

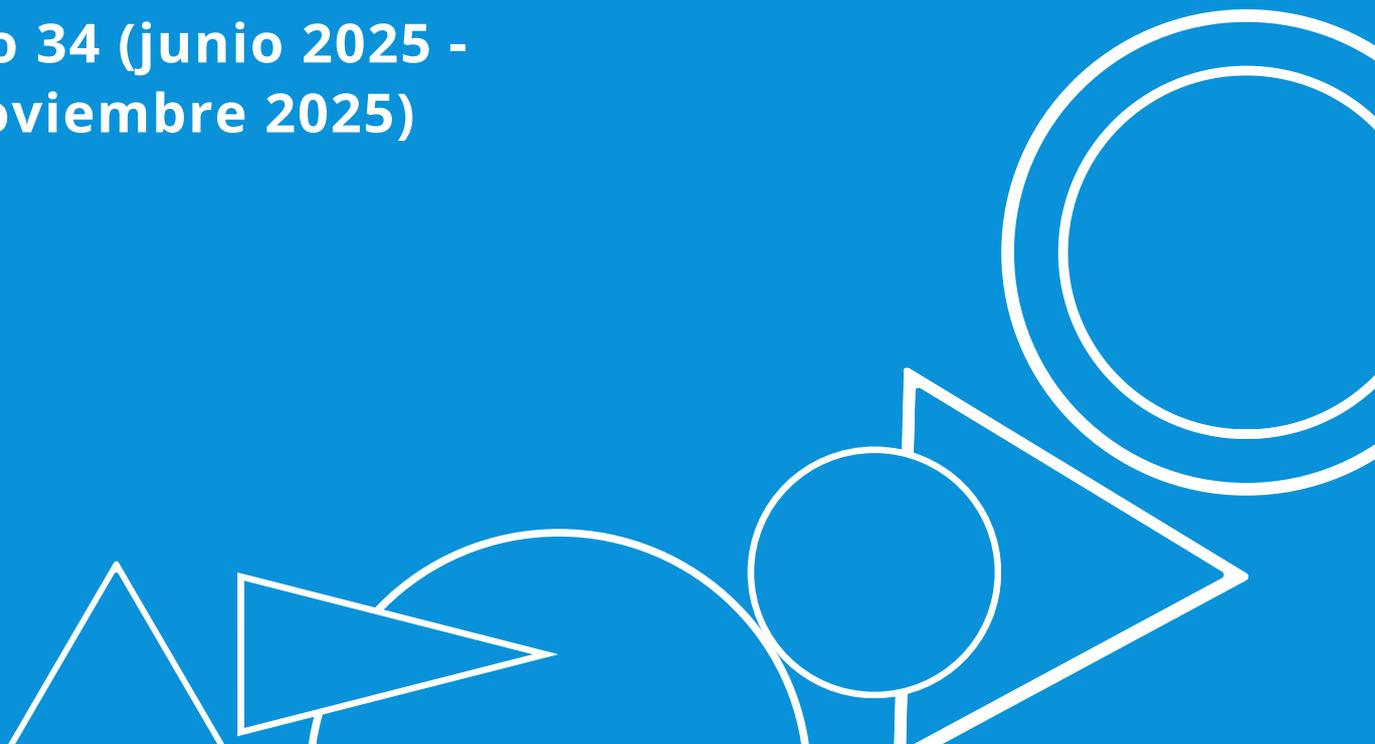
ISSN 1851-3069

R GIO
JA

REVISTA ELECTRÓNICA

Instituto de Investigaciones Jurídicas
y Sociales A. L. Gioja

No 34 (junio 2025 -
noviembre 2025)



**La importancia de dedicar un dossier sobre derecho de la vejez.
Un análisis desde la teoría trialista del derecho**

The importance of dedicating a dossier about Elder Law.
An analysis from the trialist theory of law

 **María Isolina Dabove**

Universidad de Buenos Aires
Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina
isolinadabove@gmail.com

Resumen: Este número especial está dedicado a la reflexión y al diálogo académico sobre las tres dimensiones que componen el derecho de la vejez y sobre las cinco cuestiones principales que constituyen su contenido: la persona mayor, los derechos de autonomía, los derechos de participación, los derechos de protección o cuidados y el acceso a la justicia. Las y los autores aportan los resultados de sus investigaciones referidas a aspectos centrales del derecho de la vejez.

Palabras clave: DERECHO A LA VEJEZ; TEORÍA TRIALISTA; DERECHOS HUMANOS

Abstract: This special issue is dedicated to reflection and academic dialogue on the three dimensions that make up the Elder Law and on the five main issues that constitute its content: the elder persons, the rights of autonomy, the rights of participation, the rights protection or care, and access to justice. The authors contribute the results of their research on central aspects of the Elder Law.

Keywords: ELDER LAW; TRIALISTIC THEORY; HUMAN RIGHTS

Fecha de recepción: 20/11/2024

Fecha de aceptación: 23/03/2025

Identificador doi: 10.62169/rg.i34.2834



La importancia de dedicar un dossier sobre derecho de la vejez. Un análisis desde la teoría trialista del derecho

María Isolina Dabove

I. Introducción

El derecho de la vejez es una rama jurídica transversal que se enfoca en los desafíos específicos que hoy plantea la longevidad humana. Entre los más relevantes se destaca el sostenido y feminizado crecimiento del envejecimiento poblacional a nivel mundial (gerontoglobalización) y el aumento geométrico de situaciones de abandono, invisibilización, maltrato o abusos hacia las personas mayores (viejismos).

En la Argentina, el derecho de la vejez nació a fines del siglo pasado (en los inicios de los noventa) y se consolidó durante el primer cuarto de este siglo XXI. Sus fundamentos y su alcance se organizaron gracias a los aportes de la teoría trialista del mundo jurídico de Werner Goldschmidt y Miguel Angel Ciuro Caldani y a la doctrina española de los derechos fundamentales y del derecho antidiscriminatorio anglosajón.

Así, esta rama estudia el proceso de envejecimiento y la vejez mediante el análisis de cinco ejes articulados entre sí: la persona mayor, los derechos de autonomía, los derechos de participación, los derechos de protección o cuidados y el acceso a la justicia (Dabove, 2021).

Dedicar un número especial de una revista jurídica como la del Instituto Gioja a este tema, permite dar lugar a la reflexión y al diálogo académico sobre las tres dimensiones que componen el derecho de la vejez y sobre las cinco cuestiones principales que constituyen su contenido.

La teoría trialista fue fundada por Werner Goldschmidt y actualizada por Miguel Angel Ciuro Caldani, profesores eméritos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Goldschmidt, 1986; Ciuro Caldani, 2020). En su desarrollo, también intervienen iusfilósofos formados en la Universidad Nacional de Rosario y en la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Azul). Esta escuela concibe el derecho como un fenómeno complejo, integrado por tres aspectos fundamentales: los hechos, las normas, y las valoraciones. La vejez no escapa a esta consideración, tal como veremos a continuación muy sucintamente.

II. Los hechos del derecho de la vejez

La realidad jurídico social se compone de interacciones, prácticas y situaciones concretas, que dan lugar a posibilidades y obstáculos para el desarrollo de la vida. Estas adjudicaciones pueden representar, