc. C.N.273.2021.TREATIES-IV.4 (14 de septiembre de 2021), disponible en <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2021/CN.273.2021-Eng.pdf>. En el caso del sistema interamericano, las notificaciones son más frecuentes, y no se establece aún una fecha clara de terminación. Al momento de redactar este escrito, la última nota era del 4 de octubre: Misión Permanente de la República Argentina ante la Organización de los Estados Americanos, *Nota OEA 210*, dirigida a la Secretaría de Asuntos Jurídicos (4 de octubre de 2021), disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Argentina_nota_No_210-2021.pdf.

46. Rochi Monagas *et al.*, “Argentina”, párr. 40-43.

47. Corte IDH, *Opinión Consultiva 8/87*, Serie A N°8 (30 de enero de 1987), párrafo 21.

48. Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 27.1.

concentración de poder”.⁴⁹ Algo similar ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵⁰ En este marco, también, el Estado tiene una obligación de poner fin a la suspensión tan pronto como sea posible: el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que “[e]l restablecimiento de un estado de normalidad, en que se pueda asegurar de nuevo el pleno respeto del Pacto, debe ser el objeto primordial del Estado Parte que suspende la aplicación del Pacto”.⁵¹ Pese a ello, en octubre de 2021, con más del 70% de la población argentina vacunada, con restricciones que en la práctica son casi inexistentes, y con un riesgo epidemiológico reconocidamente bajo, el ejercicio de numerosos derechos humanos sigue formalmente suspendido en Argentina.⁵²

Una dinámica similar se ha desarrollado con respecto al proceso de toma de decisiones que rigen la respuesta a la pandemia.⁵³ A partir del 13 de

49. CIDH, *Informe 48/00, Walter Humberto Vásquez Vejarano c. Perú*, Caso 11.166 (13 de abril de 2000), párrafo 35.

50. “Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia”, Comité de Derechos Humanos, Observación General 29, *Estados de emergencia (artículo 4)*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 de agosto de 2001), párrafo 4.

51. Comité de Derechos Humanos, Observación General 29, *Estados de emergencia (artículo 4)*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 de agosto de 2001), párrafo 1.

52. El último decreto de necesidad y urgencia y la notificación de la suspensión del ejercicio de derechos humanos están vigentes hasta el 31 de diciembre de 2021. Mientras tanto, fue el propio Poder Ejecutivo el que reconoció que el riesgo es hoy bajo: véanse las declaraciones del jefe de Gabinete de Ministros, Juan Manzur, en conferencia de prensa, el 30 de septiembre de 2021: “El Gobierno anunció la vuelta del público a los eventos masivos”, *Argentina.gob.ar*, 30 de septiembre de 2021, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-gobierno-anuncio-la-vuelta-del-publico-los-eventos-masivos>.

53. Para un análisis general, véase Marcelo Alegre, Ramiro Álvarez Ugarte, Maricel Asar, Roberto Gargarella, Nahuel Maisley, Julio Montero, & Liliana Ronconi, “Cuidar la vida y la Constitución: La limitación de derechos durante la emergencia”, Programa de Estudios Institucionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 13 de julio de 2020, http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2020_pandemia-y-constitucion-lunes-13-de-julio.pdf; Puga, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”.

mayo de 2020, con el Congreso en pleno funcionamiento y con la pandemia como un problema de larga duración, es indudable que no se dan las “circunstancias de rigurosa excepcionalidad y urgencia”⁵⁴ definidas por la Corte Suprema para el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo.⁵⁵ A diferencia de lo que ocurría en marzo de 2020, ya no es cierto que “las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan”⁵⁶ ni que “la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes”.⁵⁷ En efecto, esto fue reconocido por el propio presidente de la Nación en abril de 2021, cuando –luego de un año de gobernar la pandemia por decreto– anunció que enviaría “un Proyecto de Ley al Congreso de la Nación para que en función de criterios científicos claros y precisos se facult[ara] al presidente de la Nación y a los gobernadores a tomar restricciones y medidas de

54. CSJN, *Pino, Seberino y otros c/ Estado Nacional –Ministerio del Interior– s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.*, CSJ 30/2013 (49-P)/CS1 (7 de octubre de 2021), cons. 10. Véase también CSJN, *Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*, Fallos 322:1726 (19 de agosto de 1999).

55. Hay quienes han afirmado que, luego de la sanción de la ley 26122, la decisión respecto de la existencia o inexistencia de estas circunstancias es completamente discrecional por parte del Congreso, y que el silencio las convalida. Esto, no obstante, es manifiestamente incompatible con la interpretación que la propia CSJN ha hecho del artículo 99.3, según la cual “corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional, que constituyen las actuales exigencias constitucionales para su ejercicio. Es atribución de este Tribunal en esta instancia evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia [...] y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto” (CSJN, *Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*, Fallos 322:1726 (19 de agosto de 1999), cons. 9). Para un análisis detallado de esta idea, véase el voto de Horacio Rosatti en CSJN, *Pino, Seberino y otros c/ Estado Nacional –Ministerio del Interior– s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.*, CSJ 30/2013 (49-P)/CS1 (7 de octubre de 2021).

56. CSJN, *Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*, Fallos 322:1726 (19 de agosto de 1999), cons. 9.

57. CSJN, *Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo*, Fallos 322:1726 (19 de agosto de 1999), cons. 9.

cuidado”.⁵⁸ Si la cuestión podía ser decidida por el Congreso, como pretendía el Presidente –finalmente, luego de un año–, entonces no había necesidad ni urgencia que justificara la emisión de decretos legislativos.⁵⁹

Si estos dos cursos de acción son problemáticos de forma aislada, lo son más aún cuando se realizan en conjunto. La Corte Interamericana ha subrayado que “dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del ‘ejercicio efectivo de la democracia representativa’ al que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA”.⁶⁰ La idea de que la restricción de derechos debe hacerse generalmente por ley del Congreso, y no unilateralmente por parte del Poder Ejecutivo, también enfatizada por la Corte Interamericana, no es caprichosa: “A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente”.⁶¹ La suspensión del ejercicio de derechos humanos a través de decretos legislativos presidenciales por un plazo de casi dos años es, entonces, abiertamente incompatible con la Constitución, y con los compromisos internacionales asumidos por el país: una banalización de herramientas que el sistema jurídico ha previsto para situaciones verdaderamente excepcionales (como la de marzo de 2020).

58. “Anuncio del presidente de la Nación, Alberto Fernández, desde Casa Rosada”, *Casa Rosada*, 30 de abril de 2021, <https://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/47726-anuncio-del-presidente-de-la-nacion-alberto-fernandez-desde-casa-rosada>.

59. El proyecto obtuvo media sanción en el Senado, pero nunca fue tratado en la cámara de Diputados. Huelga decir, por supuesto, que la negativa del Congreso a aprobar un proyecto no es causal suficiente para que el Ejecutivo pueda regular sobre la materia a través de decretos de necesidad y urgencia. En todo caso, el Ejecutivo tiene la responsabilidad de modificar el proyecto para obtener los consensos suficientes y conseguir su aprobación. Esto es congruente con la distinción que traza Mariela Puga, entre urgencias que no pueden esperar la intervención del Congreso, y urgencias provenientes de emergencias estructurales. Véase Puga, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”, 22.

60. Corte IDH, *Opinión Consultiva 8/87*, Serie A N°8 (30 de enero de 1987), párrafo 20.

61. Corte IDH, *Opinión Consultiva 6/86*, Serie A N°6 (9 de mayo de 1986), párrafo 22.

II. De la banalización de las instituciones a la renuncia al derecho como forma de organización social

En esta sección quiero sugerir que existe una conexión entre la banalización de los mecanismos institucionales de excepción que exploré en la sección anterior y la renuncia de la sociedad al derecho como forma de organización de sus interacciones durante gran parte de la pandemia. Por supuesto, no pretendo sugerir que la anomia social que se vivió durante los meses de cuarentena en 2020 fuera exclusivamente resultado de estos procesos institucionales. Pero sí quiero afirmar que, en lugar de revertir esta tendencia histórica a la ajuricidad, estas decisiones echaron más leña al fuego, dándole razones a la ciudadanía para ignorar, de forma abierta y sistemática, las normas vigentes. Para ello, me detendré en ciertos problemas que afectaron a estos procedimientos, en las dos dimensiones de la legitimidad: la normativa y la sociológica.

a. Problemas de legitimidad normativa

La banalización de los procedimientos institucionales establecidos en la constitución y en los tratados internacionales afectó, en primer lugar, la legitimidad normativa de las medidas adoptadas por el Estado argentino para lidiar con el COVID-19. Esta dimensión de la legitimidad –también llamada “objetiva”– refiere a “un estándar de aceptabilidad o justificación de, por un lado, el ejercicio del poder o autoridad política y, posiblemente, por otro lado, de la existencia de una obligación de cumplimiento”.⁶² En términos generales, suele entenderse que una institución es legítima cuando tiene el “derecho de gobernar [*right to rule*] a las personas sujetas a esa institución”;⁶³ es decir que tiene “la posición adecuada para tomar

62. Fabienne Peter, “Political Legitimacy”, ed. Edward N. Zalta, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>.

63. José Luis Martí, “Democratic Legitimacy and the Sources of International Law”, en *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, ed. Jean d’Aspremont y Samantha Besson (Oxford: Oxford University Press, 2017), 731. Al respecto véase, generalmente, Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven and London: Yale University Press, 1996); Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, First Paperback Edition, 1998 (Cambridge: The MIT Press, 1996); Iris Marion Young, *Inclusion and Democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2000).

decisiones políticas en nombre de todas y todos”.⁶⁴ La institución usualmente “adquiere este derecho de gobernar (principalmente) por *a quiénes* representa o por quiénes está integrada esta institución y por *cómo* se toman sus decisiones”.⁶⁵

En el caso argentino, tanto la Constitución como los tratados internacionales establecen un sistema de gobierno basado en la separación de poderes, en el que las decisiones legislativas son tomadas por el Congreso, con procedimientos transparentes y deliberativos, y con representación de los distintos sectores de la sociedad.⁶⁶ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado que “en el debate legislativo se traduce de forma más genuina la participación de todas las voces sociales y se consolida la idea fundamental de participación y decisión democrática, afianzándose de este modo el valor epistemológico de la democracia deliberativa”.⁶⁷ Esta referencia de la Corte a la *democracia deliberativa* como ideal regulativo que debe guiar a las instituciones nacionales no fue aislada.⁶⁸ “La democracia”,

64. Martí, “Democratic Legitimacy and the Sources of International Law”, 731.

65. Martí, “Democratic Legitimacy and the Sources of International Law”, 731.

66. Sobre la regulación constitucional, véase Roberto Gargarella, “Republicana, representativa y federal”, en *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, eds. Roberto Gargarella y Sebastián Guidi, vol. 1 (Buenos Aires: La Ley, 2016), 3-23. Sobre la regulación, por ejemplo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, véase Corte IDH, *Opinión Consultiva 6/86*, Serie A N°6 (9 de mayo de 1986).

67. CSJN, *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional*, Fallos: 342:917 (4 de junio de 2019), considerando 4.

68. La Corte se refirió a esta idea en al menos ocho ocasiones. Véase CSJN, *Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros*, Fallos: 331:1530 (24 de junio de 2008), considerando 11; CSJN, *Brugo, Jorge Ángel c/ Lanata, Jorge y otros*, Fallos: 332:2559 (16 de noviembre de 2009), considerando 13; CSJN, *Dahlgren, Jorge Eric c/ Editorial Chaco SA y otro*, Fallos: 333:2079 (9 de noviembre de 2010), considerando 6; CSJN, *Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 336:1774 (29 de octubre de 2013), considerando 23; CSJN, *Federación Argentina de la Magistratura c/ Salta, Provincia de*, Fallos: 340:1614 (14 de noviembre de 2017), considerando 6; CSJN, *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional*, Fallos: 342:917 (4 de junio de 2019), considerando 4; CSJN, *De Sanctis, Guillermo Horacio c/ López de Herrera, Ana María*, Fallos: 342:1665 (17 de octubre de 2019), considerando 6; CSJN, *Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos*, Fallos: 342:1777, considerando 7.

sostuvo la Corte, “necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión”.⁶⁹ Citando a Carlos Nino, el tribunal afirmó que “para que los consensos surjan es necesario el debate de voces múltiples, que puedan expresarse e interactuar en situaciones igualitarias”.⁷⁰ En la visión del tribunal, el autogobierno colectivo –pilar central de la Constitución– está protegido en última instancia por el intercambio de argumentos entre las y los ciudadanos, y sus representantes: “[I]os debates ardorosos y las críticas penetrantes”, sostuvo el tribunal, “no deben causar temor, ya que son el principal instrumento para fortalecer una democracia deliberativa, que es el principal reaseguro contra las decisiones arbitrarias y poco transparentes”.⁷¹

Las y los teóricos de la democracia deliberativa han identificado tres tipos de razones que respaldan la importancia de que las decisiones públicas sean tomadas a través de mecanismos que se acerquen tanto como sea posible a este ideal.⁷² En primer lugar, existen *razones epistémicas* (o epistemológicas, en términos de la Corte Suprema) por las que los procedimientos transparentes y deliberativos del proceso de celebración de leyes son más efectivos que los del dictado de decretos de necesidad y urgencia a los fines de lograr la solución más imparcial al problema planteado.⁷³ Oír todas las

69. CSJN, *Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 336:1774 (29 de octubre de 2013), considerando 24, con cita a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, principio 12, punto 55.

70. CSJN, *Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 336:1774 (29 de octubre de 2013), considerando 23, con cita a Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, 1996.

71. CSJN, *Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros*, Fallos: 331:1530 (24 de junio de 2008), considerando 11.

72. Los próximos párrafos están basados en algunas ideas previamente estudiadas en Nahuel Maisley, “El campamento participativo. Por qué la representación política no es virtuosa en sí misma, sino en todo caso un mal necesario”, *Lecciones y Ensayos*, N°96 (2017), 57-61.

73. Véase, en general, Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven and London: Yale University Press, 1996), 117-128; José Luis Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia* (Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2006), 194-195; Roberto Gargarella, “Full representation, deliberation, and impartiality”, en *Deliberative democracy*, ed. Jon Elster (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 261; y, generalmente, Hélène Landemore, *Democratic reason. Politics, Collective*

voces en un debate público permite que se intercambie información que el grupo reducido de personas que está detrás de la redacción y sanción de DNU no necesariamente conoce. La deliberación pública también ayuda a detectar errores fácticos y lógicos que puedan ser cometidos en el proceso de toma de decisiones, y permite que las y los representantes modifiquen sus posiciones a la luz de los argumentos presentados por sus pares, o por la ciudadanía. Además, la deliberación pública dificulta la manipulación de la información, de la agenda y de las preferencias políticas.

En segundo lugar, existen *razones motivacionales* para preferir un modelo democrático, basado en la deliberación pública, a uno en que la decisión recaiga en una única persona, incluso asumiendo sus buenas intenciones. “Aun cuando conozcamos perfectamente las preferencias de los otros, podemos no tener motivaciones para tomar en cuenta estas preferencias”, dice Roberto Gargarella. Con la deliberación, en cambio, “los ‘otros’ estarán ‘allí’, para impelernos a respetarlos”.⁷⁴

Por último, más allá de los dos tipos de razones instrumentales mencionados anteriormente, existen *razones morales* para que las decisiones legislativas sean tomadas por el Congreso luego de una deliberación inclusiva, y no unilateralmente por el Poder Ejecutivo. La igualdad moral de todos los individuos –que constituye simultáneamente “el corazón de todas las teorías políticas plausibles”⁷⁵ y el núcleo duro del derecho internacional de los derechos humanos–⁷⁶ exige que las opiniones y los intereses de todas y to-

Intelligence, and the Rule of the Many (Princeton: Princeton University Press, 2012). Para una crítica (al menos parcial) a estas ideas, véase Cristina Lafont, *Democracy without shortcuts: A participatory conception of deliberative democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2020), caps. 3 y 6.

74. Gargarella, “Full representation, deliberation, and impartiality”, 262.

75. Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Second Edition (Oxford: Oxford University Press, 2002), 4.

76. La expresión más clara de esto es probablemente el primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se expresa en el mismo sentido, sosteniendo que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Al

dos respecto de una cierta decisión política sean tratados con igual consideración y respeto.⁷⁷ Dado que necesariamente existirán desacuerdos razonables respecto de qué opción elegir en este proceso,⁷⁸ y dado que las personas tendrán intereses divergentes respecto de la decisión,⁷⁹ el procedimiento debe estar orientado a incluir las voces de todas y todos los potencialmente afectados.⁸⁰ Así, al asegurar un mecanismo en el que todas y todos están representados, y en el que todas y todos tienen posibilidad de participar, la sociedad se reconoce a sí misma como una comunidad de libres e iguales, que toman ellos mismos –a través de procedimientos inclusivos– las decisiones respecto de su futuro. Lo contrario, es decir, delegar la decisión en una única persona, excluyendo a muchas y muchos del proceso político, “es una declaración de ciudadanía de segunda clase”,⁸¹ es “una situación de dominación”,⁸² es un “insulto, deshonor, o denigración”,⁸³ es “irrespetuoso”,⁸⁴ y es “un rechazo al reconocimiento de la capacidad de juicio moral de

respecto, véase Nahuel Maisley, “The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making”, *European Journal of International Law* 28, N°1 (2017), 89-113.

77. Véase Nadia Urbinati y María Paula Saffon, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory* 41, N°3 (2013), 442; Harry Brighouse, “Egalitarianism and Equal Availability of Political Influence”, *The Journal of Political Philosophy* 4, N°2 (1996), 123; Juan Carlos Bayón, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, *Diritto & Questioni Pubbliche* 9 (2009), 223; Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, 96, 210.

78. Véase al respecto, famosamente, Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

79. Para esta idea, véase Andrei Marmor, “Authority, Equality and Democracy”, *Ratio Juris* 18, N°3 (2005), 323-326.

80. Véase Nahuel Maisley, “Cohen v. Cohen: Why a Human Right to (Domestic and Global) Democracy Derives from the Right to Self-Determination”, *Latin American Journal of Political Philosophy* 4, N°5 (2015), 1-35.

81. Christopher Griffin, “Debate: Democracy as a Non-Instrumentally Just Procedure”, *The Journal of Political Philosophy* 11, N°1 (2003), 120.

82. Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, 248.

83. Waldron, *Law and Disagreement*, 238.

84. Brighouse, “Egalitarianism and Equal Availability of Political Influence”, 139.

esa persona, que implica tratarla como a un niño, o como a un animal”,⁸⁵ o incluso “como [un] mero objeto”.⁸⁶

Ahora bien, cualquier teoría de la democracia, incluso la más robusta, reconoce que en ciertas situaciones excepcionales –por ejemplo, como vimos, la acaecida en marzo de 2020– es inevitable apartarse de la búsqueda de este ideal deliberativo.⁸⁷ Lo problemático en este tipo de casos es que la excepción se prolongue en el tiempo –algo que puede tender a ocurrir si la causa subyacente a la urgencia persiste–. En estos casos, es importante distinguir, como hace Mariela Puga, entre “lo circunstancial y excepcional de un evento que urge de tal manera que no puede esperarse a que el Congreso intervenga, por un lado, y lo urgente de una situación de emergencia estructural, con visos de duración, y la probable exigencia de múltiples decisiones legislativas subsiguientes, por el otro”.⁸⁸ Según Puga, el solapamiento de las diferencias entre estos dos tipos de eventos –que sí están diferenciados en la Constitución– es lo que ha llevado en muchos casos “a que el presidente legisle prolíferamente en épocas de emergencia a través de DNU, como si ellos pudieran justificarse en una situación estructural de emergencia pública”.⁸⁹

Entonces, lo que quiero sugerir aquí es que apartarse de los procedimientos institucionales exigidos por la Constitución llevó al Poder Ejecutivo argentino a tomar decisiones que no tenía facultad de tomar, y que –precisa-

85. Thomas Christiano, *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits* (Oxford: Oxford University Press, 2008), 93.

86. Bayón, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, 223.

87. André Bächtiger, John Dryzek, Jane Mansbridge y Mark Warren explican en la introducción al *Oxford Handbook of Deliberative Democracy* que hay circunstancias en las cuales los intentos por aproximarse al ideal de la democracia deliberativa pueden crear impedimentos para lograr otros ideales y valores también importantes: “por ejemplo, cuando el tiempo y los recursos necesarios para una deliberación extensa socavan una acción decisiva sobre un asunto de interés público urgente”. André Bächtiger *et al.*, “Deliberative Democracy: An Introduction”, en *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, ed. André Bächtiger *et al.* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 3. En esos casos, dicen estos autores, “es apropiado conformarnos con instituciones y prácticas que se acercan menos al ideal deliberativo”.

88. Puga, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”, 22.

89. Puga, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”, 22.

mente por eso— probablemente hayan sido peores de las que habría tomado como resultado del proceso de sanción de leyes. Si el gobierno hubiera tenido que atravesar un proceso de discusión pública robusta antes de decidir cada extensión de la cuarentena, seguramente habría escuchado (antes) a los distintos sectores que no podían o no querían cumplir con las exigentes restricciones que estaban siendo impuestas. También habría tenido que refutar a quienes sugerían que algunas medidas eran incorrectas (por ejemplo, la prohibición de la actividad física al aire libre). Y probablemente habría tenido que evitar decisiones que parecen injustificables, como la de extender la suspensión del ejercicio de derechos humanos por más de 20 meses. En resumen: estoy sugiriendo que tomamos malas decisiones sobre cómo enfrentar la pandemia (entre otras cosas) porque usamos procedimientos malos para decidir.

b. Problemas de legitimidad sociológica

Todos estos problemas de legitimidad normativa indudablemente han tenido un impacto sobre la legitimidad sociológica de las medidas, es decir, sobre la percepción subjetiva de las y los ciudadanos sobre la capacidad y la autoridad de las normas para guiar sus conductas.⁹⁰ Esto se debe a que cuando las personas sienten que las normas les son ajenas, tienen menos razones para cumplirlas; en efecto, lo que vuelve atractiva a la democracia como sistema de toma de decisiones públicas es la idea de *autogobierno*, esto es, de que sean las y los propios afectados quienes eligen cómo resolver sus problemas intersubjetivos.⁹¹

90. Peter, “Political Legitimacy”. Esta legitimidad es particularmente importante en tiempos de pandemia. Gilad Abiri y Sebastián Guidi explican que “las medidas de lucha contra la pandemia requieren una cooperación activa y duradera de la población. Esta necesidad hace que la tarea de legitimarlos ante el público sea crucial y desafiante. Por un lado, necesitan mayor legitimidad para ser cumplidas de forma regular y voluntaria por el mayor número posible de ciudadanos. Por otro lado, a diferencia de las emergencias de seguridad nacional, la necesidad prolongada de cooperación y confianza de la población no puede depender de discursos de emergencia” (Abiri y Guidi, “The Pandemic Constitution”, sec. III.b.).

91. Sobre esto último, véase Nahuel Maisley, “El derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional” (Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2019), cap. 7; Maisley, “Cohen v. Cohen: Why a Human Right to (Domestic and Global) Democracy Derives from the Right to Self-Determination”.

Las y los teóricos del derecho identificaron tempranamente la dimensión de la normatividad de los sistemas jurídicos, es decir, la idea de que el derecho guía la conducta de las personas a través de mecanismos que exceden largamente el cálculo de costos y beneficios.⁹² La mayor parte del tiempo, los sujetos no actúan solamente en base a las probabilidades de sanción por parte de la autoridad, sino por una idea de *obligación*, en la que “la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una razón para esa hostilidad”.⁹³ Es a través de esta idea de obligación que las dimensiones normativa y sociológica de la legitimidad se conectan: la legitimidad normativa del derecho –sea por razones epistémicas, motivacionales o morales– “nos provee razones para cumplir con la decisión democrática aun cuando nuestra reflexión individual nos diga con certeza que la decisión es equivocada”.⁹⁴ Es lógico esperar, entonces, que las personas tengan más y mejores razones para actuar conforme a las normas emitidas por una autoridad que sí tenga derecho de gobernar, que conforme a aquellas emitidas por una que no lo tenga.⁹⁵

Estos razonamientos teóricos han sido comprobados, al menos en ciertos contextos, por estudios empíricos. En su clásico libro *Why People Obey the Law*, Tom Tyler entrevistó a más de mil quinientas personas en la ciudad de Chicago y concluyó que “las preocupaciones normativas son un determinante importante para que las personas se comporten de acuerdo

92. Esto es particularmente importante en tiempos de pandemia. Como explican Gilad Abiri y Sebastián Guidi, “[e]l tipo de cooperación que requieren las medidas de contención de una pandemia es extremadamente difícil, si no imposible, de hacer cumplir coercitivamente. Obviamente, no hay suficientes funcionarios estatales para controlar si alguien está estrechando su mano con otros, o visitando a sus abuelos”. Por lo tanto, “[c]ualquier estrategia exitosa contra una pandemia requiere la cooperación activa (y voluntaria) de los ciudadanos e incluso un cambio de normas sociales [...] Para que esto suceda, las personas deben conocer las recomendaciones e instrucciones que provienen de las autoridades de salud y confiar en que hayan tomado las decisiones correctas” (Abiri y Guidi, “The Pandemic Constitution”, sec. III.b.).

93. Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law* (Oxford/New York: Clarendon Press - Oxford University Press, 1994), 90.

94. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, 1996, 130.

95. Todo esto sin perjuicio, por supuesto, de las discusiones que puedan llegar a existir, razonablemente, sobre la legitimidad normativa de las normas emanadas de esa autoridad.

con las normas”.⁹⁶ Resultados similares surgieron de un estudio, liderado por Margaret Levi, sobre más de 23 mil encuestados en 18 países africanos: “Cuando los miembros de la comunidad creen que el gobierno es legítimo, es más probable que se sometan a las autoridades políticas y respeten las leyes”.⁹⁷ Otros estudios analizaron si la existencia de instituciones verdaderamente representativas impactaba sobre el cumplimiento de las normas emanadas de ellas. Sveinung Arnesen e Yvette Peters, por ejemplo, entrevistaron a más de tres mil ciudadanas y ciudadanos noruegos para entender si el hecho de que un órgano representativo refleje descriptivamente a la sociedad “hace que la ciudadanía esté más dispuesta a aceptar las decisiones tomadas por este órgano”.⁹⁸ A partir de las respuestas, concluyeron que las personas suelen “ver la decisión como más aceptable cuando es tomada por un grupo de tomadores de decisiones que representa descriptivamente al público. Esto vuelve al órgano de toma de decisiones más legítimo a los ojos del público, lo que a su vez facilita la ejecución de políticas”.⁹⁹

En nuestro país, las primeras decisiones respecto de la pandemia –allá por marzo de 2020– se sintieron inclusivas y representativas, particularmente dada la urgencia. El gobierno reaccionó rápido, se asesoró, convocó a la oposición, y decidió responsablemente, usando una herramienta de excepción de manera razonable. Pero después la excepción se volvió la regla, de forma arbitraria, sin siquiera una buena explicación de por qué fue así.¹⁰⁰

96. Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law* (Princeton: Princeton University Press, 2006), 64.

97. Margaret Levi, Audrey Sacks y Tom Tyler, “Conceptualizing legitimacy, measuring legitimating beliefs”, *American Behavioral Scientist* 53, N°3 (2009), 354.

98. Sveinung Arnesen e Yvette Peters, “The Legitimacy of Representation: How Descriptive, Formal, and Responsiveness Representation Affect the Acceptability of Political Decisions”, *Comparative Political Studies* 51, N°7 (2018), 869.

99. Arnesen y Peters, “The Legitimacy of Representation”, 888.

100. Abiri y Guidi explican que el efecto *rally around the flag*, con evocaciones bélicas, que se dio en muchas partes del planeta como respuesta a la emergencia de la pandemia “ha demostrado ser de corta duración en el pasado, incluso cuando había un verdadero enemigo externo contra el cual manifestarse. Confiar en este tipo de dispositivo de legitimación tribalista para las pandemias (que no solo carecen de enemigos de carne y hueso, sino que son, además, impredeciblemente largas) parece poco aconsejable. Una vez que el estallido inicial de patriotismo se desvanece, los dispositivos legitimadores que quedan

A lo largo de todos estos meses, no supimos nada del proceso de toma de decisiones de los DNU, salvo el resultado final. El presidente solía reunirse con un comité de expertos, y a veces con ciertos gobernadores, a puertas cerradas, sin que se conociera el contenido de esas reuniones más que por trascendidos. La prensa cubría las reuniones con gran expectativa, filmando la puerta cerrada de la residencia de Olivos, y tratando de adivinar lo que ocurriría. Nos enterábamos de las decisiones una vez que estas habían sido tomadas, sin saber cuáles eran los argumentos en juego, ni quiénes habían intervenido en el proceso. Muchas veces, ni siquiera entendíamos exactamente qué normas estaban vigentes, con contradicciones interpretativas entre las y los propios funcionarios. El punto cúlmine de esta forma de toma de decisiones se presentó en abril de 2021 –tras más de un año de pandemia–, cuando un decreto de necesidad y urgencia ordenó el cierre de escuelas en el Área Metropolitana de Buenos Aires, y el presidente, luego de reconocer críticas y diferencias internas, declaró: “Esta medida no la consensué, esta medida la tomé yo, y me hago cargo yo”.¹⁰¹

Gracias a este proceso opaco, las decisiones durante todo este período nos resultaban totalmente ajenas, casi aleatorias: las peluquerías pueden abrir, las escuelas no, las fábricas sí, los estadios no, hasta que llegue la vacuna, la primera dosis, la segunda; bueno, ahora sí, pero acá no, allá sí, y así sucesivamente.¹⁰² No había un criterio claro de qué actividades eran esen-

son los de la política normal. Sin duda, el conocimiento científico debe desempeñar un papel importante en la determinación de las medidas a tomar y en su legitimación ante la opinión pública. Sin embargo, en las sociedades democráticas existe una ‘convicción popular de que las políticas no pueden ser plenamente legítimas si son comprensibles sólo para los iniciados’. Por lo tanto, estas medidas deben ganar la confianza y la cooperación del público principalmente a través del proceso democrático: a través de un debate público transparente consagrado en un proceso institucional de toma de decisiones” (Abiri y Guidi, “The Pandemic Constitution”, sec. III.b.).

101. “Alberto: ‘Hay que ir a las escuelas y ver cómo los chicos juegan a cambiarse el barbi-jo’”, *El Cronista*, 15 de abril de 2021, <https://www.cronista.com/economia-politica/coronavirus-argentina-alberto-fernandez-esta-medida-no-la-consensue-esta-medida-la-tome-yo/>. La medida fue finalmente declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

102. Solo por poner un ejemplo, los bingos y casinos (espacios cerrados en los que se congregan numerosas personas) estuvieron habilitados para funcionar casi un año antes que las universidades. Véase “Vuelven a funcionar los casinos y bingos de la provincia

ciales y cuáles no, de qué aperturas se irían dando, ni de cuándo se permitirían. Todo se iba decidiendo sobre la marcha, a puertas cerradas, lejos de la ciudadanía. Muchas y muchos sintieron, además, que las medidas no tenían en cuenta sus sacrificios, y excedían los límites de lo posible en una sociedad como la nuestra. No es sorprendente, entonces, que esa misma ciudadanía decidiera, en algún punto, dejar de prestarle atención a esas normas, y empezar a decidir autónomamente en base a un cálculo de riesgos y beneficios individualizado. En síntesis: optaron por renunciar al derecho como forma de organización de las interacciones sociales, generando así un problema de acción colectiva mayúsculo, que contribuyó a escalar el número de contagios y de muertes causadas por el COVID-19 y que también volvió más traumático el impacto de la pandemia en términos económicos y sociales.

III. Conclusiones

La pandemia de COVID-19 ha sido un evento verdaderamente excepcional en la historia de nuestro país. Es posible que pasen muchos años hasta que nos volvamos a enfrentar a un problema sanitario, social, económico y político de esta naturaleza, magnitud y urgencia. Si esto fuera cierto –aunque, en realidad, no tenemos certeza de que lo sea–,¹⁰³ las conclusiones de este trabajo, sobre pandemias, democracia, derecho, y excepciones, parecerían un tanto abstractas, aplicables únicamente a episodios remotos y poco frecuentes.

No obstante, creo que esta experiencia que hemos atravesado en Argentina en relación al COVID-19 nos debe dejar dos aprendizajes respecto de cómo conducimos nuestros asuntos públicos, más allá de esta situación específica. El primer aprendizaje es que *el derecho es una herramienta*

de Buenos Aires”, *Infobae*, 25 de noviembre de 2020, <https://www.infobae.com/politica/2020/11/25/vuelven-a-funcionar-los-casinos-y-bingos-de-la-provincia-de-buenos-aires/>.

103. Véase Miriam Berger, “COVID-19 ‘Not Necessarily the Big One,’ WHO Warns”, *Washington Post*, 29 de diciembre de 2020, <https://www.washingtonpost.com/world/2020/12/29/coronavirus-2020-the-big-one-who-pandemics/>; World Health Organization, “The Best Time to Prevent the next Pandemic Is Now: Countries Join Voices for Better Emergency Preparedness”, 2020, <https://www.who.int/news/item/01-10-2020-the-best-time-to-prevent-the-next-pandemic-is-now-countries-join-voices-for-better-emergency-preparedness>.

indispensable para lidiar con nuestros problemas comunes, a la que no podemos renunciar. Como decía Nino, las normas sirven “para superar los problemas de cooperación, debido a que ellas pueden o bien modificar las preferencias de los individuos, o bien asegurar sus expectativas”.¹⁰⁴ Y aun cuando no toda norma tienda a este fin, o cuando a veces no baste con las normas para ello, lo cierto es que el derecho es, en general, “condición necesaria para desarrollar acciones colectivas eficientes”.¹⁰⁵ Con el derecho quizás no alcanza, pero sin el derecho es imposible.

El segundo aprendizaje, en tanto, es que *para romper el círculo vicioso de la “anomia boba” es necesario tomarse en serio los procedimientos institucionales que comprometen a nuestro sistema jurídico con un ideal robusto de democracia y de derechos humanos.* Para contribuir al cumplimiento de las normas, debemos cultivar la virtud cívica, lo que requiere “expandir el debate público, hacer más racional el proceso de justificación mutua, y dar más oportunidades de participación en las decisiones, en condiciones de igual libertad, a los afectados por ellas”.¹⁰⁶ En palabras de Nino, de lo que se trata es de invertir una lógica que viene de los tiempos de los corregidores coloniales (“se acata pero no se cumple”), y de constituir en un lema argentino la idea de que, en pandemia o fuera de ella, “[a]quí la ley se discute, pero se cumple”.¹⁰⁷

Bibliografía

- Abiri, Gilad y Sebastián Guidi, “The Pandemic Constitution”. *Columbia Journal of Transnational Law* 61 (2022).
- Alegre, Marcelo, Ramiro Álvarez Ugarte, Maricel Asar, Roberto Gargarella, Nahuel Maisley, Julio Montero y Liliana Ronconi, “Cuidar la vida y la Constitución: La limitación de derechos durante la emergencia”. Programa de Estudios Institucionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, Facultad de Derecho de la Universidad de

104. Nino, *Un país al margen de la ley*, 166.

105. Nino, *Un país al margen de la ley*, 166.

106. Nino, *Un país al margen de la ley*, 253.

107. Nino, *Un país al margen de la ley*, 253.

- Buenos Aires, 13 de julio de 2020. http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/2020_pandemia-y-constitucion-lunes-13-de-julio.pdf.
- Arnesen, Sveinung e Yvette Peters, “The Legitimacy of Representation: How Descriptive, Formal, and Responsiveness Representation Affect the Acceptability of Political Decisions”. *Comparative Political Studies* 51, Nº7 (2018), 868-899.
- Bächtiger, André, John S. Dryzek, Jane Mansbridge y Mark E. Warren, “Deliberative Democracy: An Introduction”. *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, editado por André Bächtiger, John S. Dryzek, Jane Mansbridge y Mark E. Warren, 1-32. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Bayón, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”. *Diritto & Questioni Pubbliche* 9 (2009), 189-228.
- Brighouse, Harry, “Egalitarianism and Equal Availability of Political Influence”. *The Journal of Political Philosophy* 4, Nº2 (1996), 118-141.
- Christiano, Thomas, *The Constitution of Equality. Democratic Authority and its Limits*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Gargarella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021.
- Gargarella, Roberto, “Full representation, deliberation, and impartiality”. *Deliberative democracy*, editado por Jon Elster, 260-280. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Gargarella, Roberto, *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2020.
- Gargarella, Roberto, “Prólogo”. *Un país al margen de la ley*, Carlos Santiago Nino, 7-10, 4ª edición, 2011. Buenos Aires: Ariel, 1992.
- Gargarella, Roberto, “Republicana, representativa y federal”. *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, editado por Roberto Gargarella y Sebastián Guidi, 1: 3-23. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- Griffin, Christopher, “Debate: Democracy as a Non-Instrumentally Just Procedure”. *The Journal of Political Philosophy* 11, Nº1 (2003), 111-121.
- Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*. First Paperback Edition, 1998. Cambridge: The MIT Press, 1996.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*. Oxford/New York: Clarendon Press - Oxford University Press, 1994.

- Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*. Second Ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Lafont, Cristina, *Democracy without shortcuts: A participatory conception of deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Landemore, Hélène, *Democratic reason. Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many*. Princeton: Princeton University Press, 2012.
- Levi, Margaret, Audrey Sacks y Tom Tyler, "Conceptualizing legitimacy, measuring legitimating beliefs". *American Behavioral Scientist* 53, N°3 (2009), 354-375.
- Levy Yeyati, Eduardo, y Luca Sartorio. "Take me out: De facto limits on strict lockdowns in developing countries". *UTDT - Escuela de Gobierno - Documento de Trabajo 2020/8*, julio de 2020. https://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=20335&id_item_menu=31549.
- Maisley, Nahuel, "Cohen v. Cohen: Why a Human Right to (Domestic and Global) Democracy Derives from the Right to Self-Determination". *Latin American Journal of Political Philosophy* 4, N°5 (2015), 1-35.
- Maisley, Nahuel, "El campamento participativo. Por qué la representación política no es virtuosa en sí misma, sino en todo caso un mal necesario". *Lecciones y Ensayos*, N°96 (2017), 51-86.
- Maisley, Nahuel, "El derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional". Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2019.
- Maisley, Nahuel, "The International Right of Rights? Article 25(a) of the ICCPR as a Human Right to Take Part in International Law-Making". *European Journal of International Law* 28, N°1 (2017), 89-113.
- Marmor, Andrei, "Authority, Equality and Democracy". *Ratio Juris* 18, N°3 (2005), 315-345.
- Martí, José Luis, "Democratic Legitimacy and the Sources of International Law". *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, editado por Jean d'Aspremont y Samantha Besson. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2006.
- Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven and London: Yale University Press, 1996.
- Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven and London: Yale University Press, 1996.

- Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*. 4ª edición, 2011. Buenos Aires: Ariel, 1992.
- Peter, Fabienne, “Political Legitimacy”. Editado por Edward N. Zalta. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017. <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/>.
- Pinto, Mónica, *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- Puga, Mariela, “Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso)”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 21, N°1 (24 de noviembre de 2020), 1-23.
- Rochi Monagas, Magdalena, Nahuel Maisley, Maricel Asar, Roberto Gargarella y Ramiro Álvarez Ugarte, “Argentina: Legal Response to COVID-19”. Editado por Jeff King y Octavio Ferraz. *The Oxford Compendium of National Legal Responses to COVID-19*. Oxford: Oxford University Press, 2021. <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-occ19/law-occ19-e21>.
- Tyler, Tom R., *Why People Obey the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- Urbinati, Nadia, y María Paula Saffon, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”. *Political Theory* 41, N°3 (2013), 441-481.
- Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Young, Iris Marion, *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

¿Los Estados respetan el marco jurídico de protección de los derechos humanos para enfrentar la pandemia del COVID-19?

*Marta R. Vigevano**

Resumen

Los derechos humanos se han visto especialmente afectados por la pandemia del coronavirus COVID-19, escenario que ha visibilizado la vulnerabilidad de aquellos y aquellas que no se encuentran dentro de una red de seguridad tanto en el ámbito nacional como internacional.

Si bien esta circunstancia se plantea como un hecho excepcional y, a consecuencia de ello, los decisores políticos han debido adoptar medidas extraordinarias, los Estados deben responder a esta crisis teniendo en el centro de toda acción al individuo y respetando sus derechos humanos.

Palabras claves: COVID-19, derechos humanos, estado de excepción.

* Profesora de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Humanitario en grado y posgrado de la Facultad de Derecho, UBA. Secretaria Ejecutiva del Observatorio de Derecho Internacional Humanitario, Facultad de Derecho, UBA. Directora de la Carrera Docente, Facultad de Derecho, UBA.

Are States Honoring the Judicial Frame of Human Rights Protection to Face the COVID-19 Pandemic?

Abstract

Human Rights have been radically affected by the viral disease COVID-19, a scenario that has made visible the vulnerability of those who are not within a safety net both nationally and internationally. Although this circumstance is seen as an exceptional fact and as a result of this, political decision-makers have had to adopt extraordinary measurements the States must respond to this crisis by placing human beings at the center of all actions taking into consideration their human rights.

Keywords: COVID-19, Human Rights, State of Emergency.

I. Introducción

En la historia de la humanidad han sido varias las pandemias que se han propagado en distintos lugares del mundo. En Europa, la peste negra del siglo XIV, en América las pandemias durante el período de la conquista, en el siglo XX la gripe española.¹ Y este siglo XXI enfrenta al COVID-19.

Por cierto, cada una de ellas ha tenido consecuencias específicas de carácter económico, social y político. Pero la última pandemia quizás es la que plantea un mayor número de cuestionamientos, tanto en el ámbito de los derechos internos como del derecho internacional por estar inmersos en un mundo global, multifacético e interdependiente. Es dable preguntar: ¿la pandemia crea un desequilibrio en los Estados, incrementando hábitos autoritarios que vulneran derechos garantizados? ¿Las restricciones de algunos derechos en pandemia resultan necesarias para proteger otros?

Trataremos en este breve trabajo de encontrar algunas respuestas a estos interrogantes.

1. Kreibohm, "Tres pandemias en la Historia", *Relaciones Internacionales*, Año 29, N°58, UNLP, pp. 289-294.

a. *Métodos aplicados por los Estados*

Hemos podido observar que desde el inicio de la actual pandemia los Estados han enfrentado de distinta manera el desafío de combatirla. Pero en algunos de ellos, los métodos utilizados han producido ciertos cambios políticos. En muchas sociedades nacionales, con democracias afianzadas, en los últimos años se ha planteado una clara apatía por la política (en el norte global, Unión Europea-EEUU), y la pandemia ha provocado en las poblaciones un mayor interés por las decisiones gubernamentales que afectan sus derechos, un incremento de la necesidad de manifestar sus opiniones, una mayor conciencia por defender sus derechos.² En especial frente a determinadas decisiones gubernamentales que han alentado directa o indirectamente las actitudes de odio³ o las muestras de racismo y xenofobia inspiradas en la supremacía blanca y/o ultranacionalista.⁴

En otras se han incrementado una política del poder de policía por parte de las autoridades, que, con el argumento de que se debe cuidar la salud por sobre todo, implementan mecanismos para eliminar o reprimir movimientos antigubernamentales o de oposición basados en estados de excepción –utilizando la pandemia como pretexto– que son manifiestamente violatorios de los derechos humanos.⁵ Esta última situación se ha planteado en diversos

2. Ver M. Kavanagh and Renu Singh, Democracy, “Capacity, and Coercion in Pandemic Response: COVID-19 in Comparative Political Perspective”, *J Health Polit Policy Law* (2020) 45 (6), Duke University Press, pp. 997-1004.

3. A. Guterres, “Solidaridad contra el odio propagado por el coronavirus”, 7 de mayo 2020. Disponible: <https://www.un.org/es/coronavirus/articulos/solidaridad-odio-propagado-coronavirus> (consulta 12 de octubre 2021).

4. Varios partidos políticos en este mencionado norte global han aprovechado la crisis del COVID-19 para alentar teorías de conspiración contra inmigrantes. Ver Human Rights Watch, “El COVID-19 aumenta la xenofobia y el racismo contra los asiáticos en todo el mundo”. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2020/05/12/el-covid-19> (consulta 12 de octubre 2021).

5. “Los poderes de emergencia no deben ser armas que los gobiernos puedan usar para aplastar la disidencia, controlar a la población o prolongar su estancia en el poder”, advirtió Michelle Bachelet, Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos”. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2020/04/1473482> (consulta 18 de octubre 2021).

Ver también: United Nations, Human Rights, Office of the High Commissioner, *Emergency Measures and COVID-19: Guidance*. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19.pdf (consulta 18 de octubre 2021).

continentes caracterizados por democracias más débiles o regímenes autoritarios o populistas. Por ejemplo, en América Latina y el Caribe, las autoridades de la región han establecido varias medidas que constituyen una clara limitación y/o violación a los derechos humanos; ante esta situación la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha manifestado: “La pandemia del COVID-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el COVID-19; así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad”.⁶ Los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos aun en circunstancias de excepción y las medidas que tomen para hacer frente a la pandemia deben ser proporcionales para la protección de la vida y la salud y compatibles con las obligaciones internacionales, tal como lo establece el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas a través del Comité de Derechos Humanos, en la Declaración adoptada sobre la suspensión de obligaciones que emanan del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en relación con la pandemia de COVID-19⁸ establece de manera precisa que los Estados que enfrentan la amenaza de la pandemia pueden recurrir a facultades excepcionales e invocar su derecho a suspender las obligaciones contraídas en virtud del Pacto con arreglo a lo establecido en el artículo 4,⁹ teniendo

6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N°1/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas (adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020). Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf> (consulta 20 de octubre 2021).

7. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) San José, Costa Rica, 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf (consulta 21 de octubre 2021).

8. Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/128/2, *Declaración sobre la suspensión de obligaciones dimanantes del Pacto en relación con la pandemia de COVID-19*. Disponible en: <https://undocs.org/es/CCPR/C/128/2> (consulta 21 de octubre 2021).

9. Naciones Unidas, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 Observación general N°29 *Estados de emergencia (artículo 4)*. Disponible en: <https://undocs.org/es/CCPR/C/21/Rev.1/>

en cuenta que la duración, el ámbito geográfico y el alcance material de esas medidas deben ser limitados, y esas medidas, así como las sanciones impuestas en relación con ellas, deberán tener carácter proporcional siempre que sea posible, pero “los Estados partes no podrán recurrir a facultades excepcionales ni aplicar medidas suspensivas de manera discriminatoria o vulnerando otras obligaciones que hayan contraído en virtud del derecho internacional, con inclusión de las contraídas en virtud de otros tratados internacionales de derechos humanos cuya suspensión no esté permitida”.

A pesar de estas directivas adoptadas tanto por los organismos internacionales como regionales, varios gobiernos han declarado estados de excepción invocando una emergencia sanitaria y de catástrofe y amparándose en esta categorización han establecido medidas que restringen la libertad personal por medio de detenciones arbitrarias, limitan el derecho de acceso a la información pública y la libertad de expresión, vulneran la inviolabilidad del domicilio, restringen el derecho a la educación, imponen el aislamiento a través de extensas cuarentenas, sin determinar su duración, establecen el almacenamiento de datos de forma masiva y el uso de tecnología de vigilancia con el pretexto de rastrear el virus. Muchas de estas medidas adquirieron un carácter abusivo y fueron tomadas no por las vías legales e institucionales correspondientes como son las Cámaras legislativas, sino a través de decisiones del Ejecutivo sin ningún tipo de supervisión ni contralor por otros poderes. Es decir, en muchos Estados (en especial de Latinoamérica) se ha implementado un estado de excepción que mucho se asemeja a un estado de sitio pero que no se declara como tal atento a no cumplir con los requisitos legales que la mayoría de las constituciones latinoamericanas exigen, que es la aprobación legislativa. Los Ejecutivos durante esta pandemia concentran poderes y se sirven de fuerzas de seguridad y militares para aplicarlos, y en la gran mayoría de los casos conducen a una limitación de los derechos constitucionales esenciales, situación esta que es un claro ejemplo del menoscabo de los derechos humanos de los individuos.¹⁰

Add.11 (consulta 22 de octubre 2021).

10. R. Gargarella, “Democracia y emergencia en América Latina”, *Revista Argentina de Ciencia Política*, Vol. 1, N°25, pp. 181-182.

b. Derechos esenciales a proteger

Para enfrentar la pandemia del COVID-19 los Estados deben respetar derechos esenciales tales como el derecho a la vida y su protección, y una forma de proteger este derecho humano es que los gobiernos cumplan con la obligación de proporcionar información veraz sobre la naturaleza de la amenaza que representa el coronavirus. Los gobiernos de todo el mundo están obligados en virtud de la legislación sobre derechos humanos a ofrecer información fiable en formatos accesibles para todo el mundo, centrándose en especial en garantizar el acceso a la información.¹¹

Vinculado estrechamente a este derecho está el derecho a la salud. Todas las personas, especialmente durante una pandemia, deben tener garantizado el acceso a la salud sin importar su condición económica y/o social. La crisis de la salud pública preexiste a la pandemia, aunque durante ella se ha acentuado en numerosos Estados y afecta de manera diferente a las mujeres, los/as niños/as, a los migrantes, a las personas de edad, a los refugiados en razón de conflictos armados, a las personas con discapacidad y a los pueblos originarios. La protección dispensada por los decisores políticos debe abarcar todas estas categorías más vulnerables de personas sin distinción y los estados de excepción no pueden restringir sus derechos.

Otro derecho de envergadura especial es el derecho a la circulación de las personas. Si bien es real que una forma de evitar la propagación de la pandemia fue mediante las medidas de confinamiento, no es menos cierto que esta restricción en algunos Estados fue abusiva y trajo como consecuencia graves perjuicios en el goce de derechos económicos y sociales, pérdidas de actividad laboral, de acceso a servicios sanitarios, alimentarios, sociales, de provisión de agua, el cierre de fronteras y la imposibilidad de retornar a muchos individuos a sus lugares de residencia. La libertad de circulación es un derecho esencial que permite el goce de muchos otros derechos.¹²

11. Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, *COVID-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso a y el flujo libre de información durante la pandemia. Expertos internacionales* (marzo 2020). Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25729&LangID=S> (consulta 22 de octubre 2021).

12. United Nations, *COVID-19 and Human Rights. We are all in this together* (April 2020). Disponible en: <https://unsdg.un.org/resources/covid-19-and-human-rights-we>

Los seres humanos han tenido que cumplir condiciones rigurosas frente a la pandemia y los gobiernos deben responder adoptando medidas de seguridad en el marco de la legalidad, de carácter temporal y proporcionales, privilegiando el estado de derecho, combatiendo la corrupción y haciendo prevalecer el principio “pro persona”.

Conclusión

En la introducción de este trabajo planteamos dos interrogantes. A la luz de lo desarrollado podemos responder al primero de ellos de manera afirmativa ya que en varios Estados las medidas tomadas en pos de enfrentar el COVID-19 estuvieron también direccionadas a tener un control férreo de las libertades, a tratar de exaltar los nacionalismos, a establecer medidas que en otras circunstancias podrían ser calificadas como dictatoriales, a reprimir la disconformidad de sus propios connacionales. La pandemia un día dejará de tener el carácter letal y preocupante que hoy genera, pero es necesario estar alerta frente al acrecentamiento de los poderes políticos que, dejando de lado el respeto a los derechos humanos, intensificaron y afianzaron su poder sin ningún tipo de control, y no se debe guardar silencio cómplice frente a ello.

Con relación al segundo interrogante, la respuesta es clara: esta pandemia o cualquier otra pandemia puede dar lugar a que ciertos derechos sean acotados, pero se requiere una clara conciencia de quienes toman las decisiones acerca de que no puede existir una limitación absoluta y prolongada de ciertos derechos sobre otros; la conducta más razonable es proteger todos los derechos puesto que aquellos que hoy en el marco de la pandemia no fueron protegidos implican también una violación a los derechos humanos que puede transformarse en una acción permanente hacia el futuro.

are-all-together (consulta 22 de octubre 2021).

Bibliografía

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución N°1/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas* (adoptado por la CIDH el 10 de abril de 2020). <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.
- Gargarella, R., “Democracia y emergencia en América Latina”, *Revista Argentina de Ciencia Política*, Vol. 1, N°25.
- Guterres, A., “Solidaridad contra el odio propagado por el coronavirus”, 7 de mayo 2020. Disponible en: <https://www.un.org/es/coronavirus/articulos/solidaridad-odio-propagado-coronavirus>.
- Kavanagh, M. and Renu Singh, “Democracy, Capacity, and Coercion in Pandemic Response: COVID-19 in Comparative Political Perspective”, *J Health Polit Policy Law* (2020) 45 (6), Duke University Press.
- Kreibohm, P., “Tres pandemias en la historia”, *Relaciones Internacionales*, Año 29, N°58, UNLP.
- Naciones Unidas, Human Rights, Office of the High Commissioner, *Emergency Measures and COVID-19: Guidance*. https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19.pdf.
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/128/2, *Declaración sobre la suspensión de obligaciones dimanantes del Pacto en relación con la pandemia de COVID-19*. <https://undocs.org/es/CCPR/C/128/2>.
- Naciones Unidas, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 Observación general N°29, *Estados de emergencia (artículo 4)*, <https://undocs.org/es/CCPR/C/21/Rev.1/Add.11>
- Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “COVID-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso a y el flujo libre de información durante la pandemia. Expertos internacionales” (marzo 2020). <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25729&LangID=S>.
- Naciones Unidas, *COVID-19 and Human Rights. We are all in this together* (April 2020). <https://unsdg.un.org/resources/covid-19-and-human-rights-we-are-all-together>.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Expulsión del extranjero por razones penales en el régimen argentino

*María Lourdes González San Juan**

Resumen

Es el objetivo de este trabajo intentar analizar las políticas públicas migratorias en nuestro país en materia de expulsión de migrantes a la luz de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y la Ley Nacional de Migraciones 25871. Esta será medular porque, partiendo del reconocimiento del derecho humano del migrante, establece significativamente las líneas políticas fundamentales y las bases estratégicas en materia migratoria, regulando así, entre otras cuestiones, la permanencia o la expulsión del extranjero –ingresante o residente– de acuerdo a la existencia o no de causales de índole penal expresamente previstas por la normativa, cuyos efectos serán objeto de valoración jurídica a lo largo del presente artículo. Por último, habré de referirme a los cambios que trajo aparejados el Decreto de Necesidad y Urgencia PE 70/2017 y su impacto en el régimen de política migratoria y los alcances de su derogación a través del reciente Decreto de Necesidad y Urgencia del PE 138/2021.

Palabras clave: Políticas públicas migratorias, extranjero, expulsión por causas penales, reformas a la Ley de Migraciones.

* Abogada (UCA). Posgrado en Derecho Penal (UP); Carrera de Especialización en Administración de Justicia (UBA) –título en trámite–; secretaria del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional 3 de Morón, PBA; lourdesgsj@gmail.com.

Migrant Expulsion for Criminal Reasons in the Argentine Code

Abstract

The objective of this work is to analyze the migration public policies in Argentina in terms of expulsion consistent with current legislation, the national constitution and international treaties. The national migration law 25871 establishes the fundamental policy guidelines and the migration strategic basis, thus regulating, among other issues, the migrant stay or expulsion –entrant or resident– with or without criminal cases provided for by the regulation, whose effects will be subject to legal assessment throughout this report. Finally, I want to refer to the changes caused by the emergency decree PE 70/2017, its impact on the migration policy regime and the scope of its derogation under the terms of the recent emergency decree PE 138/2021.

Keywords: Migration Public Policies, Foreigner, Criminal Cases, Expulsion, Migration Law Amendments.

I. Introducción

Las políticas públicas migratorias son un entramado de regulaciones (normativas, decisiones administrativas, fallos judiciales, etc., que tienen por objeto fomentar, promover, retener, recuperar, restringir, incorporar, integrar o asimilar inmigrantes (Mármora, 1997). De este modo, un elemento de la política migratoria de un Estado es su facultad de permitir la permanencia o expulsar de su territorio a los extranjeros. Los Estados se esfuerzan en monopolizar los medios legítimos de movilidad, es decir, la posesión exclusiva del derecho de autorizar y regular los movimientos, principalmente los internacionales, dentro de sus territorios soberanos.

Existen varias razones (sociales, económicas y/o políticas) que influyen en el movimiento migratorio. Por lo general, los migrantes abandonan sus países de origen debido a una situación de conflicto, a violaciones de los derechos humanos, por cuestiones de inseguridad o económicas. También para reunirse con miembros de su familia que ya se han establecido en otros países.

Dicho esto, y teniendo en cuenta los diversos aspectos relacionados con la migración internacional –cuyo origen involucra una serie de componentes polifacéticos e interdisciplinarios–, hay uno que suscita un especial

interés en el mundo y en nuestro país: “la expulsión de personas extranjeras”, para lo cual se analizará la causal de deportación de migrantes por resultar peligrosos o indeseables por su conducta o actividades que comprometen con ellas la seguridad del Estado o la paz social.

El fenómeno migratorio genera una indudable tensión entre dos ámbitos de intereses, por un lado, las atribuciones del Estado concernientes a la fijación y aplicación de los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales, incluidos aquellos en situación irregular, y por el otro lado, los derechos fundamentales de las personas extranjeras, reconocidos enfáticamente en un conjunto de normas jurídicas nacionales e internacionales de diversa jerarquía.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció con fundamento en los artículos 25, 28 y 75, incisos 13 y 18, la potestad del Estado de regular y condicionar la admisión de las personas extranjeras en la forma y medida en que, con arreglo a los preceptos constitucionales, lo requiera el bien común en cada circunstancia, potestad que –remarcó– no es incompatible con las garantías de los derechos individuales consagrados por la Ley Suprema. Y reconoció el deber de respetar los derechos fundamentales de las personas extranjeras, especialmente el derecho de defensa en juicio, advirtiendo, al realizar un control de legalidad y razonabilidad, que el ejercicio de la atribución por la administración no puede “lesionar derechos amparados por la Constitución, y si eso ocurre es misión de los jueces acordar a esos derechos la tutela requerida”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitieron esa facultad de los Estados y asintieron que estos cuentan con un ámbito de discrecionalidad para fijar las políticas. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 22, inc. 3 y 6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 3 y 13) prevén aquella potestad.

Por su parte, la CIDH hizo hincapié en que las políticas migratorias y sus mecanismos de ingreso y egreso deben ser “compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana” y deben tener presente el respeto por los derechos humanos.

Las políticas públicas migratorias en materia de expulsión de migrantes por causas penales se encuentran reguladas por la normativa argentina vigente, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

Al respecto, se efectuará una breve reseña de los antecedentes normativos que rigen la materia en nuestro país desde la Ley 817 “de Inmigración y

Colonización”, más conocida como “Ley Avellaneda”, hasta la actual Ley 25781 de “Política Migratoria Argentina” (Ley Giustiniani), con el fin de observar cómo, a lo largo de la legislación, las políticas migratorias han ido variando con relación a las causales que motivaban la orden de expulsión, al ámbito y autoridad de aplicación, y cómo se ha ido construyendo con continuidad, discontinuidad, quiebres y rupturas al “expulsable” de los últimos años, quien pasó de ser un objeto del proceso a ser un sujeto con derechos y garantías, con ciertas falencias que aún, pese a los intentos, no han podido ser resueltas.

Sin dudas la sanción de la Ley Nacional de Migraciones, en diciembre de 2003 y reglamentada en el año 2010, conforme lo sostenido por su impulsor Giustiniani, sienta las bases de una política migratoria modelo a nivel regional e internacional, que reconoce el derecho humano del migrante.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que el instituto de la expulsión previsto por la normativa migratoria trae aparejado, al momento de su aplicación, un abanico de cuestionamientos vinculados a la afectación de derechos y garantías constitucionales, sobre los que habré de profundizar teniendo como referente parte de las distintas decisiones que han ido adoptando los tribunales argentinos según los casos.

Finalmente, habré de dedicarle un apartado especial al DNU 70/2017 dictado por el expresidente Mauricio Macri, que introdujo reformas sustanciales a la Ley 25871, sus alcances e implicancias en materia de política migratoria, la afectación a los derechos y garantías del migrante y su posterior derogación, mediante al DNU PE 138/21 del 5 de marzo de 2021, básicamente por considerar el actual gobierno que las modificaciones normativas allí efectuadas resultaban irreconciliables con la Constitución Nacional y con el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

II. Definición y naturaleza jurídica de la expulsión y sus alcances

Conforme el diccionario de la Real Academia Española, expulsar significa echar a una persona de un lugar, empero, en el tema que nos ocupa, debe decirse que se entiende por expulsión: sacar del país al extranjero que ha cometido un delito o se coloca en situación de peligrosa conducta, posee antecedentes criminales, eludió los controles migratorios al ingresar por una entrada ilegal al territorio o ingresó al país mediante el uso de docu-

mentación espuria. Varias son las causales expresamente previstas en la ley que autorizan al Estado a iniciar el procedimiento de expulsión.

La naturaleza jurídica de la expulsión trajo aparejadas diferentes discusiones; una parte sostiene que se trata de una medida coercitiva, punitiva, de una pena, y otros sostienen su carácter de sanción administrativa.

Están quienes sostienen que la expulsión constituye una medida coactiva y personal derivada de la potestad soberana de las naciones, reconocida por el derecho internacional, “siempre que se respeten los derechos humanos fundamentales, no sea arbitraria ni colectiva y se funde en el cumplimiento de una decisión adoptada conforme la ley” (Corte Internacional de Justicia, Ahmadou Sadio Diallo, República de Guinea c/ la República Democrática del Congo, sentencia del 30/11/2010).

Así pues, expulsar a un migrante es una medida de naturaleza punitiva, se trata de un castigo, un “mal”, y que, independientemente de cuál fuera la autoridad de aplicación, su carácter es penal; por ende, es una pena que solo se aplica a extranjeros.

Sin embargo, otros consideran la expulsión como una medida administrativa de la esfera estrictamente migratoria que está relacionada con otros ámbitos jurídicos, entre ellos el penal. La importancia de esta vinculación radica en el hecho de que en algunos países se viene observando la tendencia a dejar de lado la legislación criminal para sustituir la pena por la expulsión del extranjero, a veces sin tener en cuenta la gravedad de la conducta y, hasta podría decirse, como una garantía de impunidad. Esta modalidad ha sido identificada como la renuncia al *ius puniendi* como la no aplicación al caso concreto de la pena señalada por el legislador frente a la comisión de un delito.

Está claro que para exponer el verdadero alcance de la medida de expulsar resulta indispensable determinar su naturaleza jurídica y, al respecto, se observa que casi la totalidad de la doctrina y jurisprudencia ha entendido que la expulsión constituye una verdadera pena.

La orden de expulsión es reconocida como una sanción, una de las medidas que mejor representa el régimen punitivo del derecho de extranjería, que implica ejercicio del poder punitivo propio del Estado y, por lo tanto, coacción, un castigo penal que no se limita a afectar la libre elección de residencia de la persona, sino que se extiende a todas las facetas de la vida personal y social, afectando de un modo u otro una multitud de derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido que también las “sanciones administrativas son una expresión del poder punitivo”.

Esta atribución es propia del Estado y se vincula con su soberanía, dentro de los límites territoriales que ocupa; entonces, por las razones que las normas generales del Estado enuncian, la autoridad correspondiente se vería facultada a expulsar de su territorio al individuo no nacional y prohibirle regresar al territorio del Estado.

Al respecto, en el fallo “Wan Qingen” la Sala IV de la justicia administrativa de la Capital Federal del 12/10/00 sostuvo que: “... la expulsión de personas extranjeras [...] constituye una sanción penal administrativa. La circunstancia de que, en el caso la medida expulsiva no reúna características de una condena penal, toda vez que no responde a la comisión de un delito sino al incumplimiento de requisitos administrativos, no quita a la sanción su carácter punitivo, en cuanto supone la exclusión de los afectados de la sociedad nacional”.

La expulsión representa un mal que se le causa al afectado por medio del cual se lo priva de algún derecho fundamental y resulta absolutamente evidente que implica una disminución de algún bien jurídico del afectado. De esta manera, las penas se miden por sus consecuencias y no debe ser menospreciado su alcance por no encontrarse dentro del catálogo de sanciones dentro del sistema penal, razón por la cual debe considerarse que si una medida importa afectación de derechos individuales básicos de manera coactiva es una pena, por lo cual, indudablemente, se debe apreciarla de acuerdo a su carácter afflictivo y rodearla de las garantías constitucionales que le competen.

De aquí que deba necesariamente distinguirse entre lo que puede ser el castigo por el hecho cometido de cualquier otra medida que accesoriamente al mismo genera padecimientos en el individuo.

Si bien se advierte de la lectura del art. 5 de nuestro Código Penal que la expulsión no está expresamente catalogada como pena, no obstante es posible interpretar que no conforma la sanción principal, sino que se trataría de una pena accesoria a la de reclusión o prisión impuestas, tal como lo constituye el art. 12 del CP.

Así pues, en varios casos, la expulsión del extranjero tiene lugar luego de cumplida su condena en Argentina o estando vencida; se advierte que ello termina menoscabando el principio del non bis in idem, ya que la condena penal, más la expulsión por ella e incluso la prohibición de reingreso, son tres sanciones originadas en el mismo hecho (el delito).

Imponer consecuencias ulteriores al suceso comprobado deviene una potestad jurisdiccional irrazonable, que afecta derechos constitucionales

(ver art. 119 de la CN). En idéntico sentido, se ha afirmado que “la pena no puede trascender de la persona del delincuente” (art. 5.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Al respecto, por su gravedad un tribunal penal de Buenos Aires ha reconocido que “la sola calidad de extranjero para fundamentar una pena accesoria como es la expulsión del país, no solo viola los principios antes mencionados [igualdad ante la discriminación, entre otros], sino que también implica la transgresión del principio de culpabilidad (y del principio de resocialización de la pena), el principio que prohíbe el non bis in idem...” (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, caso “GMR”, sentencia del 29/10/10).

En definitiva, puede colegirse que la expulsión del no nacional, que se encuentra regulada por el procedimiento administrativo posterior a la sentencia de condena, resulta ser una sanción de carácter punitivo, por lo cual cobra vida la pena de destierro, controvirtiendo el fin personal y resocializador de la pena, vulnerando al mismo tiempo la garantía del non bis in idem, por lo cual deviene irrazonable su aplicación en un momento ulterior a la sentencia de condena, debiéndose sincerar su utilización por parte del ordenamiento jurídico dada la manera en que actualmente funciona.

III. La política migratoria de expulsión en nuestro país. Su evolución legislativa hasta la sanción de la nueva Ley de Migraciones 25871

En primer lugar, corresponde señalar que la Constitución Nacional tiene varias referencias a la inmigración y los derechos de los extranjeros, vinculadas con el rumbo que los redactores de dicha carta deseaban darle al país.

Artículo 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Artículo 20: Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y

profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Confrontar una ley que avale la expulsión con el texto de nuestra norma suprema transcripto precedentemente nos llevaría irremediablemente a tacharla de inconstitucional. El juego que avalan los arts. 14 y 20 nos conduce a sostener una equiparación entre los nacionales y extranjeros en cuanto a sus derechos civiles, que se evidencia en la posibilidad de “entrar, permanecer, transitar” del primer artículo citado.

Al respecto, tiene dicho la doctrina que la expulsión de extranjeros es considerada inconstitucional, porque implica violar la igualdad civil de derechos que la Constitución reconoce a nacionales y extranjeros. Si el nacional no es expulsable, no puede serlo el extranjero –art. 20–. Acá juega el derecho de “permanecer” en el país, reconocido en el art. 14.

Al respecto, la Corte Suprema reconoció el deber de respetar los derechos fundamentales de las personas extranjeras, especialmente el derecho de defensa en juicio, advirtiendo, al realizar el control de legalidad y razonabilidad, que el ejercicio de la atribución por la administración no puede “lesionar derechos comparados por la Constitución, y si ello ocurre es misión de los jueces acordar a esos derechos la tutela requerida (Fallos: 151:211; 200:99; 234:203; 268:393).

En segundo lugar, respecto de las disposiciones provenientes de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, cabe hacer referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 24 y al artículo 2º, inc. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se consagra el principio de igualdad. Ahora bien, en el Pacto de San José de Costa Rica se acepta la expulsión en su artículo 22, inc. 6º: el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, más el inciso anterior prohíbe la expulsión de nacionales (nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional). Esta posibilidad que tienen los Estados de expulsar únicamente a quienes sean extranjeros, contraría la igualdad reflejada en aquel instrumento así como en nuestra carta magna, por lo que habría que

optar entre aceptar que el nacional y el extranjero son iguales pero pueden ser discriminados en materia de políticas de expulsión o, en virtud del principio pro homine, se decide en el sentido más garantizador del derecho de que se trate en este caso, el derecho a ser tratado igual que a un nacional.

Ahora, obsérvese que la expulsión se encuentra con un gran obstáculo: la igualdad entre los nacionales y extranjeros garantizada no solo en la Constitución Nacional, sino también en los tratados de derechos humanos que tienen idéntica jerarquía.

Si bien la carta magna no hace referencia a la “expulsión” existe en política migratoria argentina una proliferación de leyes, decretos y resoluciones administrativas que regulan el instituto.

a. Legislación migratoria, su evolución

Así pues, tres leyes generales migratorias que suceden a lo largo de la historia de la República Argentina dieron el marco legal a partir del cual tratar la expulsión de extranjeros.

La primera es la Ley 817 o “Ley Avellaneda”; la segunda es el Decreto-Ley 22439 de Migraciones y Fomento de la Inmigración –sancionada en 1981–, conocida como la “Ley Videla”, y la vigente es la Ley 25871, conocida como la “Ley Giustiniani”, y sus modificatorias conforme el Decreto 70/17, actualmente derogadas por el DNU 138/21. Las dos últimas leyes mencionadas prevén expresamente que “la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas se rigen por las disposiciones de la presente ley y sus reglamentaciones”.

1. Ley Avellaneda 817. Ley de Residencia de 1902. Decreto-ley 4805 de 1963 y Decreto 4418 del año 1965

Si bien la Ley Avellaneda no hacía referencia expresa a la expulsión de extranjeros, las restricciones se ponían al ingreso, desembarco de extranjeros mediante visas, certificados de antecedentes, etc. Sin embargo, existieron disposiciones posteriores que hicieron referencia al tema, tales como la Ley de Residencia de 1902, que versaba sobre la expulsión de extranjeros que atenten contra el orden público; el Decreto-ley 4805 dictado en junio de 1963, que definió la ilegalidad por ingreso y por permanencia, y en igual sentido el Decreto 4418, dictado dos años más tarde, que estableció

el “Reglamento de Migración” que definió a los inmigrantes ilegales como aquellos que ingresan sin someterse al control migratorio, no cumplen requisitos legales que condicionan el ingreso y/o permanencia en sus distintas categorías o permanecen en el país una vez vencido el plazo de permanencia autorizado. Al respecto, preveía que la autoridad migratoria pueda conminar al extranjero ilegal a abandonar el país en un plazo perentorio o decretar directamente su expulsión y proceder a detenerlo en dependencias policiales hasta que la expulsión tenga lugar.

2. Ley Videla 22439 del año 1981, reemplazo a la Ley Avellaneda

Esta ley es reconocida como un “monumento permanente de arbitrariedad inconstitucional”. Regulaba expresamente la expulsión de extranjeros. La autoridad de migración podía conminar a hacer abandono del país en el plazo que fije, o disponer la expulsión, de todo extranjero que no cumpla o viole las disposiciones de la presente y de las respectivas reglamentaciones. Se presentan dos tipos de expulsables: aquellos que teniendo residencia legal la pierden y aquellos que desde el ingreso no cumplen con los requisitos para permanecer en el país –cfr. arts. 16, 18, 20 y 85-.

Otra causal de expulsión era la entrada al país por un punto no habilitado, no habiendo pasado por el control migratorio correspondiente, “ilegalidad del ingreso” según la normativa.

Se establecía el régimen de los recursos para interponer ante la autoridad migratoria que decidió la expulsión de un extranjero. Procedían para el caso los recursos administrativos, de reconsideración y revocatoria de las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones y si eran denegados existía la instancia de apelación ante el Ministerio del Interior. Sin embargo, no existía ninguna vía judicial para recurrir –cfr. art. 80.

Bajo esta normativa se permitían también las detenciones administrativas en caso de irregularidad migratoria, sin determinación de la duración de la detención y sin intervención de la justicia.

El extranjero expulsado podía tener otra sanción accesoria de prohibición de reingresar al país, su reingreso debía autorizarse expresamente. Se preveían sanciones de hasta tres meses a un año de prisión en caso de incumplimiento.

El decreto-ley Videla, según su art. 95, autorizaba al Ministerio del Interior a expulsar extranjeros cuya actividad afectase la paz social, la seguridad

nacional o el orden público en el país o en el extranjero, sin recurso judicial alguno, y solo disponía de un único recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo. En igual sentido, si el extranjero resultaba condenado por un juez o tribunal argentino por delito doloso o pena privativa de libertad mayor de cinco años.

Este artículo violaba los principios constitucionales ya que los recursos administrativos previstos no respetan el derecho al debido proceso, ni el derecho de defensa ni el derecho a la jurisdicción.

Según el art. 96 se podía dispensar de la medida de expulsión del artículo anterior, cuando tuviera hijos o padres argentinos, o cónyuge argentino, siempre que su matrimonio fuera anterior al delito por el cual resultó condenado, y/o que tuviere una residencia inmediata anterior en el país superior a diez años.

Y, como sanción accesoria, según el art. 44 el extranjero no podía reingresar a la República sin expresa autorización del Ministerio de Interior. Esto indica otro rasgo de arbitrariedad administrativa, propio de ese régimen de política instaurado.

3. Ley Nacional de Migraciones 25871 (LM)

Fue sancionada en diciembre de 2003, promulgada en el año 2004 y recién en el año 2010 se sancionó el decreto reglamentario. Cabe señalar que constituye un avance en relación a la “Ley Videla”; en efecto, su impulso estuvo motivado en la necesidad de eliminar dicha normativa y además en sentar las bases para una política migratoria que tuviera en cuenta las transformaciones tanto a nivel regional como internacional; reconoce que hay un derecho a migrar y asegura el acceso a derechos fundamentales (salud, educación, justicia, asistencia social) a todos los residentes, con independencia de su situación migratoria.

La disposición más novedosa e innovadora de la ley es el reconocimiento del derecho fundamental a migrar. “El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. El principio de igualdad atraviesa las disposiciones sobre admisión, residencia y deportación.

Esta normativa sigue estándares internacionales en materia de derechos humanos y es considerada en espacios nacionales e internacionales, justamente por tratarse de una ley de avanzada en materia de migración y derechos humanos.

Tal fue el criterio sostenido por la CSJN al expresar que la Ley 25871 provocó profundas transformaciones, con relación a la ley de facto 22439 (Fallos: 330:4554). Al respecto la CIDH destacó que la Ley 25871 ha sido "... reconocida nacional e internacionalmente como una pieza normativa modelo que regula todo lo concerniente a la política migratoria y a los derechos y obligaciones de los extranjeros que viven en dicho país".

Los principios generales del art. 3 de la ley demuestran su fundamental enfoque pro-inmigración. Solo dos de los principios generales allí previstos se refieren a la seguridad y criminalidad: "promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación; promover el intercambio de información en el ámbito internacional..." (ver incisos j-k).

Los apartados de la ley que versan sobre criterios de admisión y expulsión son en general consistentes con la estructura liberal de la nueva ley. También equilibran razonablemente el derecho a inmigrar con el poder soberano del Estado para determinar a quién deportar. Antes de denegar la admisión o deportar a una persona, la Dirección Nacional de Migraciones debe tener en cuenta factores humanitarios tales como lazos familiares, duración de la residencia en el país, ocupación y condiciones sociales y personales (art. 61).

La autoridad de aplicación para esta ley es la Dirección Nacional de Migraciones, como organismo descentralizado en la órbita del Ministerio del Interior y en el ejercicio de sus atribuciones dispone la expulsión de las personas extranjeras con arreglo a los arts. 29, 37, 62 y 63. El control judicial de la orden de expulsión es competencia del fuero contencioso administrativo federal y de la justicia federal del interior del país (arts. 61, 74 y 98); en doble instancia, involucra según la ley, el control de legalidad, debido proceso y razonabilidad (art. 89).

Esta ley elimina la expulsión como decisión de ejecución administrativa, ya que para ello se requiere la intervención y decisión judicial. Así también, por el art. 86 se garantiza la asistencia letrada y de intérprete para observar el derecho constitucional de defensa.

El "extranjero expulsable" conforme esta normativa es un sujeto con derechos y garantías que se encuentra resguardado de prácticas arbitrarias que se daban con el anterior régimen y era tomado como objeto del proceso (Ley Videla). Sin perjuicio de ello, el instituto de la expulsión como pena accesoria previsto en el art. 64 de la normativa es cuestionado por afectar,

en ciertos casos, derechos y garantías de raigambre constitucional, extremos que más adelante analizaré.

Sentado a ello y en cuanto a los supuestos que motivan la “expulsión de extranjeros”, si bien pueden agruparse en causas de tipo administrativo y causas de tipo penal, siendo el objetivo de este trabajo analizar la expulsión por causas penales, habré de referirme al respecto según se trate de extranjeros ingresantes o residentes o regulares o irregulares.

Las causales penales que motivan la expulsión de extranjeros no residentes se encuentran en el art. 29 de la ley.

Este es el principal resorte administrativo para ejercer la facultad de denegar la residencia y habilitar la posterior expulsión para las personas migrantes, la primordial barrera para el ejercicio del derecho a migrar. Las causales se reparten entre los simples antecedentes y la condena; entre las más graves: genocidio, terrorismo, crímenes de lesa humanidad; otros relacionados con la trata y el tráfico de personas, en particular migrantes, y la explotación sexual.

Motivos de expulsión –de tipo penal–, por ejemplo:

Art. 29 inciso c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más.

Art. 29 inc. g): Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio.

La ley prevé excepciones a estas causales, una de ella es la reunificación familiar. Véase al respecto que el párrafo final del artículo 29 dispone que la DNM podrá admitir excepcionalmente, por razones [...] de reunificación familiar a los extranjeros comprendidos en el presente artículo y también al regular la detención administrativa, establece que una vez producida y en caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo [DNM] deberá suspender la expulsión y acreditado que fuera dicho vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad (cfr. art. 70).

Así pues, antes de iniciar el proceso de expulsión el gobierno debe considerar la profesión, lazos familiares con ciudadanos argentinos, período de residencia autorizada y otras condiciones sociales y personales del inmigrante.

Por su parte, la ley prevé también supuestos de expulsión de extranjeros residentes.

Al respecto, puede observarse que la ley dispone mayores protecciones para proceder a la expulsión de una persona residente en la Argentina. Según la Corte Suprema argentina, la residencia es una cuestión de “hecho”, que para el caso de adquisición de ciudadanía son dos años.

La Dirección Nacional de Migraciones primero debe intimar a la persona a regularizar en lugar de dictar automáticamente la expulsión por hallarla en situación irregular; luego, la expulsión no es ejecutable sino hasta después de terminada la revisión judicial –cfr. art. 61–. Para esta intimación, se establece que la autoridad migratoria tendrá en cuenta el plazo de permanencia en el país y sus vínculos familiares, que terminan siendo parámetros mínimos para la revisión judicial.

Estas previsiones van en línea con aquellas protecciones previstas en la legislación comparada, que refiere también a evaluar los vínculos en el país, las consecuencias para su familia; más aún, para las personas que hayan residido por un largo plazo, no se permite respecto de ellas la expulsión (legislación española LO 4/2000), salvo que sean una amenaza real y grave para el orden público (Directiva 2003/109 UE) y aun siendo así, hay recursos administrativos y judiciales.

El artículo 62 enumera los supuestos de expulsión para residentes que pueden agruparse según sea por delitos generales o graves delitos.

El primero prevé mayores requisitos: (i) un mínimo de pena privativa mayor de cinco años (en lugar del mínimo de tres años del art. 29 inc.), (ii) que se trate de un delito doloso, (iii) se elimina la mención de los antecedentes penales y (iv) antes de dictar la expulsión deben haber transcurrido 2 años desde el cumplimiento de la condena –cfr. art. 62.

Para los delitos graves como el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo y otros susceptibles de ser juzgados por el Tribunal Penal Internacional o por la Ley 23077, de Defensa de la Democracia, se podrá disponer la cancelación de residencia y su posterior expulsión “cualquiera sea la situación de su residencia” (art. 62 última parte).

Ambos supuestos quedan cubiertos por el efecto suspensivo de la expulsión, se garantiza el derecho de interponer los recursos administrativos (de Reconsideración, Jerárquico o Alzada) o bien el de recurrir directamente a la vía judicial. Se prevé la dispensa de la expulsión por tener familia en el país (arts. 61, 62 y 84).

El derecho a la reunificación familiar es un principio general de la LM (art. 3) aunado a reconocimientos de derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad.

Respecto de la reunificación familiar como dispensa de la orden expulsión la CIDH destacó que “los Estados deben establecer oportunidades procesales para evitar la expulsión en los casos en que tal medida supondría un grave daño para la vida familiar de la persona expulsada, así como de los miembros de la familia, en especial si entre estos se encuentran hijos menores” (cfr. CIDH, Derechos Humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 31/12/15, par. 367).

Ese criterio fue sostenido por la Sala V de la CNACAF, en los autos “Barrios Rojas Zoyla Cristina c/En-DNM Res.561/11 (Causa N°2091169/06) y otro s/ recurso directo para juzgados” al sostener que “no resulta razonable la solución tomada por la autoridad administrativa en cuanto a la negativa de la dispensa ministerial con fundamento únicamente en la “entidad del delito por el que fuera condenado el nombrado”, sin tomar en consideración el tiempo transcurrido desde que el actor tuvo actividad delictual. Fue hace 14 años atrás [...], su posterior reinserción en la sociedad [...] la radicación de la totalidad de su núcleo familiar en este país, [...] y la total ausencia de vínculos en su país de origen [...]”.

IV. Mecanismos adicionales de extrañamiento. Pena accesoria. Artículo 64

La ley prevé mecanismos adicionales específicos para delincuentes. Según el art. 64 cuando un ciudadano ha cumplido la mitad de la sentencia que se le haya impuesto, la Dirección Nacional de Migraciones puede emitir una orden de deportación que al mismo tiempo extinga la parte restante de la pena. Del mismo modo, la Dirección puede emitir una orden de deportación contra un no ciudadano en situación irregular que haya cumplido su *probation* o que sea acusado de un delito menor para el cual la *probation* u otra medida de rehabilitación sea una opción. En este último caso el proceso se da por terminado (cfr. Incisos a, b y c).

Aclárese que el Decreto 616/2010 introdujo una modificación al inciso C del art. 64 al establecer que: “La expulsión solo se hará efectiva en los casos en que el juez de la causa exprese su falta de interés sobre la permanencia del extranjero en el territorio argentino”.

V. Alcances constitucionales

Algunos juristas han argüido que el art. 64 de la ley de migraciones viola los principios subyacentes de no discriminación, igualdad y reunificación familiar. Algunos postulan que se observa un trato penal diferente ante el nacional y el extranjero, quien resulta perjudicado por esa condición. Tal circunstancia lleva indudablemente a cuestionar la inconstitucionalidad de la pena accesoria de expulsión allí prevista.

La Ley de Migraciones se encarga, en su artículo 3º, de delinear sus objetivos: a) Fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes; j) Promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación.

En este contexto, se advierte que la expulsión entonces no parece cumplir con esa finalidad de “justicia”, por el contrario, parecería que este instituto estaría más vinculado a la eliminación de los extranjeros “no deseados” en nuestro país, para lograr una sociedad “más pura”; y siendo así no sería constitucional esa finalidad.

Por último, cabe señalar que hay casos en que el legislador se adelanta a la condena y decide privar de ciertos derechos a un inocente (art. 64 inc. c), y reemplaza la concesión de estos por la expulsión, es decir, se toma el atrevimiento de expulsar inocentes (art. 18 de la Constitución Nacional, art. 8º inc. 2 del Pacto de San José de Costa Rica, etc.). En este caso se intensifica la irracionalidad de la medida por la condición de “procesado” que reviste el extranjero; claramente el principio de inocencia se ve afectado.

En cuanto a la pena de expulsión, reitérase que la misma es aplicada únicamente a los extranjeros, solo por ser de dicha condición. El extranjero irregular que esté en condiciones de obtener las salidas transitorias (asumiendo que estén dadas todas las condiciones señaladas por el art. 17 de la Ley 24660), en vez de obtener un régimen más benévolo con su persona y acorde con su situación penitenciaria, es expulsado. Asimismo, en caso de obtener una condena en suspenso, la pena dispuesta por el art. 64, inc. b de la ley de migraciones la transforma en una pena de cumplimiento efectivo e inmediato: la expulsión. Por último, en caso de estar procesado se aplica un derecho distinto, el cual reniega de los beneficios que pueden gozar el resto de aquellos.

Así pues, es dable advertir que nuestra legislación se encarga de aplicar un derecho penal especial y paralelo cuando se trata de extranjeros irregulares, con un régimen de penas que de por sí pueden resultar más gravosas que el cumplimiento de las condenas. Esto se puede aplicar al procesado, al recién condenado a una pena de ejecución condicional o al condenado a una pena de efectivo cumplimiento que esté en condiciones de obtener salidas transitorias.

En cuanto a la proporcionalidad de la pena –expulsión– debe decirse que la misma en muchos casos ciertamente no guarda equilibrio. Se advierte el gran “mal” –expulsión– que se le puede imponer al extranjero por el delito cometido, sin guardar vínculo alguno con la afectación del bien jurídico.

Véase al respecto que el inciso a del art. 64 permite que la pena de efectivo cumplimiento impuesta al extranjero se vea complementada con la expulsión, nada menos que al momento en que el condenado se encuentra con posibilidades de obtener modificaciones beneficiosas en relación al modo de cumplimiento. Este cambio de régimen no tiene ningún vínculo con la magnitud de la lesión, de hecho, ni siquiera tiene que ver con el bien jurídico.

Por su parte, en el inciso b del art. 64, la desproporcionalidad aumenta, ya que, en vez de obtener la libertad de la pena en suspenso, consigue una orden de expulsión. En este caso las opciones en juego son tan disímiles que la pena accesoria se torna absolutamente irracional. Este inciso podría hacer que algunos extranjeros prefieran la pena de prisión de efectivo cumplimiento a la pena en suspenso, por el solo hecho de quedarse cerca de su entorno unos años más (hasta que cumpla con los requisitos del inciso a, momento en que será expulsado indefectiblemente).

En conclusión, lo único que se logra es un incremento desproporcionado, irracional e injustificado de la pena, con consecuencias que distan en gran medida de las planeadas por cualquier política criminal seria y constitucional.

Continuando con el análisis, el inc. c del art. 64 prevé que aquellos extranjeros procesados con orden de expulsión firme y consentida no podrán gozar del beneficio de la suspensión de juicio a prueba o de medidas curativas, y en reemplazo de aquellas se ejecuta el extrañamiento. Hay que recordar que los institutos mencionados no implican condena alguna, sino que son medidas que suspenden temporalmente el proceso penal.

Sin perjuicio de la desigualdad que protege este inciso al privar al extranjero de los institutos allí mencionados, se acepta que se aplique una pena (la expulsión) a un procesado, es decir, a un inocente. Al violar el estado de inocencia se profundiza la desigualdad de tratamiento por parte del

derecho penal a los extranjeros, debido a que no solo los culpables tienen que sufrir el trato distinto, sino los inocentes también.

El principio o estado de inocencia está consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución, en el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. 8º, párr. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según este principio, toda persona sometida a proceso penal va a ser considerada como inocente hasta que una sentencia firme señale lo contrario.

El principio no consagra una presunción legal sino un estado jurídico del imputado, el cual es inocente hasta que sea declarado culpable por sentencia firme, y esto no obsta, claro está, a que durante el proceso pueda existir una presunción de culpabilidad (del juez) capaz de justificar medidas coercitivas de seguridad.

Finalmente, habré de referirme a la doble cara que tiene el art. 64 inc. a y b. Tal como lo vine sosteniendo en reiteradas ocasiones, si bien los extranjeros están en posición desfavorable respecto a los nacionales al momento de sufrir una pena privativa de la libertad, se advierten sin embargo situaciones en las que los nacionales en idénticas circunstancias parecen sufrir un mayor castigo.

Supongamos un individuo que viene desde otro país con el solo objeto de robar a una determinada persona. No tiene amigos en el país, ni tampoco familiares. Al momento del hecho es detenido, pero a las pocas horas resulta excarcelado. El proceso seguido en su contra transcurre con normalidad, y al llegar la sentencia resulta condenado a una pena de ejecución en suspenso. Dado que cumplía con los requisitos del art. 64, inc. b, se le aplica la pena de expulsión, conmutando la otra pena.

Pensemos otro ejemplo: ese mismo extranjero llegó al país para acabar con la vida de otro individuo. Tras matarlo es detenido por las fuerzas de seguridad. Permanece detenido hasta que se lo condena a la pena de 10 años de prisión. Cuando transcurre la mitad del tiempo detenido, y si no tiene otra causa donde interese su detención o condena pendiente, se le ejecuta la pena de expulsión, conmutando el resto de la pena. No fue necesario que tuviera conducta ejemplar ni consejo favorable del organismo técnico-criminológico de la unidad (art. 17, acápite III y IV de la Ley 24660).

Es cierto que si el condenado fuera nacional, por ejemplo, en el primer caso, se le hubieran impuesto las reglas de conducta del art. 27 bis del Código Penal y, en caso de incumplimiento, podría llegar a sufrir la revocación de

la condicionalidad y tener que cumplir la pena de manera efectiva. Más aún, se agrava su situación en caso de ser reincidente dentro de los cuatro años de la firmeza de la sentencia, ocasión en la que deberá cumplir ambas penas de manera efectiva. Es ello bastante distinto a obtener la expulsión, libertad en el país de origen y pena conmutada, como sucede con los extranjeros.

En el segundo caso, el nacional, si bien podrá ser beneficiado con las salidas transitorias o el régimen de semilibertad, siempre que obtenga conducta ejemplar y que así lo aconseje el servicio penitenciario, lo cierto es que ese beneficio no se compara con la libertad, y mucho menos con la extinción de la pena lograda a partir de la expulsión del extranjero.

Con esto quiero ilustrar respecto a la ventaja que puede tener el extranjero al momento de delinquir. Es decir, dependiendo de la situación personal en la que se encuentre, la pena de expulsión podrá favorecerlo o perjudicarlo, vacilación que hace imposible generar una política criminal razonable al respecto.

Por su parte, se advierte en ese contexto que los condenados nacionales frente a la regulación del art. 64 se ven, en ciertos casos, tratados de peor manera, por solo ser nacionales, violando el principio de igualdad señalado anteriormente.

VI. Jurisprudencia

Caso Luis Mario Vitette Sellanes. Conocido por el “Robo del siglo” al Banco Río de Acassuso. Legajo 137.851.

El nombrado, de nacionalidad uruguaya, quien se encontraba cumpliendo una pena única de 25 años de prisión de efectivo cumplimiento por el delito de robo agravado y declarado reincidente, cuyo vencimiento opera el 24 de junio de 2024, solicitó su eventual expulsión del país por aplicación del art. 64 de la Ley 25871.

Tras verificarse que el acto administrativo respectivo se encontraba firme y consentido para ese tiempo; que el nombrado había cumplido la mitad de la condena en función del art. 17 inc. I de la Ley 24660; que no existían causas abiertas donde interesase su detención u otra condena pendiente, la justicia, con fecha 29/8/13, resolvió autorizar el extrañamiento del nombrado por encontrarse reunidos los requisitos previstos en la Ley 25871 y difirió la declaración de extinción de la pena única de 25 años, accesorias legales y costas impuestas por el TOC N°15 caducando a los efectos registrales de

esa condena el 24 de junio de 2024 (art. 51 del CP). Al respecto cabe aclarar que el tribunal, en función de la prohibición de reingreso que se le dictó con motivo de la expulsión, dispuso que no pueda regresar al país hasta después del año 2024 caso contrario se hará efectiva su detención.

Asimismo, exhortó al Honorable Congreso de la Nación, a través de la Cámara de Casación Penal, a que se dé inicio a un debate legislativo con el propósito de modificar algunos aspectos del art. 64 de la Ley 25871, de modo que se cubran determinados vacíos legales que se observan, y por otro lado se establezcan requisitos de mayor objetividad con el fin de no comprometer acuerdos internacionales asumidos por la República Argentina con otras naciones. Respecto de este último punto, sostuvo el tribunal: “sin perjuicio de que, tras sancionada la ley 25871, las cuatro Salas de la CCPN sostuvieron que la norma del art. 64 era constitucional en el sentido que no afectaba los principios de igualdad, de división de poderes, y que no se trataba de una ‘encubierta’ conmutación de pena de acuerdo a los planteos recursivos llevados a cabo en esa ocasión [...] consideró que resultaba oportuno dar inicio a un debate legislativo acerca de la reforma de dicha disposición”. Por su parte, atendiendo a que la ley de migraciones prevé una nueva causal de extinción de la pena como consecuencia del extrañamiento de un extranjero a su país de origen que no guarda relación con el principio rector de la progresividad y opera de puro de derecho, refirió que: “... el Estado Nacional ha contraído [...] diversos compromisos internacionales asumiendo el principio de reinserción social a través de un sistema progresivo y personalizado del cumplimiento de las penas privativas de la libertad. Con la aplicación de esta norma tal cual se halla redactada, dicho proceso queda inconcluso, más aún en casos como el presente donde se pudo verificar que se trata de una persona que ha sido condenada por la comisión de varios delitos...”.

Caso María Rowena Villacruz Castillo. Legajo 21.271 CFCP. Rta.19/6/13.

En este fallo se realiza una interpretación armónica de los instrumentos internacionales invocando el interés superior del niño y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las mujeres privadas de su libertad, a fin de autorizar la salida anticipada. En efecto la mujer condenada, de nacionalidad filipina, había sido responsable de uno de los delitos tipificados en la Ley 23737 y se encontraba detenida cumpliendo una pena impuesta por Tribunal Oral en lo Penal Económico N°1 de 4 años y 6 meses de prisión.

La mujer era madre de un niño de dos años que se encontraba a cuidado de su hermana en Filipinas en una situación socioeconómica de vulnerabilidad.

Al momento de entender en el caso la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al pedido de expulsión anticipada presentada por la defensa, como forma de privilegiar el interés superior del niño frente a la plena aplicación del castigo.

Al interponer el recurso de casación la defensa argumentó que no desconocía que el tiempo que llevaba detenida su asistida era menor al requerido para solicitar la expulsión, pero indicó que no debe existir diferencia entre la situación de los internos extranjeros y los nacionales, ya que si el niño de dos años residiera en el país, surgiría la posibilidad de aplicar la normativa del art. 32 de la Ley 24660.

Caso Morris Marcelino Guilliano. Registro 375/18. CFCP Sala IV. Rta.20/4/18.

El 28 de abril de 2017 Morris fue condenado por el TOPE N°2 a la pena de 4 años y 6 meses de prisión como autor del delito de contrabando, en grado de tentativa agravado por tratarse de estupefacientes destinados a su comercialización. Practicado el cómputo de la pena, se arribó a que el requisito temporal para que el imputado pueda acceder a los beneficios salidas transitorias y semilibertad (mitad de la condena cumplida, cfr. arts. 17 y 23 de la Ley 24660 y 61/69 de la Ley 25871) operaría el 23 de febrero de 2019. Ahora bien, el condenado, haciendo uso del beneficio dispuesto por la ley solicitó su expulsión anticipada y peticionó al respecto la inconstitucionalidad del plazo previsto en el art. 64 inc. a de la Ley 25871, por entender que era incompatible con la finalidad de reinserción social adoptada por la CN y tratados internacionales para las penas privativas de la libertad. El planteo fue rechazado por el *a quo* y motivó el recurso de casación.

Al respecto, la Sala IV rechazó el recurso de casación y sostuvo que los argumentos esgrimidos por la defensa para sostener la inconstitucionalidad del art. 64 inc. a de la Ley 25871, no logran demostrar que la decisión política del órgano legislativo plasmada en la norma sea violatoria de algún derecho o principio fundamental garantizado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, enunciados en su art. 75 inc. 22 de la CN. Además expresó que tampoco se observa que el instituto cuestionado se oponga a los fines de la pena, cuestión medular de la materia aplicada que consiste en la resocialización de los condenados (art. 1 de la Ley 24660, art. 5.6 de la

Convención Americana de DH y art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Caso Álvarez González, Fructuoso (nacionalidad española). Registro N°494/18. CNCCC Sala I. Rta. 11/5/18.

Fue condenado en 1995 con prisión perpetua por el delito de homicidio agravado (hecho conocido como “la masacre de Flores”). Este caso tiene la particularidad de que el imputado, encontrándose cumpliendo la pena ya firme en nuestro país, solicitó a través de su defensa por segunda vez su traslado a su país de origen, España. Cabe señalar que FAG, habiendo sido condenado –año 1995– en esta causa, solicitó con anterioridad, conforme el art. 2 del tratado celebrado con el Reino de España sobre Traslado de Personas Condenadas –Ley 24036–, autorización para ser trasladado a su país para continuar allí el cumplimiento de la pena, el 22/12/03 se hizo lugar a esa petición y se archivaron las actuaciones. La justicia española le otorgó tiempo después la libertad definitiva al convertir la sanción a 20 años de prisión. En el año 2009 FAG decidió volver a la Argentina, oportunidad en la que realizó varias amenazas a Matías Bagnato, único sobreviviente del crimen por el que había sido condenado; tales circunstancias motivaron que el expediente sea reabierto por la Dirección Nacional de Migraciones y que sea detenido nuevamente el 3 de diciembre de 2011, fecha desde la cual se encuentra cumpliendo la pena impuesta.

En este escenario, el condenado, tras habersele rechazado la incorporación a las salidas transitorias, solicitó se le aplique el procedimiento de extrañamiento para que sea expulsado, conforme lo previsto en el art. 64 de la Ley 25871, alegando que el acto administrativo dictado por DNM de fecha 2/10/10 había adquirido firmeza.

Al respecto, la Sala I de CNCCC resolvió rechazar el recurso de casación presentado por la defensa de FAG y confirmar la resolución impugnada. Sostuvo que “... la expulsión no es un derecho del acusado, no hay un derecho al extrañamiento. La circunstancia de que el nombrado haya accedido por aplicación el tratado internacional a la salida del país en una primera oportunidad y luego reingresado al país no le permite acceder a un segundo traslado, en este caso mediante el extrañamiento, si aún le resta cumplir la pena privativa de la libertad. Se advierte que lo que intenta la defensa de FAG en este nuevo pedido de traslado a España es que recupere su libertad, ya que en ese país la pena impuesta se ha tenido por cumplida”.

Al respecto, se señaló que “el vínculo jurídico que se generó entre el Estado argentino y el individuo extranjero beneficiario, producto del tratado sobre personas condenadas en uno y otro país se extinguió” (Votos de los Dres. Bruzzone y García).

5. Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017, modificación a la Ley 25871

Este decreto publicado en el Boletín Oficial 30/1/17 introdujo sustanciales modificaciones a la Ley Nacional de Migraciones 25871. El mismo fue dictado durante la presidencia de Mauricio Macri y estuvo motivado en el marco del denominado “Plan de Emergencia de la Seguridad Pública”, como parte de una serie de medidas tendientes a combatir hechos de criminalidad organizada, como también delitos de narcocriminalidad, intentando reducir así el fenómeno de la migración a un debate sobre seguridad nacional que asociaría al migrante con la delincuencia.

Al respecto, el Estado señaló, para justificar la reforma introducida, las severas dificultades con las que se enfrentaba para concretar órdenes de expulsión dictadas contra personas de nacionalidad extranjera, como consecuencia de un complejo procedimiento recursivo, que, en algunos casos, llegaría hasta los 7 años de tramitación. Esas medidas fueron acompañadas de fuertes discursos públicos del gobierno que, como ya se señaló, circunscribieron el tema de la migración a una discusión de seguridad, vinculando de este modo al extranjero migrante con hechos de carácter delictivos.

Entre sus argumentos ha sostenido que debe velar por el orden internacional y la justicia y que en consecuencia la permanencia de los extranjeros con antecedentes delictivos –durante el extenso proceso recursivo actual– atenta contra dicho objetivo.

En términos generales, el DNU introdujo impedimentos concretos para el ingreso y permanencia de migrantes en el país, amplió el espectro de delitos para ello –incluyendo contravenciones– que pudieran tener pena privativa de la libertad, aceleró los trámites de expulsión reduciendo las garantías procesales de las personas, vulnerando el derecho de defensa; eliminó la unidad familiar como condición para evitar la expulsión y restringió el acceso a la nacionalidad argentina. Además, estableció que no es necesario que cuente el extranjero con una condena como antecedente, sino que a los efectos de la ley basta con que registre algún “antecedente” entendido como el trámite de una

causa aun con procesamiento firme e inclusive lo que se conoce como la etapa preparatoria en una investigación penal, violando así el principio de inocencia.

Si bien la redacción del artículo 29 de la LM ya preveía como impedimento del ingreso el haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por –delitos graves– tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o lavado de dinero o delito que mereciere pena privativa de la libertad de tres años o más, el DNU con su reforma lo que hace es expandir estas opciones a básicamente todos los supuestos de migrantes que tengan condena firme o no por delitos sobre los que recaiga pena privativa de la libertad –afecta tanto al que tenga un antecedente por un delito grave (narcotráfico) como a quien tenga una falta menor (venta ambulante)–. La norma define “antecedente” como todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable y esta definición se incorpora solo para los incisos c, d, h y j mientras que el inciso f mantiene las dos definiciones según Decreto 616/10 y la LM.

Asimismo, el decreto redujo la posibilidad de excepción por reunificación familiar o razones humanitarias a los casos de los incisos a, k y m, y a los del inciso c cuando se trate de delitos dolosos cuya pena privativa de la libertad no exceda de los tres años de prisión o sean de carácter culposo. Se exige acreditar la reunificación familiar mediante convivencia del grupo familiar y no se considera a los efectos de la reunificación familiar el interés por parte de los extranjeros tanto afectivo como económico de sus hijos.

Se incorporó con esta nueva reforma el art. 62 *bis* y limitó el control judicial al disponer que el otorgamiento de la dispensa prevista en los arts. 29 y 62 será facultad de la Dirección Nacional de Migraciones, no pudiendo ser otorgada judicialmente.

El art. 69 introdujo un procedimiento especial sumarisísimo para los impedimentos del art. 29, incisos a) a (k, y 62, incisos a, b, c y f o que impliquen gravedad institucional. Se excluye la irregularidad del art. 61 (el rechazo por no haber presentado alguna documentación).

Asimismo, se eliminó el recurso de reconsideración y alzada. Se acortan los plazos para interponer los recursos a tres días hábiles improrrogables desde la notificación o cancelación automática y tres días hábiles (eran 30) desde que se agota el procedimiento administrativo para interponer el recurso judicial. En forma paralela puede pedirse la retención preventiva.

El recurso de revisión se interpone ante la DNM en tres días hábiles desde el agotamiento de la vía, con patrocinio letrado y fundado. Se remite

al juez, quien en tres días debe rechazarlo *in limine* si se interpuso sin patrocinio letrado o sin fundamento o resolver, previa vista a la DNM y al fiscal. La sentencia versará sobre la expulsión o la procedencia de la retención. No puede el juez revisar otras cuestiones no propuestas.

El art. 70 prevé que se puede pedir la retención preventiva considerando las circunstancias particulares de hecho y derecho. Se aumentó el plazo de 15 a 30 días prorrogables por igual término.

a. Críticas y planteos de inconstitucionalidad

En primer lugar, se advierte que la reforma legislativa introducida a través de un DNU del Poder Ejecutivo Nacional, como el aquí analizado no cumpliría con los recaudos formales que habilitan su dictado. Ello por cuanto, más allá de las alegaciones vertidas por el Poder Ejecutivo para dictar el mismo, lo cierto y concreto es que no habría impedimento material para que el Poder Legislativo trate la materia en cuestión ni existiría una situación de urgencia que haya ameritado la inmediata medida por fuera de los canales establecidos en nuestra Constitución Nacional para la sanción de leyes; claramente la normativa contradice la letra del art. 99 inc. 3 de la carta magna (cfr. doctrina de la CSJN de fallos 322:1726; 333:363, entre otros).

Por su parte, compartiendo lo sostenido por la subdirectora de Migrantes de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Seguridad de la Defensoría del Pueblo de CABA, Dra. Camila Carril, en su informe técnico “DNU 70/17”, señálese que se observa que el decreto no introdujo novedades a la política migratoria vigente y que está dirigido mayormente a evitar el ingreso de migrantes y facilitar los mecanismos de expulsión de aquellos que cuenten con antecedentes penales, ampliando la posibilidad de hacerlo sin tener en cuenta la realidad de los migrantes, sus lazos con el país, el arraigo en la Argentina, los contextos familiares y la posibilidad de desmembrar una familia. Además, amplía el concepto de antecedentes penales vulnerando los derechos del migrante. Más aún, los plazos del procedimiento sumarísimo regulado desde la entrada en vigencia del DNU habilitan la expulsión de una persona migrante en exiguos plazos, por haber cometido una infracción administrativa como lo es el ingreso por paso no habilitado. Y si bien en estos casos resulta posible eximir el impedimento por reunificación familiar, dicha potestad se transforma en exclusiva de la DNM, en tanto si no fue consentida en sede administrativa, no es posible que sea decidida por el juez.

El DNU 70/17 estableció así un procedimiento que afecta los derechos de los más vulnerables y vacía de contenido el derecho de acceso a la justicia, debido proceso y defensa técnica adecuada. En este contexto, la normativa resulta violatoria de principios y garantías consagradas en la Constitución Nacional y en Tratados Internacionales cuya implementación trajo aparejado el cuestionamiento acerca de su constitucionalidad.

En ese sentido, la Cámara Federal de Salta, Sala I, en los autos “Chen Huagui c/ Dirección Nacional de Migraciones s/orden de retención migraciones”, expte. N°FSA 6602/17/CA1, rechazó el recurso de apelación y confirmó la resolución de fecha 12/7/17 mediante la cual el Juzgado Federal de Salta N°1 rechazó la inconstitucionalidad articulada en contra del Decreto N°70/2017, y desestimó el recurso judicial deducido en contra de la Disposición N°83911 de la DNM, por la que se dispuso la expulsión del ciudadano chino Chen Huagui.

Al respecto se sostuvo que el procedimiento migratorio especial sumárisimo previsto por el art. 69 quinquies del Decreto 70/17 no viola ni restringe el derecho de defensa, “... en consecuencia deviene inaceptable el reproche sostenido, ya que luego de ejercer su derecho de interponer el recurso jerárquico en sede administrativa [...] tuvo inicio la revisión judicial del acto tanto del Juez de la instancia anterior como ahora del Tribunal de alzada, ejerciendo de ese modo su derecho de acceso a la justicia”.

Por su parte, la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal en los autos N°3061/17 caratulados “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros s/ EN-DNM s/amparo Ley 16985”, con fecha 22 de marzo de 2018, resolvió en un extenso y preciso fallo revocar la sentencia dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N°1 y declaró la invalidez constitucional del Decreto N°70/17 (art. 68 del CPCCN). El voto mayoritario consideró que la inconstitucionalidad de la norma se deriva tanto de que el PEN utilizó sin justificaciones la herramienta del decreto de necesidad y urgencia, como de que las medidas adoptadas son contrarias a los derechos humanos de los migrantes. La modificación introducida por el DNU vulnera la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa de las personas migrantes.

Entre las cuestiones observadas se indicó que: “El decreto cuestionado establece una serie de restricciones al derecho al debido proceso que no se compadecen con los fines que declara perseguir la norma. Además de los defectos en la fundamentación del estado de necesidad para su dictado (y que por sí solos determinan su invalidez), se advierte que las medidas que constituyen el objeto del acto no guardan proporcionalidad ni razonabilidad

con los fines que se pretende alcanzar, pues, a partir de la vinculación que se arguye entre criminalidad y migrantes, se establece un mecanismo sumárisimo de expulsión aplicable a cualquier extranjero, sin consideración de sus circunstancias personales y tenga o no antecedentes penales”.

En otro orden de consideraciones, se sostuvo que “... el decreto restringe explícitamente la posibilidad de control judicial suficiente sobre los actos de la autoridad administrativa, principio establecido desde antiguo por nuestra jurisprudencia [...] En efecto, el migrante tiene derecho a cuestionar las razones esgrimidas por la autoridad administrativa para ordenar su expulsión y, en particular, el criterio de ésta en cuanto a la dispensa de la expulsión por motivos de reunificación familiar. Sin embargo, el decreto pretende convertir a la Dirección Nacional de Migraciones en el intérprete final de dicha causa de dispensa (cfr. art. 7) desconociendo las facultades judiciales en materia de revisión de actos administrativos y el deber del Estado de proporcionar una tutela administrativa y judicial efectiva (Fallos 327:4185), que obviamente se extiende a las personas migrantes”. “En definitiva, el decreto cuestionado en autos no solo constituye una apropiación de facultades legislativas sin causa constitucional que la legitime, sino que también recoge en su articulado soluciones que son incompatibles con los estándares constitucionales y derechos humanos que forman parte de las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales en la materia (art. 75.22 CN)”.

El gobierno presentó un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la Dirección Nacional de Migraciones.

En el marco de la misma causa, el 18 de noviembre de 2020 se presentó el dictamen de la representante del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de La Nación, donde la señora Procuradora Fiscal opinó que el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia referida en el considerando anterior resulta inadmisibile.

En efecto, el DNU 70/17 a través de sus modificaciones a la Ley 25871, establecía un procedimiento que endurecía los controles migratorios y aceleró la expulsión de extranjeros con causas judiciales pendientes, afectándose los derechos de los más vulnerables y vaciando de contenido el derecho de acceso a la justicia, debido proceso y defensa técnica adecuada. Claramente, la normativa cambió el paradigma y empezó a asociar la migración con un proceso vinculado a la criminalidad, generando graves connotaciones de tipo social, político y jurídico para la persona por su sola condición de “extranjera”, siendo la expulsión la única opción sin derecho.

Así fue que diferentes organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales solicitaron al gobierno nacional su derogación inmediata por vulnerar derechos humanos de raigambre constitucional y principios rectores previstos en tratados internacionales que este país ratificó.

En tal sentido, señálese que el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité contra la Tortura, todos ellos de la Organización de las Naciones Unidas, han expresado su profunda preocupación y han instado al Estado argentino a derogar dicho decreto (conf. “Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina”, aprobadas por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su 443^a sesión celebrada el 11 de septiembre de 2019; “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina”, aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 2310^a sesión celebrada el 1º de junio de 2018; y “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina” aprobadas por el Comité Contra la Tortura en su 1537^a sesión celebrada el 10 de mayo de 2017).

Finalmente, partiendo de la idea de que la Ley 25871 era ejemplo en la región y destacada en el mundo porque reconocía la migración como un derecho y garantizaba el acceso igualitario, es evidente que la reforma implementada por el Decreto 70/17, por su naturaleza, significó un retroceso en materia de política migratoria, y el decreto es el saldo de una política de selectividad que pone a las personas en permanente sospecha, en la que es muy amplio el abanico de conflictos que pueden terminar en deportación (ver sitio de internet www.cels.org.ar, 27/12/17 y 30/1/2018).

VII. Decreto de Necesidad y Urgencia del PEN 138/21 (derogación del decreto 70/17)

La nueva normativa fue publicada en el Boletín Oficial el 5 de marzo de 2021 y claramente estuvo motivada en la necesidad de derogar el Decreto N°70 del 27 de enero de 2017 y restituir la vigencia de las normas modificadas, sustituidas o derogadas por la norma, en su redacción previa al momento de su dictado, con el fin de adecuar inmediatamente el derecho interno en materia de migrantes a los criterios internacionales en la materia, lo que así se decidió finalmente.

Concretamente, el gobierno nacional al adoptar dicha decisión señaló expresamente: “haber observado diversos aspectos de fondo en el decreto que resultan irreconciliables con nuestra Constitución Nacional y con el sistema internacional de protección de los derechos humanos, entre los que cabe mencionar: la violación al principio del debido proceso, el derecho a contar con asistencia y defensa legal, la restricción a un control amplio y suficiente del poder judicial sobre los actos de la autoridad administrativa, la amplitud con la que se prevé la retención preventiva del y de la migrante sin definir las causas que la habilitan y la restricción a los derechos de reunificación familiar y dispensa por razones humanitarias. Todo ello, sin evidenciar mejoras ponderables en otros aspectos. Que, en ese contexto, desde la entrada en vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/17 se agravó exponencialmente la litigiosidad en materia migratoria”.

Para ello se tuvo en consideración no solo lo sostenido por las diferentes organizaciones en derechos humanos, sino también lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha sido enfática con relación a la protección de los y las migrantes, señalando que “los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa; existiendo límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del o de la migrante (‘Caso Vélez Loor vs. Panamá’, Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y ‘Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana’, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Que, asimismo, esta corte ha dicho que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución del país respectivo (OC-6/86)”.

Por último, señálese que la misma norma dispuso la creación de una “Comisión Asesora de Política Migratoria” que deberá “proponer medidas

no vinculantes relacionadas con la aplicación y actualización de la Ley de Migraciones N°25871”.

VIII. Reflexiones finales

En lineamientos generales debe decirse que la Ley 25871 de la política migratoria argentina, sancionada en el año 2004, y reglamentada en 2010, sin dudas representa un gran paso en los derechos del migrante, no solo para la Argentina, sino a nivel mundial. Ello por cuanto expresamente establece que la migración es un derecho humano –principio que no se encuentra en las leyes migratorias de ningún otro país receptor de migrantes–, ni explícitamente mencionado en ninguna convención de derechos humanos.

Con relación al análisis de la construcción del extranjero expulsable en el marco legal argentino, pueden observarse continuidades y discontinuidades a lo largo de la historia. La nueva ley coloca al “extranjero expulsable” como un sujeto con derechos y garantías que se encuentra resguardado de prácticas arbitrarias que se daban en la anterior legislación.

Si bien la ley es el elemento clave de la política migratoria, existen otros elementos extralegales (fallos judiciales, decisiones administrativas, prácticas burocráticas) en el tratamiento de la expulsión de extranjeros que deben ser contemplados para realizar un diagnóstico integral de la materia.

En ese sentido, se observa que la normativa actual al legislar sobre la expulsión lo hace con ciertas contradicciones, con elementos superpuestos entre sí y con vacíos legales que permiten, en muchas ocasiones, arribar a interpretaciones y decisiones administrativas y/o judiciales arbitrarias y discriminadoras que deben evitarse; también deben erradicarse prácticas que impliquen el retardo y la consiguiente denegación de justicia.

Es fundamental que quienes deban resolver con relación a la expulsión de un extranjero lo hagan entendiendo que todas las personas sujetas a procedimientos migratorios son seres humanos y merecen la protección del Estado. Ello no implica afectar atribuciones soberanas que tiene el Estado para determinar su política migratoria y definir los requisitos de ingreso, permanencia y expulsión de personas no nacionales de su territorio, ni resguardar a aquellas personas que delinquen o se encuentran en una situación irregular, sino simplemente garantizarles el acceso a la justicia y el debido proceso, con el fin de evitar arbitrariedades propias de anteriores regímenes migratorios.

Finalmente, con relación a la reforma introducida a través del DNU 70/17, está claro que, lejos de traer soluciones, puso en juego principios y garantías de raigambre constitucional, con evidentes restricciones que impactan en los sectores más vulnerables de la sociedad.

Al respecto, es destacable que el Estado argentino haya recientemente revisado el contexto normativo previsto en el Decreto 70/17 y anulado el mismo a través del DNU 138/21. La decisión de restablecer la Ley 25871 en todos sus términos nos coloca nuevamente como un país modelo en legislación migratoria, al reactivarse la política pública que fija el deber de reconocer y garantizar el derecho humano del migrante y regularizar sus situaciones para asegurar más la igualdad de tales derechos.

Así y todo, reconociendo el avance que significó en nuestro país la sanción de la Ley 25871, y frente a ciertas decisiones adoptadas por los órganos administrativos y/o judiciales competentes en la materia, soy de la opinión de que queda aún por delante un camino a recorrer en miras a establecer qué lugar queremos darle al extranjero en nuestra sociedad, que, necesariamente no puede ser diferente al brindado a todo habitante nacional, simplemente por su condición.

Bibliografía

- CELS, Base de consulta en: www.cels.org.ar (27/12/17 y 30/1/2018).
Ley Nacional de Migraciones 25871.
- Ceriani Cernadas, Pablo y Asa, Pablo, *Derechos Humanos en Argentina*, capítulo XIV, “A dos años de la nueva Ley de Migraciones: avances, cuestiones pendientes y casos preocupantes”, CELS, 2005.
- Ceriani Cernadas, Pablo, “La nueva Ley de Migraciones en la Argentina, un paso hacia la concepción distinta de la migración”, *Revista del derecho migratorio y extranjería*, N°6, 2004.
- Ceriani, Pablo, Morales, Diego y Ricart, Luciana, “Los derechos de los Migrantes en la Jurisprudencia Argentina (1994-2005)”, en V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (comps.), Buenos Aires. Editores del Puerto, 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Migrantes*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N°2, 2017.

- Decreto de Necesidad y Urgencia del PEN 70/2017. Fecha de Publicación en el Boletín Oficial 27/1/17.
- Decreto de Necesidad y Urgencia 138/21. Fecha de Publicación en Boletín Oficial: 5/03/2021.
- García, Lila, “Nueva política migratoria y derechos de la movilidad. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través del poder judicial”, Tesis doctoral, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 2010.
- Giustiniani, Rubén, *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires, Prometeo Libros, pp. 113-135.
- Informe Técnico DNU 70/17. Subsecretaria de Migrantes de la Defensoría del Pueblo de la CABA, Dra. Camila Carril.
- Mármora, L., *Las políticas de migraciones internacionales*, Buenos Aires, OIM/Alianza Editorial, 1997.
- Muñoz, Rosario, “La Potestad de Dispensa por razones de índole familiar, como facultad discrecional exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones”, Ministerio Público de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia 2017.
- Política migratoria, orden de expulsión y control judicial, www.cij.gov.ar/nota24621.

El régimen de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) en Argentina

*Inés E. Famá**

Resumen

Los crecientes niveles de desechos electrónicos, las bajas tasas de recolección y la eliminación y el tratamiento no adecuado de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) representan riesgos significativos para el ambiente y la salud humana. Si bien se ha incrementado el número de países que han adoptado una política, legislación o reglamentación nacional sobre desechos electrónicos, los avances en algunas regiones son lentos, la aplicación es deficiente y las políticas o reglamentaciones son casi inexistentes o ineficaces.

A nivel regional, Argentina se ubica entre los tres países de América Latina con mayor generación de RAEE, solo detrás de Brasil y México. Agregado a ello, no existe un sistema de gestión adecuado de esta clase de residuos en el territorio y desde hace varios años que se está debatiendo normativa al respecto sin grandes resultados. Tampoco se incentiva la recolección o la gestión adecuada, la responsabilidad de los productores no se encuentra debidamente reglamentada y hay una falta de inversión en el tratamiento de

* Abogada (UBA), profesora de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la UBA, Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (UBA) y Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA); ines.fama@gmail.com / inesfama@derecho.uba.ar.

productos que demuestra ausencia de motivación política en el tema. Con demasiada frecuencia los RAEE terminan en rellenos sanitarios, basurales a cielo abierto, o incinerados y la realidad es que la industria de consumo de electrónicos aumenta mientras que los sistemas de reciclaje se quedan atrás.

El objetivo del presente trabajo será analizar el régimen actual de RAEE en Argentina, tanto de normas nacionales como de estándares internacionales.

Palabras clave: residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, aparatos eléctricos y electrónicos, basura electrónica, toxicidad, Convenio de Basilea sobre Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, Directivas WEEE y RoHS.

The Waste of Electrical and Electronic Equipment (WEEE) Regime in Argentina

Abstract

Rising levels of electronic waste, low collection rates, and inappropriate disposal and treatment of waste electrical and electronic equipment (WEEE) pose significant risks to the environment and human health. While the number of countries that have adopted national e-waste policy, legislation or regulation has increased, progress in some regions is slow, enforcement is poor, and policies or regulations are almost non-existent or ineffective.

At the regional level, Argentina is among the three Latin American countries with the highest generation of WEEE, only behind Brazil and Mexico. Added to this, there is no adequate management system for this type of waste in the territory and for several years regulations on the matter have been discussed without any significant result. Collection or proper management is not encouraged, the Extended Producer Responsibility is not properly regulated and there is a lack of investment in the treatment of products that shows an absent political motivation in the matter. Too often WEEE ends up in landfills, open dumps, or incinerated and the reality is that the electronics industry is growing while recycling systems are lagging behind.

The objective of this work is to analyze the current WEEE regime in Argentina, both in terms of national and international standards.

Keywords: Waste Electrical and Electronic Equipment, Electrical and Electronic Appliances, Electronic Waste, Toxicity, Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, WEEE and RoHS directives.

I. Introducción

Para la mayoría de los consumidores, los aparatos eléctricos y electrónicos (en adelante, los AEE) son un elemento fundamental e indispensable de la vida diaria. El desarrollo tecnológico crece exponencialmente sobrepasando limitaciones, llevándonos a un mundo de mayor confort, y a superar constantemente fronteras físicas y de la información. Si bien el surgimiento y la diversificación de nuevos productos electrónicos en todos los mercados mundiales continúa facilitando la vida humana, es cuando comenzamos a considerar la carga ambiental de estos productos de cortos ciclos de vida y uso frecuente que se vuelven problemáticos.

El rápido crecimiento y la innovación han llevado a la obsolescencia de innumerables productos con consecuencias no siempre medidas. Los consumidores cambian de modelos de sus dispositivos con mayor frecuencia, siendo pocos los que optan por reciclar. En parte, esto sucede por la relativa escasez de opciones accesibles para los consumidores, resultado de la ausencia de regulaciones ambientales y de nichos de mercado en gran parte inaccesibles que desmantelan y/o restauran productos electrónicos obsoletos.¹

El ritmo al que los productos electrónicos se vuelven disponibles, accesibles, adquiridos, descartados, obsoletos y actualizados para un mercado de consumo global en constante expansión ha llevado a la generación de 53,6 millones de toneladas de residuos electrónicos solo en 2019. Se estima que luego del 2020 se ha aumentado en 2,5 millones de toneladas anuales, llevando a 56,1 millones de toneladas de residuos electrónicos este último año.²

1. Bogale, Z. (2011), “E-responsibility: E-waste, international law and Africa’s growing digital wasteland”, *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, 18(1), pp. 225-260.

2. Forti, V., Baldé, C.P., Kuehr, R., Bel, G. (2020), *The Global E-waste Monitor 2020: Quantities, flows and the circular economy potential*, United Nations University (UNU)/United Nations Institute for Training and Research (UNITAR) –

Actualmente, los desechos electrónicos son el área de producción de desechos de más rápido crecimiento en todo el mundo y, siguiendo la tendencia actual hacia la informatización de casi todos los bienes de consumo imaginables, las estrategias de marketing de los productores y los hábitos de compra de los consumidores, es probable que la generación de desechos electrónicos siga aumentando, siendo un problema global que requiere de inmediata atención.

En la Unión Europea, líder mundial en reciclaje de residuos electrónicos, se reporta solo el 35% de los RAEE como adecuadamente recolectado y reciclado, mientras que, en el resto del planeta, el promedio es de un 20%. El 80% restante no se reporta, y la mayoría termina enterrado bajo el suelo.³

Argentina se ubica entre los tres países de América Latina con la mayor generación de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (en adelante, RAEE), detrás de Brasil y México. La mayoría de los elementos de los desechos electrónicos se lleva a rellenos sanitarios o basurales, una fracción menor ingresa a un proceso que intenta recuperar materiales, componentes o funciones, y otra parte va directamente a disposición final para su destrucción.⁴

Debido a que la mayoría de los RAEE contienen metales preciosos, recursos de valor y sustancias tóxicas peligrosas, la cuestión de su regulación se encuentra en un espacio entre productos y desechos que involucra los distintos, y a veces contradictorios, regímenes internacionales de comercio y protección ambiental. Estos productos contienen muchos materiales que requieren una manipulación especial al final de su vida útil, principalmente plomo, mercurio, arsénico, cromo, cadmio y plásticos capaces de liberar dioxinas y furanos.

Debido al peligro que representan en volumen y toxicidad en la salud humana y en el ambiente, se procurará analizar el marco normativo existente en Argentina y los esfuerzos internacionales en la materia a fin de contribuir al diálogo académico que busca mejorar el marco legal.

co-hosted SCYCLE Programme, International Telecommunication Union (ITU) & International Solid Waste Association (ISWA).

3. *Ibidem*.

4. Maffei, L. (coord.) (2020), *Gestión Integral de RAEE. Los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, una fuente de trabajo decente para avanzar hacia la economía circular*, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación; Oficina de País de la Organización Internacional del Trabajo para Argentina.

II. Concepto y naturaleza de los RAEE

a. Definición

Si bien las computadoras, los televisores y los teléfonos celulares están en el centro del debate sobre la basura electrónica, los RAEE incluyen una amplia gama de “aparatos eléctricos y electrónicos, objetos o sustancias sobre los que hay, de hecho, intención u obligación de desprenderse”.⁵

No existe un consenso mundial sobre la definición legal de desechos electrónicos, y cada país establece su propia lista de productos que al final de su vida útil se califican como desechos electrónicos. Estas definiciones de RAEE varían significativamente e incluyen varios tipos de tecnologías de entretenimiento y comunicación (computadoras, teléfonos móviles, computadoras portátiles, parlantes, auriculares y consolas de videojuegos), así como diferentes tipos de electrodomésticos comunes y tecnologías de uso profesional (por ejemplo, instrumentos y dispositivos médicos).

Por lo general, las definiciones de las distintas normativas locales o nacionales de aparatos electrónicos en desuso o residuos de aparatos eléctricos o electrónicos incluyen un listado orientativo de dispositivos desechados o a desecharse.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante la Ley N°2807 dispuso que serán considerados aparatos electrónicos en desuso cualquiera de los elementos listados, a título enunciativo, en el siguiente cuadro.

5. Directiva 2012/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE), Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.

| Equipos de informática y telecomunicaciones | Aparatos electrónicos de consumo |
|--|---|
| <p>Grandes computadoras. Computadoras personales. Computadoras portátiles tipo “notebook”. Computadoras portátiles tipo “notepad”. Monitores CRT o LCD. Impresoras. Copiadoras. Máquinas de escribir eléctricas o electrónicas. Calculadoras de mesa o de bolsillo. Otros productos y aparatos para la recogida, almacenamiento, procesamiento, presentación o comunicación de información de manera electrónica. Sistemas y terminales de usuario. Centrales telefónicas. Terminales de fax. Terminales de télex. Teléfonos. Teléfonos inalámbricos. Teléfonos celulares. Contestadores automáticos. Otros productos o aparatos de transmisión de sonido, imágenes u otra información por telecomunicación.</p> | <p>Radios. Televisores. Videocámaras. Videos. Equipos de alta fidelidad. Amplificadores de sonido. Otros productos o aparatos utilizados para registrar o reproducir sonido o imágenes, incluidas las señales y tecnologías de distribución del sonido e imagen distintas de la telecomunicación.</p> |

A su vez, el Decreto Reglamentario 705/2011 brinda mejor delimitación de la definición de la Ley N° 2807, de la siguiente manera:

“Artículo 1º.- Se entiende por residuos de aparatos electrónicos a la corriente de residuos sólidos urbanos con características particulares de peligrosidad, nocividad o toxicidad, debiéndose cumplir en cada etapa de gestión, según corresponda, con la normativa vigente en materia de residuos sólidos urbanos y de residuos peligrosos.”

La Provincia de Buenos Aires, con la Ley 14321 de Gestión Sustentable de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos, brinda una definición de AEES y de RAEEES, en el siguiente sentido:

- 1) Aparatos Eléctricos o Electrónicos (AEEs): aparatos que para funcionar requieren de corriente eléctrica o campos electromagnéticos, y los aparatos necesarios para generar, transmitir y medir tales corrientes y campos pertenecientes a las categorías indicadas en el Anexo I y que están destinados a utilizarse con una tensión nominal no superior a mil (1.000 vw) voltios en corriente alterna y mil quinientos (1.500 vw) voltios en corriente continua.
- 2) Residuos de aparatos eléctricos o electrónicos (RAEEs): aparatos eléctricos y electrónicos desechados o a desecharse, sus componentes, subconjuntos y consumibles que forman parte de los mismos, procedentes tanto de hogares particulares como de usos profesionales, a partir del momento en que pasan a ser residuos.

Las categorías reglamentadas por la norma del Anexo I son:

- 1) Grandes electrodomésticos.
- 2) Pequeños electrodomésticos.
- 3) Equipos de informática y telecomunicaciones.
- 4) Aparatos electrónicos de consumo.
- 5) Aparatos de alumbrado.
- 6) Herramientas eléctricas y electrónicas (con excepción de las herramientas industriales fijas de gran envergadura).
- 7) Juguetes o equipos deportivos y de tiempo libre.
- 8) Aparatos médicos (con excepción de todos los productos implantados o infectados).
- 9) Instrumentos de vigilancia y control.
- 10) Máquinas expendedoras.

Y dentro de cada categoría podemos encontrar un listado de un promedio de 10 AEE.

En el marco de la Unión Europea los RAEEs comprenden todos aquellos componentes, subconjuntos y consumibles que forman parte del producto en el momento en que se desecha.⁶ La Directiva 2002/96/CE del Parlamento

6. Directiva 2002/96/CE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos

Europeo y del Consejo sobre RAEE brinda las siguientes definiciones:

- Aparatos eléctricos y electrónicos o AEE: todos los aparatos que para funcionar debidamente necesitan corriente eléctrica o campos electromagnéticos, y los aparatos necesarios para generar, transmitir y medir tales corrientes y campos pertenecientes a las categorías indicadas en el anexo I A y que están destinados a utilizarse con una tensión nominal no superior a 1.000 voltios en corriente alterna y 1.500 voltios en corriente continua.
- Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos o RAEE: todos los aparatos eléctricos y electrónicos que pasan a ser residuos de acuerdo con la definición que consta en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 75/442/CEE; este término comprende todos aquellos componentes, subconjuntos y consumibles que forman parte del producto en el momento en que se desecha.

Según Basel Action Network los residuos electrónicos incluyen una amplia y creciente gama de aparatos electrónicos que son descartados, incluidos sus equipos, componentes y subconjuntos que forman parte del dispositivo en el momento en que el equipo se convierte en residuo, así como materiales resultantes de dicho equipo.⁷

La realidad es que resulta imposible definir la basura electrónica en términos absolutos, o reducirla a una lista exhaustiva de productos de consumo, ya que se diseñan y comercializan continuamente nuevos tipos de aparatos electrónicos.

Teniendo en cuenta estos factores, la definición de residuos electrónicos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) –“todo aparato que utiliza un suministro de energía eléctrica y que ha llegado al fin de su vida útil”– sería lo suficientemente acertada teniendo en cuenta el alcance masivo de productos que en realidad se califican como desechos electrónicos.⁸

(RAEE), Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 2006/66/CE relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y demás normas comunitarias pertinentes, del Parlamento Europeo y del Consejo.

7. Basel Action Network (2019), *The Responsible Guideline for the Transboundary Movement of Used Electronic Equipment*, BAN, USA.

8. Graziani, P. (2018), *Economía circular e innovación tecnológica en residuos sólidos: Oportunidades en América Latina*. Caracas, CAF.

b. Toxicidad

Los AEE contienen niveles peligrosos de sustancias altamente tóxicas si no se tratan adecuadamente, como plomo, mercurio, cadmio, berilio y retardantes de llama bromados, que pueden causar problemas de salud graves como cáncer y otras enfermedades neurológicas, circulatorias y reproductivas.⁹

El *plomo* es un elemento particularmente tóxico de los RAEE y es un componente común en la mayoría de los aparatos electrónicos, incluidos los tubos de rayos catódicos (TRC) de televisión, computadoras y sus placas de circuitos. El plomo no solo puede filtrarse de los TRC en basurales, sino que también puede liberarse al ambiente durante la trituración de vidrio o por métodos de tratamiento a altas temperaturas. Su exposición puede dañar el sistema nervioso central y periférico, y también los sistemas reproductor, sanguíneo, circulatorio, endocrino y renal.¹⁰

Al igual que el plomo, el *mercurio* se usa en dispositivos electrónicos, incluidos teléfonos celulares, monitores de pantalla plana y baterías. Los altos niveles de exposición al mercurio pueden provocar daños en el cerebro y los riñones, así como en el sistema nervioso central. Sea a través de la lixiviación de los basurales o simplemente arrojando dispositivos al agua se puede obtener metilmercurio metilado o altamente tóxico. Resulta en especial peligroso para fetos, bebés y niños, pudiendo provocar efectos adversos en la motricidad fina, el pensamiento, el lenguaje y las habilidades visuales y espaciales.¹¹ El *cadmio* utilizado es un metal pesado cancerígeno que causa problemas respiratorios y renales cuando se ingiere o inhala, y se encuentra en tubos de rayos catódicos, baterías, placas de circuitos y chips semiconductores. El *berilio* y las aleaciones de berilio también se encuentran comúnmente en dispositivos electrónicos y se usan para fabricar luces fluorescentes. Se ha identificado como un

9. Greenpeace Research Laboratories (2008), *Chemical contamination at e-waste recycling and disposal sites in Accra and Korforidua, Ghana*, Greenpeace International, Países Bajos.

10. Krishna, M. & Kulshrestha, P. (2008), "The toxic belt: Perspectives on e-waste dumping in developing nations", *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 15(1), 71-92.

11. Bogale, Z. (2011), *op. cit.*

carcinógeno potencial y la inhalación de partículas de berilio se asocia con cicatrices en el tejido pulmonar.¹²

Además, las placas de circuito y las carcasas de plástico a menudo contienen *retardantes de llama bromados* (BFRs) que pueden causar daño cerebral e interferir con las funciones hormonales. La incineración de BFR y cloruros de polivinilo libera dioxinas tóxicas y cancerígenas y furanos en el ambiente altamente contaminantes. Se utilizan diferentes BFR para proteger los AEE, desde placas de circuitos impresos y carcasas de computadoras hasta cables de alimentación.

Si bien los componentes tóxicos de los dispositivos electrónicos generalmente no amenazan la salud de quienes tienen su primer o segundo uso, estas sustancias tienen efectos adversos para la salud y el ambiente cuando se incineran, desmantelan o arrojan a basurales.

Además de los materiales mencionados, se puede encontrar litio, níquel, coltán y otros contaminantes que pueden liberarse con un manejo inadecuado.

Sin embargo, a pesar de la problemática que traen aparejados los RAEE, y si bien hay diversos proyectos de ley que buscan legislar al respecto, existe a la fecha una laguna legislativa en el derecho nacional y provincial en relación a un procedimiento específico para tratar adecuadamente este tipo de residuos.¹³

III. Marco jurídico

a. Normativa nacional

En la legislación nacional, encontramos un marco constitucional orientado a la protección de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano. Además, con el art. 41 de la Constitución Nacional se prohibió el ingreso de residuos radiactivos y aquellos que sean reales o potencialmente peligrosos para el país, y se estableció que le “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección”.

12. Kutz, J. (2006), “You’ve Got Waste: The Exponentially Escalating Problem of Hazardous e-Waste”. *17 Vill. Envtl. L.J.* 307.

13. Narváez, C. L., Peñaloza, B. V., Solanes, M. F. (2019). “Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos: ¿Existe un vacío legal? Su problemática en la Argentina”. *RD Amb 60*.

Es decir, es propia de cada provincia la facultad de regulación de los niveles adicionales de protección ambiental, y, dentro de los límites de cada régimen provincial, los municipios tienen jurisdicción en su ámbito geográfico. A estas competencias coordinadas se las llama federalismo de concertación, de conformidad con la cláusula ambiental mencionada (art. 41 CN) y de dominio originario de los recursos naturales (art. 124 CN) de las provincias.

A la fecha no se ha sancionado una ley nacional de presupuestos mínimos que regule la gestión de los RAEE en forma específica, aunque no han faltado iniciativas. Se han presentado diversos proyectos de ley ante el Congreso Nacional, y si bien en 2011 uno de ellos obtuvo media sanción del Senado, el debate no logró prosperar en la Cámara de Diputados.¹⁴

Ante la ausencia de una ley específica, algunos autores consideran que hay un vacío legal en la gestión, pero que en definitiva serían mínimamente aplicables las leyes 25675 General del Ambiente, 25916 de Presupuestos Mínimos para la Gestión Integral de Residuos Domiciliarios, 24051 de Residuos Peligrosos y 25612 de Gestión Integral de Residuos Industriales.

1. En los propios términos de la norma, la Ley 25675 General del Ambiente *establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable*. Dispone, además, que el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) compuesto por el gobierno federal, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es el ámbito de coordinación de dicha política. En particular, deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de estos con la administración pública. Además, la interpretación y aplicación de la ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los principios ambientales de congruencia, de responsabilidad del generador, de progresividad y no regresión, y los principios de prevención y precaución.

2. La Ley 25916 para la Gestión Integral de Residuos Domiciliarios establece el régimen de gestión de residuos domiciliarios, sean de origen residencial, urbano, comercial, asistencial, sanitario, industrial o institucional,

14. Ampliar sobre los proyectos presentados los últimos años en Grasso, E. A. (2020), “La problemática de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE). ¿Es posible un sistema de gestión sostenible en nuestro país?”, *RD Amb* 62, p. 113.

con excepción de aquellos que se encuentren regulados por normas específicas, y busca establecer una valorización y disposición final adecuada. En su artículo 35, dispone que las autoridades competentes “deberán establecer, en el ámbito de su jurisdicción, programas especiales de gestión para aquellos residuos domiciliarios que, por sus características particulares de peligrosidad, nocividad o toxicidad, puedan presentar riesgos significativos sobre la salud humana o animal, o sobre los recursos ambientales”. Sin mencionarlos en forma específica, la norma impone la obligación de dar tratamiento diferenciado a los RAEE que se generan en los hogares o se desechan con los residuos domiciliarios. Sin embargo, y debido a la especificidad de esta clase de residuos, aunque muchos pueden originarse a nivel domiciliario, no resulta suficiente este marco para atender a los componentes que son particularmente peligrosos y capaces de contaminar el suelo, el agua y la atmósfera si no son tratados adecuadamente.

Fundar la gestión de los RAEE en la normativa de residuos domiciliarios falla en considerar “aspectos fundamentales de un sistema eficiente como es la recolección selectiva, la valorización de estos residuos (recuperación de metales de base y preciosos) o la disposición final adecuada de sus componentes peligrosos”.¹⁵

3. La Ley 24051 de Residuos Peligrosos, aplicable en caso de interjurisdiccionalidad y para aquellas provincias que hayan adherido, regula la *generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final* de residuos peligrosos, entendiéndose por tales a los que pueden *causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.*

De la sola lectura del articulado de la ley vemos que no brinda una solución a la materia. En particular, establece que la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos quedarán sujetos a las disposiciones de la ley “cuando se tratare de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o, aunque ubicados en territorio de una provincia estuvieren destinados al transporte fuera

15. Garcés, D., Silva, U. (2010), “Análisis de propuestas normativas para la gestión de residuos electrónicos de computadores en Latinoamérica”, en *Los residuos electrónicos: un desafío para la sociedad del conocimiento en América Latina y el Caribe*, UNESCO.

de ella, o cuando, a criterio de la autoridad de aplicación, dichos residuos pudieren afectar a las personas o el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado, o cuando las medidas higiénicas o de seguridad que a su respecto fuere conveniente disponer, tuvieren una repercusión económica sensible tal, que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la Nación, a fin de garantizar la efectiva competencia de las empresas que debieran soportar la carga de dichas medidas”.

De su artículo primero surge que solo cuando se cumplan alguna de las circunstancias allí previstas será de aplicación, dejando fuera innumerables situaciones. A modo de ejemplo, AEE descartados embalados o en su estructura original sin sus componentes expuestos al deterioro, la lluvia, la quema u otro proceso no apto, no son necesariamente peligrosos, en tanto sean tratados apropiadamente. Por lo expuesto, esta norma solo se aplicaría a aquellos componentes que contengan sustancias peligrosas en caso de rotura, o a partir del momento del desensamblado del RAEE.

La ley crea además un registro nacional y, en su art. 5º, establece que allí deben inscribirse los generadores, transportistas y operadores de esos residuos. “Es la figura del generador la que preocupa, puesto que, en materia de residuos electrónicos, el generador de RAEE”, siguiendo la definición que da Gustavo Fernández Protomastro, “es toda persona física o jurídica, pública o privada, que deseche RAEE”.¹⁶ En función de la cantidad de RAEE desechados, los generadores se clasifican en: pequeños generadores o grandes generadores. Es decir que, en materia de RAEE, el generador es el consumidor, el usuario, y a este no puede equiparárselo con la figura del generador creada en la Ley 24051, máxime si tenemos en cuenta que este sujeto está obligado a:

- “-adoptar medidas para disminuir la cantidad de residuos,
- separar los residuos peligrosos incompatibles entre sí,
- envasarlos e identificar los envases y su contenido,
- registrar las operaciones de tratamiento que realice en su planta”.¹⁷

16. Fernández Protomastro, G. (2010), “El futuro de la industria del reciclado electrónico en la Argentina”, en *Los residuos electrónicos: un desafío para la sociedad del conocimiento en América Latina y el Caribe*, UNESCO.

17. Narvaez, C. L., Peñaloza, B. V. - Solanes, M. F. (2019), *op. cit.*

Sumado a esto, dado que muchas constituciones provinciales prohíben el ingreso de residuos peligrosos a sus territorios, la imposibilidad de libre movimiento de los RAEE o de sus componentes en el territorio nacional implica una descentralización del tratamiento, lo que resulta financieramente impracticable.

4. La Ley 25.670 para la gestión y eliminación de los policlorobifenilos (PCB) establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de los PCB en todo el territorio nacional, siendo sus finalidades, conforme lo establece el artículo 2, la fiscalización de las operaciones asociadas a los PCB, la descontaminación o eliminación de aparatos que contengan PCB o de los PCB usados, y la prohibición de producción, comercialización e ingreso al país de PCB. A efectos de la ley, se entiende por:

- PCBs a: los policlorobifenilos (Bifenilos Policlorados), los policloroterfenilos (PCT), el monometiltetraclorodifenilmetano, el monometildiclorodifenilmetano, el monometildibromodifenilmetano, y a cualquier mezcla cuyo contenido total de cualquiera de las sustancias anteriormente mencionadas sea superior al 0,005% en peso (50ppm);
- Aparatos que contienen PCBs a: cualquier aparato que contenga o haya contenido PCBs (por ejemplo transformadores, condensadores recipientes que contengan cantidades residuales) y que no haya sido descontaminado.

Los aparatos de un tipo que pueda contener PCBs se considerarán como si contuvieran PCBs a menos que se pueda demostrar lo contrario. Más aún, conforme el artículo 20, se presume, también salvo prueba en contrario, que todo daño causado por PCBs y PCBs usados es equivalente al causado por un residuo peligroso.

Este caso presenta la misma problemática que la ley de residuos peligrosos, es decir, cuando en el proceso de tratamiento de los RAEE se extraigan *policlorobifenilos (bifenilos policlorados), policloroterfenilos (PCT), monometiltetraclorodifenilmetano, monometildiclorodifenilmetano, monometilbromodifenilmetano, o cualquier mezcla cuyo contenido total de cualquiera de las sustancias anteriormente mencionadas sea superior al 0,005% en peso (50 ppm) (art. 3º)*, solo en ese caso será de aplicación esta ley.¹⁸

18. Ampliar en Narváez, C. L., Peñaloza, B. V. - Solanes, M. F. (2019), *op. cit.*

Sin embargo, y teniendo en cuenta que la ley es del año 2002, se establece que antes del año 2010 todos los dispositivos que contengan PCBs, a los que su poseedor quiera mantener en operación deberán ser descontaminados a exclusivo cargo del poseedor. El art. 14 de la ley dispone que hasta tanto esto suceda, el poseedor no podrá reponer PCBs, debiendo reemplazarlo por fluidos libres de dicha sustancia.

A su vez, se dispuso que antes del año 2005 todo poseedor deberá presentar ante la autoridad de aplicación un programa de eliminación o descontaminación de los aparatos que contengan PCBs, con el objetivo de que al año 2010 no queden en todo el territorio de la Nación equipos instalados conteniendo PCBs.

En efecto, en el año 2005 se creó el Registro Nacional Integrado de Poseedores de PCBs.¹⁹ Fuera de ello, la reglamentación²⁰ de esta norma demoró hasta el año 2007 creando, en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, la Comisión Interministerial de Gestión de PCBs y el Consejo Consultivo de Carácter Honorario de Gestión de PCBs.

En relación a las responsabilidades comentadas, la reglamentación dispuso que en lo relativo presentación de un programa de eliminación y descontaminación de los aparatos que contengan PCBs, que alcanza a los materiales extraídos que contengan PCBs, así como a los materiales contaminados y el recipiente que resulten de las operaciones de reemplazo de fluidos, deberá cumplimentarse ante la autoridad local respectiva para su aprobación. Para aquellos casos en los cuales las jurisdicciones locales no hayan implementado sistemas de control y fiscalización de PCBs, los poseedores deberán cumplir dicha obligación ante la Autoridad de Aplicación Nacional para su aprobación.

Se dispone también que ante el menor indicio de escapes, fugas o pérdidas de PCBs en cualquier equipo o instalación, el poseedor deberá instrumentar medidas correctivas y preventivas para reparar el daño ocasionado, disminuir los riesgos hacia las personas y el medio ambiente y evitar que el incidente o accidente vuelva a ocurrir.

Las metas y objetivos iniciales de la norma se demoraron en reglamentar y cumplir. Sin embargo, en el año 2015 se creó el Programa Nacional

19. Ver Resolución 313/2005 del Ministerio de Salud y Ambiente.

20. Ver Decreto 853/2007.

de Gestión Integral de PCBs²¹ que tiene por principales funciones el desarrollo de acciones en materia de gestión integral de PCB, coordinar con las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el relevamiento de los poseedores de PCB remanentes, fomentar y consolidar mecanismos de articulación interjurisdiccionales para la gestión ambientalmente racional de PCB, e impulsar la formulación del Plan Nacional de Gestión y Eliminación de PCB, así como la constitución de la Comisión Interministerial y el Consejo Consultivo mencionado. A cinco años de la creación del Programa, y la constitución del Registro Nacional Integrado de Poseedores de PCB (RENI-PP),²² aún queda bastante camino por recorrer.

5. La Ley 25612 de Gestión Integral de Residuos Industriales define residuo industrial como *cualquier elemento, sustancia u objeto en estado sólido, semisólido, líquido o gaseoso, obtenido como resultado de un proceso industrial, por la realización de una actividad de servicio, o por estar relacionado directa o indirectamente con la actividad, incluyendo eventuales emergencias o accidentes, del cual su poseedor productor o generador no pueda utilizarlo, se desprenda o tenga la obligación legal de hacerlo.*

Conforme la norma, quedan especialmente excluidos del régimen los residuos biopatogénicos, los residuos domiciliarios, los residuos radiactivos y los residuos derivados de las operaciones normales de los buques y aeronaves.

Por lo expuesto, si bien los AEE se generan en las fábricas, y les son aplicables las reglas de los residuos industriales, el ámbito de aplicación de la norma no abarca a los RAEE en su totalidad, produciendo el mismo vacío mencionado en los apartados anteriores.

La norma considera generador a toda persona física o jurídica, pública o privada, que genere residuos industriales y de actividades de servicio, y le adjudica la responsabilidad del tratamiento adecuado y la disposición final. En particular, deberán instrumentar las medidas necesarias para minimizar la generación de residuos que producen, separar en forma apropiada los residuos incompatibles entre sí, evitando el contacto de los mismos en todas las etapas de la gestión, y envasar, identificar, fechar y no mezclarlos. En definitiva, tratar adecuadamente y disponer en forma definitiva los residuos industriales generados por su propia actividad bajo riesgo y responsabilidad

21. Resolución 840/2015 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable.

22. Resolución 355/2020 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

propia. Incluso, se establece que el dueño o guardián de un residuo de este tipo no se exime de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero por quien no debe responder, cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso.

Como conclusión inicial, ninguna de estas normas puede aplicarse para regular la gestión global de los RAEE en forma integral, desde que ninguna asegura un adecuado destino final a los componentes tóxicos.

A nivel local, las Provincias de Buenos Aires, Chaco, Chubut, La Rioja, Santa Fe, San Juan, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen normas específicas donde algunas contemplan la gestión de manera integral e incorporan el principio de la responsabilidad extendida del productor (REP), mientras que otras se refieren a programas de promoción de la reutilización y reciclado de los RAEE o a algunos tipos de ellos como la Ley 5991 de pilas en desuso de la CABA.

En particular, la Ley 2807 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece pautas de cumplimiento orientadas al reuso social, reciclado, publicidad y concientización. Se dispone que los aparatos electrónicos en desuso serán principalmente destinados a su reuso social garantizando la correcta disposición de la fracción no reutilizable. En aquellos casos que no sea posible adecuar a su reuso con fines sociales los AAE en desuso serán objeto de reciclado, a través de operadores habilitados al efecto que certificarán la disposición final de la fracción no reciclable del material entregado por el GCABA.

En el caso de la Provincia de Buenos Aires la Ley 14321 en forma específica dispone que, a partir de la entrada en vigencia, se prohíbe el desecho de los RAEE como residuos sólidos no diferenciados. Además, se aplica el principio de gratuidad al establecer en el art. 12 que la entrega de los RAEE es sin costo alguno para el último usuario o poseedor. Cuando se adquiera un nuevo producto que sea de tipo equivalente o realice las mismas funciones que el aparato que se desecha, el usuario podrá entregarlo conjuntamente con sus componentes esenciales, en el acto de compra del nuevo aparato al vendedor o distribuidor, el que deberá recibirlo y derivarlo para su disposición final.

Por su lado, la Ley 7345 de la Provincia de Chaco sobre gestión y tratamiento de los RAEE regula de forma específica los derechos de los productores, usuarios y gestores. En una enumeración no taxativa, se dispone que el usuario tiene derecho a recibir la información al momento de

la compra de los planes de devolución posconsumo del producto, a que se les brinde referencias claras sobre el manejo de los RAEE y a participar de manera directa o por medio de asociaciones civiles en la discusión y elaboración de estrategias, planes, programas y proyectos abocados a una buena disposición integral.

Esta norma, además, dispone de manera específica la responsabilidad extendida del importador, productor y distribuidor de aparatos eléctricos y electrónicos con lo que producen y frente al medio ambiente. Agrega también que el Estado, la sociedad civil y la familia son corresponsables en minimizar la generación y buena disposición final de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos y, en forma específica, que el que contamina paga, como obligación de reparación en dinero por los daños que se causan al ambiente.

Para los fines del cumplimiento de la ley, se crea el Fondo del Programa de Regulación dirigido a la gestión y tratamiento de los RAEE, siendo esta norma una de las más completas a nivel nacional.

En el caso de Santa Fe, la Ley 13940 sancionada en forma reciente, el 3 de enero de 2020, introduce en forma específica los siguientes principios:

- a) progresividad: reducción gradual de la cantidad de RAEEs depositados o desechados como residuos sólidos urbanos, a través de metas proyectadas en un cronograma temporal;
- b) prevención: toda medida destinada a prevenir y mitigar los efectos nocivos de los RAEEs, sus materiales y sustancias, para el ambiente y la salud;
- c) responsabilidad extendida: obligación del productor y distribuidor de aparatos eléctricos y electrónicos con lo que produce y frente al ambiente, desde su generación hasta su valorización o eliminación;
- d) sustentabilidad: conjunto de actividades interdependientes y complementarias entre sí, que conforman un proceso para la gestión de los RAEEs, con el objeto de proteger el ambiente y la calidad de vida de la población presente y futura;
- e) participación activa: mecanismos e instrumentos promovidos por el Estado de capacitación, financiación y participación necesarios para que productores, distribuidores y usuarios de aparatos eléctricos y electrónicos colaboren en el diseño, elaboración y ejecución de la gestión integral y sustentable de los RAEEs;

- f) solidaridad: el Estado, los productores y distribuidores, y usuarios de aparatos eléctricos y electrónicos, son responsables en la prevención y control de la gestión integral de los RAEEs a los fines de minimizar los riesgos ambientales;
- g) principio contaminador pagador: obligación de reparar pecuniariamente por los daños directos e indirectos que se causen al ambiente; y,
- h) principio precautorio: cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente y la salud humana.

Además, los productores y distribuidores deben establecer planes de recolección y recepción de los RAEEs, informar a los usuarios sobre dichos planes, los sistemas de devolución y el principio de gratuidad, y toda información necesaria para la correcta gestión ambiental de los RAEEs. El usuario o consumidor final, a su vez, deberá entregar los RAEEs en los sitios establecidos por los productores y distribuidores o en los sitios de recepción o Puntos Verdes.

Similar a la Provincia de Chaco, se crea un Plan de Gestión Integral y Sustentable de RAEEs con un sistema de responsabilidad solidaria, proporcional y mancomunada de financiación de los costos de la gestión, estableciendo la posibilidad de crear beneficios e incentivos fiscales y/o económicos a los productores y distribuidores.

Finalmente, al igual que la Provincia de Buenos Aires, establece un sistema no taxativo de sanciones ante el incumplimiento incluyendo el apercibimiento, multas, suspensión o caducidad de concesiones, licencias o autorizaciones, y la clausura definitiva de las instalaciones. La Ley 14321 de la Provincia de Buenos Aires agrega, con un mayor alcance de la responsabilidad, que cuando el infractor fuere una persona jurídica, serán solidariamente responsables de las sanciones establecidas sus directores, administradores y/o gerentes.

Del breve análisis expuesto se puede concluir que, si bien hay algunas excepciones como las Provincias de Buenos Aires, Chaco y Santa Fe, el marco jurídico es exiguo e incluso en esos casos la efectividad de la norma está pendiente de mejores reglamentaciones y cumplimiento.

b. Normativa internacional

Además de la normativa nacional y local mencionada, los RAEE pueden ser alcanzados por varios convenios internacionales ratificados por el país y que, conforme los artículos 27, 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, son ley suprema *y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella*: el Convenio de Basilea sobre Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación; Convenio de Estocolmo, sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes; Convenio de Rotterdam, sobre Comercio de Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos; Convenio de Viena y Protocolo de Montreal, para la Protección de la Capa de Ozono; y Convenio de Minamata sobre el Mercurio.²³

1. Resulta relevante detenerse unas líneas en el Convenio de Basilea por su especial importancia y alcance en la materia. En efecto, el Convenio sobre Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (en adelante el Convenio) entró en vigor en 1992, tiene 188 estados partes y su objetivo principal es proteger la salud humana y el ambiente de los efectos adversos de los desechos peligrosos.²⁴

El Convenio regula el movimiento, la generación, la eliminación, la importación y exportación de desechos peligrosos principalmente, y desarrolla un mecanismo de cooperación internacional para regular el comercio y el tráfico de sustancias peligrosas.

Es importante señalar que el Convenio *regula*, pero *no prohíbe*, el comercio de residuos peligrosos. En cambio, apunta a minimizar la generación de los mismos, asegurando la eliminación lo más cerca posible de la fuente de generación, y a reducir el movimiento transfronterizo para proteger tanto la salud humana como el ambiente.

Parte del logro del Convenio fue la aprobación de la decisión BC-10/3 donde se establece el principio de responsabilidad extendida del productor

23. Ampliar sobre los efectos de los Tratados y Declaraciones Internacionales en Gelli, M. A. (2018), *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley.

24. Ampliar en Khan, S. (2016), “E-products, e-waste and the Basel Convention: Regulatory challenges and impossibilities of international environmental law”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 25(2), pp. 248-260.

como instrumento de la política de gestión de los RAEE y se alientan las opciones de tratamiento que obtienen mejores resultados ambientales generales teniendo en cuenta el enfoque del ciclo de vida. Además, recientemente las Partes lograron la adopción de una enmienda de prohibición global de la exportación de desechos peligrosos destinados a la disposición final.

Sin embargo, algunos autores consideran que si bien el Convenio fue pionero en su alcance, ha sido ineficaz para frenar el comercio ilegal de desechos electrónicos. Las razones serían principalmente el hecho de que Estados Unidos no ratificara ni el Convenio ni la Enmienda de Prohibición y, sumado a ello, el aprovechamiento generalizado del permiso de exportación para su reutilización.²⁵

A la luz de estas circunstancias, el potencial del Convenio para ofrecer un nivel significativo de protección ambiental y de la salud humana contra el comercio de desechos electrónicos peligrosos se ha visto severamente restringido. Si bien hay numerosas formas posibles de resolver las deficiencias existentes del Convenio, hasta ahora las partes han optado por directrices voluntarias con la intención de ayudar a las partes a comprender cuándo AEEs se consideran desechos peligrosos, desechos no peligrosos o no se consideran desecho alguno. Si bien el enfoque voluntario tiene claros beneficios dado el atractivo de incorporar más países al Convenio, la opinión generalizada²⁶ es que las negociaciones se han orientado más hacia la salvaguarda de los intereses corporativos multinacionales, al tiempo que se dejan de lado las preocupaciones ambientales y de desarrollo sostenible asociadas con la globalización de los RAEE.

En general, el instrumento parece reforzar aún más el principio de soberanía estatal en el comercio internacional de RAEE, en lugar de mejorar el marco regulatorio internacional que supervisa el comercio mundial de desechos electrónicos. Dado que el alcance del Convenio se limita a los desechos peligrosos, una interpretación restrictiva llevaría a entender que en los hechos no se proporcionan mecanismos reguladores sobre los AEE sin exceder su jurisdicción.

En esencia, el régimen del Convenio encarna una tensión innata que se refleja en sus diversas definiciones y excepciones. Podría argumentarse

25. Bogale, Z. (2011), *op. cit.*

26. Khan, S. (2016), "E-products, e-waste and the Basel Convention...", *op. cit.*

que si bien, por un lado, insta explícitamente a mejorar la protección de la salud humana y ambiental frente a la contaminación por desechos peligrosos, mientras, por el otro, busca implícitamente legitimar el comercio internacional de desechos. Dadas sus limitaciones estructurales inherentes como la aplicabilidad limitada de su mecanismo de control, su falta de supervisión internacional y su incapacidad para llegar de manera significativa al mundo de los AEE, el Convenio establece límites mínimos. Sin embargo, ha sido innovador en su época y ha contribuido a la adopción a nivel nacional de distintas legislaciones sobre responsabilidad del productor. Este *principio de responsabilidad ampliada del productor* ha proporcionado la base para los regímenes de RAEE en la mayoría de los países siendo cada vez más los productores, importadores y otros vendedores de AEE responsables financieramente de la recogida y el tratamiento de los productos que comercializan.

Las políticas basadas en la responsabilidad del productor buscan la minimización de desechos y procuran un diseño ambiental a través de la asignación de cuatro tipos diferentes de responsabilidades orientadas a los fabricantes de productos: la asunción de la responsabilidad financiera por el tratamiento requerido al final de la vida útil, la responsabilidad física por la recolección al final de su vida útil, la responsabilidad de la información con respecto a la disposición ambiental, y responsabilidad en caso de que se demuestre que la contaminación es causada por una disposición inadecuada.²⁷ Al considerar a los productores, importadores, minoristas o distribuidores como empresas generadoras de desechos y alentarlos a asumir una mayor responsabilidad por el impacto ambiental que generan sus productos, políticas basadas en la responsabilidad ampliada del productor consideran la minimización de residuos como uno de los principales objetivos de la producción y reproducción industrial. La noción de tomar en consideración los efectos de la fase de desperdicio de un producto antes de que se materialice representa un cambio fundamental en el enfoque tradicional de la gestión de residuos según el cual estos se tratan solo después de su generación.

Otro cambio provocado por la adopción de políticas basadas en la responsabilidad del productor es que la responsabilidad financiera y física de

27. Tojo, N. (2004), *Extended Producer Responsibility as a Driver for Design Change - Utopia or Reality?*, The International Institute for Industrial Environmental Economics.

la gestión de residuos que tradicionalmente han pertenecido a los gobiernos locales se transfiere, ya sea en su totalidad o en parte, al sector privado. Al extender las responsabilidades de gestión de residuos a los productores, las políticas crean incentivos económicos para que la industria avance hacia la minimización de residuos. Si bien los regímenes actuales de responsabilidad no son de ninguna manera una panacea para la crisis ambiental causada por los desechos electrónicos, su adopción global adaptada a los contextos nacionales regionales e individuales constituye, no obstante, un logro impulsado por el Convenio.

2. A nivel regional y durante la IV Reunión Extraordinaria de Ministros de Medio Ambiente del MERCOSUR realizada en el año 2006, se ha firmado un proyecto de “Acuerdo sobre política MERCOSUR de Gestión Ambiental de Residuos especiales de Generación Universal y Responsabilidad Post-Consumo” que introdujo en la región el concepto de “Responsabilidad Posconsumo” que es definido como “la asignación de la carga de la gestión ambiental del residuo extendida al fabricante/importador”.

A raíz de dicho acuerdo el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable emitió en el año 2016 la Resolución N°522/2016 que procura el desarrollo de una estrategia nacional referida al Manejo Sustentable de Residuos Especiales de Generación Universal, a los fines de “Coordinar a nivel nacional y colaborar con las jurisdicciones locales en el desarrollo de programas, procedimientos y sistemas de gestión sustentable de REGU que incluyan la recolección diferenciada”.

En el Anexo I de dicha Resolución se establecen en carácter enunciativo las diferentes corrientes de residuos que deben considerarse Residuos Especiales de Generación Universal (REGU), dentro de la cual se encuentran los RAEE. Sin embargo, aún queda pendiente un serio desarrollo de la estrategia nacional.

Por lo expuesto, si bien el Convenio y los demás instrumentos internacionales han contribuido a equilibrar las actividades de reciclaje y el cuidado del ambiente, las particulares limitaciones de cada documento parecieran evidenciar parcialidad y falta de efectividad frente a las actuales y crecientes necesidades de una adecuada gestión y el tratamiento de los RAEE.

IV. Experiencia Europea y Africana

a. Las Directivas WEEE, RoHS y el Reglamento REACH

Los esfuerzos de algunos de los países de la Unión Europea llevaron a la promulgación de una Directiva sobre RAEE²⁸ y otra sobre restricciones de sustancias peligrosas en equipos eléctricos y electrónicos (RoHS).²⁹ Estas Directivas obligan a los estados miembros a legislar en consonancia con ellas y a establecer un enfoque unificado para la eliminación de los desechos electrónicos.

La Directiva RAEE cubre una amplia gama de productos de consumo, y regula cuestiones relacionadas con el diseño, la recogida, el tratamiento, la recuperación, la financiación, la información al consumidor y sanciones. Se alienta a los productores a mejorar sus métodos de información, reciclaje y la vida de los productos, se prevé el establecimiento de centros de recogida de RAEE a cargo de los productores y aborda su almacenamiento y tratamiento. Se diseñó explícitamente sobre la base del principio de responsabilidad del productor. Este enfoque es útil para la gestión de AEE al final de su vida útil, ya que los productores tienen mejor conocimiento de los materiales, tanto peligrosos como valiosos, y están en la mejor posición para mejorar el desempeño ambiental general de un producto en la etapa de diseño y fabricación como también al final de su vida útil.

La Directiva RAEE asigna explícitamente la responsabilidad de la recogida a los productores y distribuidores, exigiéndoles que acepten RAEE de los consumidores domésticos, debiendo brindarles información a los consumidores sobre dónde y cómo pueden efectuar la devolución. Distingue entre RAEE históricos, es decir, productos puestos en el mercado antes del 13 de agosto de 2005, y RAEE nuevos que se ofrecieron a la venta después de esa fecha. Esta diferenciación es relevante para el financiamiento del sistema ya que intenta trazar una línea entre los productos que se vendieron antes de la implementación de la legislación de responsabilidad del productor sin ninguna disposición para su eliminación al final de su vida útil, y los productos vendidos después del régimen de responsabilidad del productor estuviera en vigor.

28. Directiva 2002/96/CE. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.

29. Directiva 2002/95/CE. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.

El consenso general³⁰ es que la implementación de la Directiva RAEE en la UE ha traído consigo una mejora significativa en la gestión de los desechos electrónicos y ha proporcionado impulso para el desarrollo de mejores sistemas y tecnologías.

La Directiva RoHS, por su lado, se concentra en suspender el uso de sustancias peligrosas específicas en productos electrónicos y eléctricos. Actualmente restringe el uso de diez sustancias: plomo, cadmio, mercurio, cromo hexavalente, bifenilos polibromados (PBB) y éteres difenílicos polibromados (PBDE), bis ftalato (2-etilhexilo) (DEHP), ftalato de butilbencilo (BBP), ftalato de dibutilo (DBP) y ftalato de isobutilo (DIBP).³¹

Conforme la directiva, todos los productos con componentes eléctricos o electrónicos, a menos que estén específicamente excluidos, deben cumplir con las restricciones.

Ambas directivas regulan mediante un enfoque prescriptivo, y aunque la RoHS adopte una visión más prohibitiva y la Directiva RAEE se guíe más por la preocupación de la gestión de residuos y el establecimiento de un régimen de protección ambiental, ambas resultaron un avance significativo en la región.³²

En el año 2007, dando un paso más, se adoptó el Reglamento REACH (acrónimo de Registro, Evaluación, Autorización y Restricción de sustancias y mezclas químicas) sobre el uso seguro de productos químicos. REACH se concentra en identificar la naturaleza de las sustancias químicas en una coyuntura temprana y procurar una mejor difusión de información sobre la composición y la naturaleza peligrosa de los productos químicos. El Reglamento responsabiliza a la industria en la gestión de los riesgos de los productos químicos que manejan y enfatiza la necesaria provisión de información de seguridad sobre las sustancias.³³ En mayor o menor medida se aplica a toda la industria, incluso a empresas que en principio podrían no considerarse vinculadas con la industria química. En definitiva, REACH establece una serie de obligaciones

30. Deepali Sinha Khetriwal, Rolf Widmer, Ruediger Kuehr and Jaco Huisman (2011), "One WEEE, many species: lessons from the European experience", *Waste Management & Research*, International Solid Waste Association.

31. Directiva 2011/65/EU sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos. Parlamento Europeo y del Consejo.

32. Krishna, M. & Kulshrestha, P. (2008), *op. cit.*

33. Ampliar en *ibidem*.

que deben cumplir las empresas europeas que comercializan productos químicos, incluyendo el registro, la comunicación en la cadena de suministro, la restricción de ciertas sustancias y otras sujetas a autorización.

b. La Convención de Bamako

En 1991 y con la puntual preocupación del movimiento transfronterizo de residuos peligrosos en África, la Organización para la Unidad Africana (OUA) logró la adopción de la Convención de Bamako por 51 países africanos. En dicho instrumento se prohibió la importación y el tráfico de desechos peligrosos en África y se dispuso el control de movimiento de residuos peligrosos en el territorio. Prohíbe además el vertido en océanos y aguas continentales, la incineración de desechos peligrosos y establece el principio de precaución al orientar la gestión de los desechos dentro del continente.

Su alcance es mayor, comparativamente, que el del Convenio de Basilea al, por ejemplo, incluir los materiales radiactivos en su definición de desechos peligrosos. El Convenio de Bamako impone una responsabilidad estricta e ilimitada, así como solidaria a los generadores de desechos peligrosos, con sanciones para el tráfico y la importación de desechos peligrosos.

A pesar de esto, la transferencia de residuos peligrosos entre los países signatarios del Convenio y miembros de la OUA es permitida bajo el consentimiento de los países que realizan tal transferencia limitando su efectividad.

V. Conclusiones

El marco jurídico actual en Argentina, sin duda alguna, resulta insuficiente para hacer frente a la especialidad en la gestión y tratamiento de los RAEE. Resulta necesario y demanda inmediatez abordar de manera apropiada la problemática atendiendo a su verdadera naturaleza. Se deben estudiar y debatir en comisiones legislativas aspectos tales como la responsabilidad extendida del productor, responsabilidades compartidas, recuperación de materiales de base y de valor, necesidades de superación de brecha digital –al no considerar el reacondicionamiento–, reducción de la responsabilidad a un solo actor y encarecimiento de los costos de gestión.³⁴

34. Narváez, C. L., Peñalosa, B. V., Solanes, M. F. (2019), *op. cit.*

Además, el problema de los desechos electrónicos exige un esfuerzo concertado de la comunidad internacional. Organizaciones regionales que comparten intereses comunes, tales como el Mercosur, son sumamente importantes para fomentar procedimientos responsables. Dichas organizaciones podrían establecer estándares uniformes para ser observados por los miembros, monitorear el progreso, evaluar grados de cumplimiento y fortalecer la voz de las naciones en un esquema más democrático. Ejemplo de esto fue el esquema concebido en Bamako.

Resulta urgente que tanto el Ministerio de Desarrollo Productivo como el de Ciencia, Tecnología e Innovación trabajen junto con el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a fin de crear conciencia social sobre los peligros del vertido de desechos electrónicos y fomenten una industria y producción más sustentable.³⁵ Es necesario incentivar a los productores a fabricar productos menos peligrosos que sean más fáciles de reciclar y que establezcan espacios de devolución para que los consumidores o usuarios devuelvan sus productos al final de su vida útil.

Se ha propuesto que los productos se identifiquen de manera inequívoca como desechos electrónicos y el debate necesariamente debe incluir el problema de quién debe asumir los costos del proceso de reciclaje. En este punto, dos de las opciones más seguidas por distintos países como esquema de distribución de costos son el sistema de aportes obligatorios anticipados (también llamado *pago de reciclaje anticipado* o *tarifa de recuperación anticipada*) o el esquema de responsabilidad extendida del productor.

En la tarifa anticipada los gobiernos recaudan depósitos de los consumidores que han adquirido un AEE. Estos fondos se redistribuyen a través de subvenciones a entidades públicas y privadas que reciclan productos electrónicos trasladando así la carga financiera de los productores. Por otro lado, el principio de “quien contamina paga” se basa en la idea de que el productor debe asumir la responsabilidad de las consecuencias ambientales de sus productos y la carga financiera recaería sobre el fabricante y no sobre los consumidores.

35. Méndez-Fajardo, S., Böni, H., Hernández, C., Schlupe, M. & Valdivia, S. (2017), *Guía práctica para el diseño sistémico de políticas para la gestión de RAEE en países en vía de desarrollo*. Sustainable Recycling Industries (SRI).

Estos programas obligan a los productores a asumir la responsabilidad final de sus productos al exigir que se internalice el costo de una eliminación adecuada.

Finalmente, es necesario un espacio de debate referido a incentivos económicos y prohibiciones sobre qué materiales están contenidos en los productos electrónicos.

Sin una ley que sea eficiente en su implementación junto con el correcto desarrollo de políticas públicas no se logrará la adecuada gestión de los RAEE necesaria para resolver su problemática.

A la luz de este escenario de inacción legislativa, no sería equivocado pensar entonces en un renovado sentido de justicia ambiental para sentar las bases de una política internacional efectiva de desechos electrónicos en el futuro.³⁶

Bibliografía

Libros

Forti, V., Baldé, C. P., Kuehr, R., Bel, G. (2020), *The Global E-waste Monitor 2020: Quantities, flows and the circular economy potential*. United Nations University (UNU)/United Nations Institute for Training and Research (UNITAR) – co-hosted SCYCLE Programme, International Telecommunication Union (ITU) & International Solid Waste Association (ISWA).

Greenpeace Research Laboratories (2008), *Chemical contamination at e-waste recycling and disposal sites in Accra and Korforidua, Ghana*, Greenpeace International, Países Bajos.

Lindhqvist, T., Manomaivibool, P., Tojo, N. (2008), *La responsabilidad extendida del productor en el contexto latinoamericano. La gestión de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos en Argentina*. Lund University. International Institute for Industrial Environmental Economics, Suecia.

Maffei, L. (coord.) (2020), *Gestión Integral de RAEE. Los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, una fuente de trabajo decente para*

36. Bogale, Z. (2011), *op. cit.*

avanzar hacia la economía circular. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación; Oficina de País de la Organización Internacional del Trabajo para Argentina.

Maletz, R. *et al.* (eds.) (2018), *Source Separation and Recycling*, Springer International Publishing.

Méndez-Fajardo, S., Böni, H., Hernández, C., Schlupe, M. & Valdivia, S. (2017), *Guía práctica para el diseño sistémico de políticas para la gestión de RAEE en países en vía de desarrollo*. Sustainable Recycling Industries (SRI).

Nonna, S., Waitzman, N. y Dentone, J. M. (2011), *Ambiente y Residuos Peligrosos*, Editorial Estudio.

Artículos

Bogale, Z. (2011), “E-responsibility: E-waste, international law and africa’s growing digital wasteland”, *U.C. Davis Journal of International Law and Policy*, 18(1), pp. 225-260.

Boland, P. M. (2004), “E-waste: The new face of transboundary pollution”, *Environmental Law Reporter News & Analysis*, 34(3), 10234-10246.

Chatterjee, S. (2013), “Toxic Technology: E-Waste Management in Developing Economies”, *Environment, Law and Society Journal (ELSJ)*, 1, 157-168.

Elisha, H. G. (2010), “Addressing the e-waste crisis: The need for comprehensive federal e-waste regulation within the United States”, *Chapman Law Review*, 14(1), 195-[ii].

Farías, R. (2012), “Derecho Ambiental. Marco Normativo para la Gestión de Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE)”, *Sup. Act.* 22/03/2012.

Fernández Protomastro, G. (2010), “El futuro de la industria del reciclado electrónico en la Argentina”, en *Los residuos electrónicos: un desafío para la sociedad del conocimiento en América Latina y el Caribe*, UNESCO.

Gaidajis, K. A. and Aktsoğlu D. (2010), “E-waste: Environmental Problems and Current Management”, *Journal of Engineering Science and Technology Review* 3, pp. 193-199.

Garcés, D., Silva, U. (2010), “Análisis de propuestas normativas para la gestión de residuos electrónicos de computadores en Latinoamérica”,

- en *Los residuos electrónicos: un desafío para la sociedad del conocimiento en América Latina y el Caribe*, UNESCO.
- Grasso, E. A. (2020), “La problemática de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE). ¿Es posible un sistema de gestión sostenible en nuestro país?”, *RDAMB* 62, p. 113.
- Katz, N. L. & Harrell, M. (2012), “Enforcement’s role in taming the global e-waste tsunami”, *United States Attorneys’ Bulletin*, 60(4), 63-79.
- Khan, S. (2016), “E-products, e-waste and the Basel Convention: Regulatory challenges and impossibilities of international environmental law”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 25(2), pp. 248-260.
- Krishna, M. & Kulshrestha, P. (2008), “The toxic belt: Perspectives on e-waste dumping in developing nations”, *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 15, 71-92.
- Kutz, J. (2006), “You’ve Got Waste: The Exponentially Escalating Problem of Hazardous e-Waste”, *17 Vill. Envtl. L. J.* 307.
- Lewis, J. (2008), “E-cemeteries: Where electronic waste never dies”, *Public Interest Law Reporter*, 13(2), pp. 177-185.
- Narváez, C. L., Peñalosa, B. V., Solanes, M. F. (2019), “Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos: ¿Existe un vacío legal? Su problemática en la Argentina”, *RDAMB* 60.
- Sabsay, D. A. y Di Paola. M. E (2002), “El Federalismo y la Nueva Ley General del Ambiente”, *Anales de Legislación Argentina*, La Ley.
- Sales, J. & Harte, A. (2019), “Review of the regulatory landscape on management of chemicals in Argentina”, *International Chemical Regulatory and Law Review*, 2019 pp. 114-119.
- Snider, L. (2010), “Framing e-waste regulation: The obfuscating role of power”, *Criminology and Public Policy*, 9(3), 569-578.
- Waitzman, N. y Vello, M. (2012), “Residuos Peligrosos Domiciliarios, hacia una gestión sustentable”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, Derecho Ambiental, Número especial a 20 años de la Ley 24051 de Residuos Peligrosos, Abeledo Perrot, 2012-IV.

Normativas nacional y local

Ley N°25612 Gestión Integral de los Residuos Industriales y de Actividades de Servicio.

- Ley N°25670 Gestión y Eliminación de PCBs.
- Ley N°24051 de Residuos Peligrosos.
- Ley N°25675 Gestión Sustentable y Adecuada del Ambiente.
- Ley N°25916 Gestión de Residuos Domiciliarios.
- Ley N°23992 aprueba el Convenio de Basilea sobre el Control de Movimientos Transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación.
- Ley N°1854 de Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Ley N°5991 de Gestión Ambiental de Pilas en Desuso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Ley N°2807 de Aparatos Electrónicos en Desuso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Ley N°14321 de Gestión Sustentable de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos de la Provincia de Buenos Aires.
- Ley N°7345 de Gestión y Tratamiento de los Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEE) de la Provincia de Chaco.
- Ley N°13940 de Gestión Integral y Sustentable de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos (RAEEs) de la Provincia de Santa Fe.
- Decreto Reglamentario 705/2011 de la Ley N°2807 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Resolución N°522/2016 sobre Estrategia Nacional de Manejo Sustentable de Residuos Especiales de Generación Universal del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable.
- Resolución N°313/2005 Registro Nacional de Poseedores de PCBs del Ministerio de Salud y Ambiente.
- Resolución N°355/2020 Registro Nacional Integrado de Poseedores de PCB (RENIPP) del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Normativa internacional

- Acuerdo sobre política MERCOSUR de Gestión Ambiental de Residuos especiales de Generación Universal y Responsabilidad Post-Consumo.
- Convención de Bamako sobre la prohibición de la importación a África y el control de los movimientos transfronterizos y la gestión de desechos.
- Convenio de Basilea sobre Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.
- Convenio de Estocolmo, sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes.

Convenio de Minamata sobre el Mercurio.

Convenio de Rotterdam, sobre Comercio de Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos.

Convenio de Viena y Protocolo de Montreal, para la Protección de la Capa de Ozono.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 2002/95/CE sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 2002/96/CE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE).

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 2006/66/CE relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 2011/65/EU sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Directiva 2012/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE).

La ficción en la norma fundamental de Hans Kelsen: según la teoría de la formalización normativa de Gilbert Simondon y las teorías de las ficciones jurídicas

*Sofía Paola Lorenzo**

Resumen

En este trabajo se estudia, a partir de las categorías desplegadas por Gilbert Simondon en su curso *Imaginación e Invención*, la norma jurídica como una formalización afecto-emotiva que permitiría no solo procesar los dramas afecto-emotivos que llegan a la órbita del Derecho, sino también dar cuenta de la obediencia al orden jurídico con validez formal tal como la plantea Hans Kelsen.

Palabras clave: proceso, Grundnorm, norma jurídica, ficción.

* Abogada argentina por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ayudante de la materia Teoría del Estado en la Facultad de Derecho (UBA). Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública y Becaria de investigación Ubacyt en el proyecto “La literatura y las formas jurídicas en la lengua del derecho: la administración de justicia como espacio dramático” (Ubacyt dirigido por Gonzalo S. Aguirre, Instituto “Ambrosio L. Gioja”) en cuyo marco se escribió este texto; sofialorenzo@live.com.

Fiction in Hans Kelsen Fundamental Law, According to the Formalization Norms of Gilbert Simondon and the Fictional Law Theories

Abstract

This article approaches, through the categories displayed by Gilbert Simondon in his *Imagination and Invention* course, the legal norm as an affect-emotional formalization that would allow not only to process affect-emotional dramas that reach the orbit of Law, but also to account for obedience to the legal order with formal validity as proposed by Hans Kelsen.

Keywords: Process, Grundnorm, Legal Norm, Fiction.

I. Introducción

Este artículo aborda la posible existencia de un proceso ficcional en la norma fundamental de Hans Kelsen. A tal fin, las investigaciones de Etienne Balibar, Paul Laurent Assoun y Rudolf Aladar Métall sirven como principal referencia acerca de la posible influencia de Freud en la obra kelseniana.

En cuanto al análisis del posible proceso ficcional, tanto la lectura de *La filosofía del “como si”* de Hans Vaihinger como de *La teoría de las ficciones* de Enrique Marí permiten precisar el alcance de la noción de *ficción* y de “como si” en la obra kelseniana.

A partir del estudio del trabajo de dichos autores se desprende la hipótesis principal de esta investigación. Según ella Kelsen le otorgaría validez al ordenamiento jurídico a través de una *ficción* formalizada en la norma fundamental. En este punto, las nociones de “formalización metrológica objetiva” y “formalización normativa subjetiva” que despliega Gilbert Simondon en su curso *Imaginación e Invención*, nos permitirán precisar el tipo de formalización realizada por Kelsen en la norma fundamental.

II. Acerca de la ficción jurídica

“Reflexiones en torno de la teoría de las clasificaciones jurídicas, con especial énfasis en la filosofía del ‘como si’ de Vaihinger” es un ensayo de

Hans Kelsen escrito previo a la elaboración de la *Teoría pura del derecho* en 1934. En este texto el autor repasa y analiza la teoría de las ficciones y filosofía del “como si” de Vaihinger. Según este autor la ficción tiene como objetivo la búsqueda de la verdad, aunque como medio sea una falsificación, “una contradicción, un artificio, un rodeo y un punto de tránsito del pensamiento”.¹ Sin embargo, Enrique Marí la define como un “procedimiento racional” que engendra las condiciones de su propia existencia y actúa “como si” tuviese existencia real. Así, se caracteriza por ser fundacional y autónoma, ya que no solo construye las condiciones de su propia existencia, sino que establece una realidad que se sustenta en aquellas.

III. Kelsen y Freud

La primera hipótesis de este proyecto proponía indagar si es a través de la noción de ficción que Hans Kelsen, en la *Teoría pura del derecho*, le otorga validez formal al ordenamiento jurídico a través de la norma fundamental. Habiendo despejado el concepto de ficción, para entender este punto es preciso situarse en 1921, año en el cual Sigmund Freud publica *Psicología de las masas y análisis del yo*. Si bien el autor desde 1919 pretendía explicar la psicología de las masas, no fue hasta el año siguiente que escribió su primer borrador que daría con la primera edición en 1921.² Este texto explica la cohesión de las masas basándose en el análisis del deseo de obediencia al *jefe* a través del estudio del funcionamiento de las instituciones del orden establecido. En una primera parte comienza extrayendo de otros autores de la psicología social definiciones acerca de la psicología de las masas en torno a la sugestión. Más adelante, utiliza a la Iglesia y al Ejército como modelos de masas artificiales para finalmente concluir que el deseo de obediencia se produciría por el proceso de “identificación”, es decir, “la

1. Kelsen, Hans, “Reflexiones en torno de la teoría de las clasificaciones jurídicas”, con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger, *Revista Crítica Jurídica*, número 18, 2001.

2. Freud, Sigmund, *Obras completas, Vol. 18. Más allá del principio de placer, Psicología de las masas y análisis del yo, y otras obras 1920-22*, Buenos Aires, Amorrortu, 1992, p. 66.

forma más originaria de ligazón afectiva”.³ Este mecanismo, que significa la más temprana exteriorización de una ligazón afectiva que da origen al *yo*, explicaría la cohesión de la masa a través de una regresión de tipo “paternal” que se produce durante el proceso. De este modo “la masa se nos aparece como un renacimiento de la horda primordial⁴ debido a que la identificación reemplaza a la elección de objeto⁵ de modo que el objeto se ha puesto en el lugar del Ideal del *yo*”.⁶ En consecuencia el “jefe”, o *conductor*, viene a representar la figura del padre, y la cohesión de la masa se mantiene gracias a que todos los miembros de la misma se igualan al renunciar a su ideal del *yo* y reemplazarlo por un Ideal común, es decir, el Ideal de la masa.

En noviembre de ese mismo año, Freud invita a Hans Kelsen a dar una conferencia sobre el escrito freudiano. En 1922, un año después, vuelve a ser invitado por el autor a expresarse respecto a su texto, pero esta vez en la revista que el mismo dirigía en aquel momento.⁷ En consecuencia, publica en el tomo VII de la revista *Imago* un ensayo más amplio que el brindado en la conferencia, titulado “El concepto de Estado y análisis de la psicología social (teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud)”. En aquel entonces Kelsen, principal redactor de la nueva Constitución y profesor en la Universidad de Viena, se hallaba preguntándose acerca del fundamento de obediencia al orden jurídico. En este ensayo, el autor realiza una crítica a la teoría de las masas al preguntarse si el Estado puede ser considerado como una *masa psicológica* gracias a la estructura que se desprende del análisis freudiano.⁸ Mientras que Freud en su *Psicología de las masas* se preguntaba acerca de los fundamentos de cohesión de la masa al jefe, Hans Kelsen le redirige esta pregunta pero ahora preguntándose acerca de los fundamentos de obediencia a la coacción jurídica. A pesar de que Freud parecería contestar afirmativamente esta pregunta, Kelsen considera

3. *Idem*, p. 101.

4. *Idem*, p. 117.

5. *Idem*, p. 100.

6. *Idem*, p. 107.

7. Balibar, Etienne, *Ciudadano Sujeto Vol. II*, Buenos Aires, Prometeo, 2014, p. 211.

8. Kelsen, Hans, “El concepto de Estado y análisis de la psicología social (teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud)”, en Correa, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 347.

inaplicable la caracterización psicológica del Estado, ya que no lo considera como una masa sino como una *idea-fuerza* que los individuos pusieron en el lugar de su ideal del Yo para poder identificarse entre sí.⁹ De ser una *masa psicológica* “no existiría diferencia importante entre nación, religión, Estado, ya que sólo cuenta aquí el proceso psicológico”.¹⁰

De este modo, no solo critica a Freud por intentar realizar una teoría estatal, sino que también critica a los sociólogos como Durkheim que entienden que la “fuente de todo lo que es coercitivo”¹¹ se situaría fuera del individuo. Es por ello que considera que le agrega un componente “externo” faltante en la teoría freudiana al presentar al Estado y al derecho como una identidad. De este modo denomina Estado a la “personificación ilustrativa del orden jurídico”¹² pretendiendo evitar la concepción del Estado y el derecho como una relación de dos objetos separados. Siendo así el Estado engendra la coerción o coacción porque es a la vez obligación jurídica (interna) y sanción estatal (externa).

La respuesta¹³ de Freud a la crítica kelseniana consiste en una nota al pie en la segunda edición de 1923 de su texto para mostrar su desacuerdo:

En contraste con una crítica, notable por inteligencia y agudeza, de Hans Kelsen, no puedo conceder que el hecho de dotar de organización a la psique colectiva signifique una hipostatización, es decir, que se le atribuya una independencia de los procesos psíquicos del individuo.

En este punto es preciso destacar que en 1920 Kelsen publica dos trabajos fundamentales. Por un lado, “Esencia y valor de la democracia” (el cual vuelve a publicarse en 1929 con una ampliación) y por el otro, “Socialismo y Estado”, reeditado en 1923, ambos publicados en la *Revista de Derecho*

9. *Idem*, p. 357.

10. *Ibidem*.

11. *Idem*, p. 363.

12. *Idem*, p. 369.

13. Assouf, Paul-Laurent, *Le desir de Constitution a l'épreuve de la psychanalyse: Freud avec Kelsen*, Université Paris Diderot.

Público que en aquel entonces él mismo dirigía.¹⁴ A su vez, en ese tiempo Kelsen dictaba un seminario al cual entre quienes asistían se encontraba su discípulo Fritz Sander. Respecto al mismo, según el testimonio de Métall,¹⁵ Kelsen le tenía gran aprecio y lo ayudó en el progreso de su carrera académica. Luego de que el autor lo recomendara para ocupar una cátedra, Sander lo acusa de haber tomado de él partes esenciales de su doctrina. Aquella acusación fue investigada por la Cámara Disciplinaria de la Universidad de Viena, la cual, tras dos meses y medio de investigación, rechazó como “totalmente infundada”.¹⁶ Al tiempo de la acusación de plagio, Fritz intentó volver a entablar una buena relación con Kelsen, pero dicho acercamiento no ocurriría hasta 1936.¹⁷ Sander siempre le había asegurado a Kelsen que lo encontraba como un “padre espiritual –en tanto siempre había odiado a su padre– y que sin él se hubiese perdido intelectualmente”.¹⁸ En este punto es posible, como establece Métall, que Kelsen pudo ver en el comportamiento de Sander un “caso de un complejo de Edipo no resuelto que podría explicarse por medio del psicoanálisis”.¹⁹

En 1920, Kelsen inducido por el abogado Hanns Sachs, asistió al seminario privado de Freud durante todo un semestre, aparentemente impulsado por intentar comprender la ambivalencia de la conducta de Sander. Pero no fue hasta 1921 que Kelsen entabla una relación con Freud y le consulta por casos personales.

En 1926, tres años después de la publicación de Kelsen en la revista *Imago*, comienza a desarrollarse un debate en torno a si el psicoanálisis debía ser aplicado únicamente por médicos. Esto se debe a que ese mismo año en Viena comienza el proceso judicial contra Theodor Reik,²⁰ quien ejercía

14. Métall, Aladar, *Hans Kelsen, vida y obra*, p. 46.

15. Métall, quien escribe su biografía, se sirvió de notas autobiográficas del mismo Kelsen y redactó el volumen bajo su supervisión.

16. Métall, Aladar, *Hans Kelsen, vida y obra*, p. 47.

17. *Idem*, p. 78.

18. *Ibidem*.

19. “Kelsen and his Circle: the Viennese Years”, *The European Journal of International Law*, Vol. 9, 1998, p. 382.

20. Al respecto no es menor indicar que Theodor Reik fue uno de los alumnos de Freud que estuvo presente en la discusión posterior a la conferencia brindada por

el psicoanálisis sin ser médico. De este modo, se le imputaba la transgresión de una ley austríaca que declaraba ilegal el tratamiento de pacientes por alguien que no tuviese el título de médico.²¹ En este contexto, Freud publica *¿Pueden los legos ejercer el análisis? Diálogos con un juez imparcial*.²² En este texto, dividido en siete partes, se desarrolla un diálogo con un interlocutor imparcial donde se desprenden los fundamentos de Freud respecto al ejercicio del psicoanálisis. Al respecto, Freud sostuvo en otros escritos, “Epílogo” (1927), y “El doctor Reik y el problema del curanderismo (Carta a *Neue Freie Presse*)” (1926), que el psicoanálisis no debía ser considerado como de competencia exclusiva de la medicina.

Pese a que algunos autores establecen que podría ser el fisiólogo Durig quien habría servido de modelo a Freud para “juez imparcial”, tanto Contri como Losano²³ establecen que habría sido Kelsen quien inspira esta figura. Esta afirmación se constataría con la siguiente cita del “Epílogo” que escribe Freud en 1927, un año después de su publicación:

Cuando creé la figura del interlocutor “imparcial” en mi alegato defensivo, imaginé frente a mí la persona de uno de nuestros altos funcionarios, un hombre de benévolas intenciones y de integridad poco común, con quien yo mismo mantuve una conversación sobre el “proceso Reik” y a quien luego, respondiendo a su deseo, hice llegar una pericia privada acerca de aquel.²⁴

Teniendo en cuenta que Kelsen en aquel tiempo era considerado uno de los más altos funcionarios de la República Austríaca y miembro vita-

Hans Kelsen acerca del texto de Freud *Psicología de las masas y análisis del yo* en 1921. Losano, Freud y Kelsen, p. 108.

21. Freud, Sigmund, *Obras completas, Vol 20. Presentación autobiográfica. Inhibición, síntoma y angustia ¿Pueden los legos ejercer el análisis? y otras obras*, Buenos Aires, Amorrortu, 1992, p. 168.

22. *Idem*, p. 165.

23. Losano, M. G., “Kelsen y Freud”, en Correas, O. (comp.), *El otro Kelsen*, 1977, *op. cit.*, p. 101.

24. Freud, Sigmund, *Obras completas, Vol 20. Presentación autobiográfica. Inhibición, síntoma y angustia ¿Pueden los legos ejercer el análisis? y otras obras*, Buenos Aires, Amorrortu, 1992, p. 235.

licio de la Corte Constitucional, no resulta extraño que haya sido aquel con quien conversa acerca del *proceso Reik*. Esto sumado al vínculo entre Freud y Kelsen, que se desarrolla desde 1921 hasta ese momento, confirmaría lo antes expuesto.

Entendemos que la crítica expuesta por Kelsen en su publicación en 1922 habría producido una influencia en Freud que lo llevaría a incorporarla en su teoría dando origen al “Superyó” en 1923. Este concepto que conforma la contrapartida en el inconsciente del monopolio de la violencia legítima que reclama el Estado, explicaría la coacción jurídica. La culpa en la teoría freudiana resulta primordial en tanto, como factor interno, se fundamenta en la necesidad de castigo. En consecuencia, el remordimiento o culpa es lo que llevaría a un individuo a cometer un delito para ser castigado por ese Superyó que encarna el Estado. De este modo Freud “pone al descubierto el propio *presupuesto* del Derecho: esa relación con la Ley que se basa en el *pacto con el Padre*. El auténtico lugar del “inconsciente del Derecho”.²⁵ Este concepto parece ser, a su vez, el que influiría a Kelsen en 1934 a elaborar la *Grundnorm* en la primera edición de su *Teoría pura del derecho*; la *Grundnorm* o “norma fundamental” es aquella que fundamenta la obligación jurídica originaria. Dado que esta norma constitucional está acompañada del monopolio de la fuerza del Estado, es su existencia condición para que el derecho se haga Estado y el Estado se haga derecho. En consecuencia, la sanción de una acción cualquiera de un individuo es lo que introduce al resto al orden jurídico, y al establecerse esa conducta como prohibida, los sujetos se encuentran obligados a obedecer para evitar su sanción.

IV. Kelsen y Simondon

En este punto, las nociones de “formalización metrológica objetiva” y “formalización normativa subjetiva” que despliega Simondon en su curso *Imaginación e Invención* nos permitirá precisar el tipo de formalización realizada por Kelsen en la norma fundamental.

Imaginación e Invención es un curso dictado por Simondon en la Universidad de La Sorbona en 1965-66. En este se consagra una hipótesis

25. Assoun, Paul Laurent, *Freud y las ciencias sociales: psicoanálisis y teoría de la cultura*, Ediciones del Serbal, 2003, p. 140.

fundamental para la teoría del autor. La misma establece que los aspectos de la imagen mental corresponden a etapas de una actividad única sometida a un proceso de desarrollo. De este modo, el texto se divide en una introducción y cuatro partes donde cada una representa una parte del proceso de la imagen cuyo devenir final es la invención.

El ciclo comienza con el nacimiento de la imagen. La misma es definida por el autor como un haz de tendencias motrices de anticipación a largo plazo de la experiencia del objeto.²⁶ De este modo, la primera parte se dedica a las “imágenes *a priori*”, es decir, las imágenes antes de la experiencia del objeto. En esta etapa Simondon intentará demostrar la existencia de una base biológica de lo imaginario anterior a la experiencia del objeto.²⁷ La segunda parte se dedica a las imágenes intraperceptivas. En esta parte se pasa a la actividad perceptivo-motriz, es decir, el curso de la interacción entre el organismo y el medio. Así, se convierte en sistema de recolección de las señales incidentes y permite a las actividades perceptivo-motrices ejercerse según un modo progresivo.²⁸ La tercera parte se dedica a las “imágenes *a posteriori*”. La misma se genera con la separación del sujeto nuevamente del objeto. De este modo, la imagen una vez enriquecida con aportes cognitivos e integrando la resonancia afectivo-emotiva de la experiencia, se convierte en símbolo.

Como etapa final, del universo de símbolos interiormente organizado que tiende a la saturación, nos encontramos con el proceso de invención que marca el final de una etapa y el inicio de otra. La invención es definida como “la aparición de la compatibilidad extrínseca entre el medio y el organismo y de la compatibilidad intrínseca entre los subconjuntos de la acción”.²⁹ Esta última etapa que produce un cambio en la organización del sistema, Simondon la clasifica en diferentes categorías. Por un lado, la invención elemental (conducta del rodeo y mediación instrumental); luego la invención que se apoya sobre los signos y símbolos, donde pueden distinguirse dos modos de formalización: la metrológica objetiva (de las técnicas a las ciencias) y la subjetiva (normativas y artísticas); y por último concluye con la invención como producción de un objeto creado o de una obra.

26. Simondon, Gilbert, *Imaginación e Invención*, Buenos Aires, Cactus, 2013, p. 72.

27. *Idem*, p. 41.

28. *Idem*, p. 83.

29. *Idem*, p. 158.

En este punto solo nos encargaremos de la invención que se apoya sobre signos y símbolos. De este modo, es preciso distinguir entre la invención *objetiva metrológica* y la invención *subjetiva normativa*. La imagen que recorre el circuito de la percepción llega a la invención, donde se pueden distinguir dos fases de la percepción: una de las fases es *afecto-emotiva* y la otra fase es *operatoria*. La fase operatoria según Simondon corresponde a los objetos técnicos, mientras que la fase afecto-emotiva es la fase de la acción. Nunca hay acción en la fase tecno-operatoria ya que la acción para Simondon existe únicamente cuando hay afecto-emotividad implicada. Es decir, solo ocurre en la fase afecto-emotiva dentro del nivel psico-colectivo. Según el autor, es posible identificar el derecho dentro de esta última fase.

El derecho, con el conjunto de un universo jurídico, es uno de los desarrollos contemporáneos de la formalización de la acción. Cada nueva extensión del campo de la acción humana está marcada por una invención que autoriza una sistemática de compatibilidad que engloba dicho campo (derecho internacional, luego derecho especial). En cada época, las invenciones normativas operan un descubrimiento de compatibilidad para modos de existencia que no tenían sentido ni punto de inserción en las estructuras normativas precedentes.³⁰

En la fase afecto-emotiva psíquico-colectiva, opera un circuito de invención a un nivel de acción. A través de la lectura de las categorías simondoneanas podemos situar la noción de normatividad como fase de la percepción, y por lo tanto como invención normativa. Entendemos que vía esta fase normativa de la percepción, podemos situar a Kelsen a través de la norma fundamental, ya que Simondon permitiría captar la condición de producción o generación de la ley. En términos de individuación, habría un proceso biojurídico que para ser operativo requiere del proceso de formalización.³¹

30. *Idem*, p. 178.

31. Aguirre, Gonzalo S. (2019), "Normatividad entre esteticidad y tecnicidad según Simondon: hacia una Estética del Derecho como Mecanología de las normas jurídicas", *ARS* (São Paulo), 17(35), 19-42. <https://doi.org/10.11606/issn.2178-0447.ars.2019.152462>.

Así, la siguiente fase que se desprende en este proceso es la formalización. En la misma es donde se consigue formalizar el proceso de invención. Esa formalización habilita el mundo de la prueba que es el mundo de la ciencia y el mundo del derecho. Entendemos en este punto que dada la formalización metrológica operatoria objetiva y dada la subjetiva afecto-emotiva normativa, la formalización realizada por Kelsen en la norma fundamental en principio tiene al menos una correspondencia con la formalización *subjetiva normativa* desarrollada por Simondon al tratarse de una invención normativa.

V. Conclusión

Es posible entender a partir de las categorías desplegadas por Simondon la norma jurídica como una formalización afecto-emotiva que permitiría no solo procesar los dramas afecto-emotivos que llegan a la órbita del derecho, sino también dar cuenta de la obediencia al orden jurídico con validez formal. Asimismo, el aporte de Freud nos permite distinguir una relación entre la *culpa* y la *necesidad de castigo*, ya que “la ley prescribe a la vez la obediencia y la transgresión, y en consecuencia ella misma engendra la culpabilidad que esta sanciona”.³² De este modo, mientras que en el esquema freudiano un individuo cometería una acción para ser sancionado por ese Superyó que ocupa el lugar del “inconsciente del derecho”, el esquema normativo kelseniano que reúne tanto la coacción como la obligación permite dar cuenta de que no bastaría con la existencia de un proceso interno (como la “necesidad de castigo” y el “miedo a la sanción”) para que se produzca la obediencia, sino que es necesaria la existencia de un factor externo formalizado como la coacción estatal para que haya obediencia al orden jurídico.

Sin embargo, si retomamos las preguntas de Freud y Kelsen acerca de los fundamentos de obediencia al jefe y al orden jurídico respectivamente, podríamos sostener que quizás en el ámbito del derecho este orden no tenga fundamento salvo el que se desprendería de una “ficción” que comprenda ambos factores. Esta ficción postularía que “el sentimiento de culpabilidad es idéntico a la necesidad de castigo y por lo tanto un llamado a la

32. Balibar, Etienne, *Ciudadano Sujeto Vol. II*, Buenos Aires, Prometeo, 2014, p. 245.

transgresión”;³³ de allí que quien porte consigo la “culpa” sea castigado por el Estado. De este modo, mientras que en el ámbito del psicoanálisis solo importaría la culpa como factor interno, en el ámbito del derecho el ordenamiento jurídico vendría a sancionar esa culpabilidad. Así, el *Urvater* sería en el psicoanálisis lo que la *Grundnorm* es en la órbita del derecho.

Bibliografía

- Aguirre, Gonzalo S. y Kessel, Christian (comp.), *Juicio, Proceso y Drama. Ensayos sobre estética y filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Aldina, 2017.
- Aguirre, Gonzalo S., “Normatividad entre esteticidad y tecnicidad según Simondon: hacia una Estética del Derecho como Mecanología de las normas jurídicas”, *ARS* (São Paulo), 2019, 17(35), 19-42.
- Balibar, Etienne, *Ciudadano Sujeto Vol. II*, Buenos Aires, Prometeo, 2014.
- Bardin, Andrea, *Epistemología e política in Gilbert Simondon. Individuazione, técnica e sistemisociali*, Vicenza, Fuoriregistro, 2010.
- Foucault, Michel, “Nietzsche, la genealogía, la historia”, en *Microfísica del Poder*, Madrid, La Piqueta, 1992.
- Foucault, Michel, *Nacimiento de la biopolítica*, Buenos Aires, FCE, 2007.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- Freud, Sigmund, *Psicología de las masas y análisis del yo*, Buenos Aires, Amorrortu, Buenos Aires, 2017.
- Freud, Sigmund, *Obras completas, Vol. 18. Más allá del principio de placer, Psicología de las masas y análisis del yo, y otras obras 1920-22*, Buenos Aires, Amorrortu, 1992.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica* (traducción de 1ª ed. alemana, Leipzig y Viena, 1934), Madrid, Trotta, 2011.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho* (traducción de 1ª ed. alemana en Argentina), Buenos Aires, Losada, 1941 y 1946.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho* (traducción de 2ª edición suiza de 1953, en francés), Buenos Aires, Eudeba, 1960.

33. *Ibidem*.

- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (traducción de 2ª edición alemana, Viena, 1960), México, UNAM, 1979, y Buenos Aires, Colihue, 2011.
- Kelsen, Hans, “El concepto de Estado y análisis de la psicología social (teniendo como referencia especial la teoría de las masas según Freud)”, *Imago*, 1922.
- Kelsen, Hans, “Reflexiones en torno de la teoría de las clasificaciones jurídicas, con especial énfasis en la filosofía del ‘como si’ de Vaihinger”, *Revista Crítica Jurídica*, número 18, junio 2001.
- Kelsen, Hans, “Validez y eficacia del derecho”, en Kelsen, Hans, Bulygin, Eugenio y Walter, Robert, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- Kelsen, Hans, “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, *Revista La Ley*, 1941, T. 24, p. 197.
- Kelsen, Hans, “Causalidad e imputación”, en *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Ariel, 1991.
- Koselleck, Reinhardt, *Historias de conceptos*, Madrid, Trotta, 2012.
- Lagi, Sara, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920)*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007.
- Laurent Assoun, Paul, *Freud y las ciencias sociales: psicoanálisis y teoría de la cultura*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 2003.
- Marí, Enrique, *La teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Eudeba, 2002.
- Marí, Enrique, *Papeles de filosofía*, Buenos Aires, Biblos, 1993.
- Rodríguez, Pablo, Blanco, Javier, Parente, Diego y Vaccari, Andrés (coords.), *Amar a las máquinas. Cultura y técnica en Gilbert Simondon*, Buenos Aires, Prometeo, 2015.
- Simondon, Gilbert, *Imaginación e invención*, Buenos Aires, Cactus, 2013.
- Simondon, Gilbert, *La individuación a la luz de las nociones de forma y de información*, Buenos Aires, Cactus, 2015.
- Simondon, Gilbert, *El modo de existencia de los objetos técnicos*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.

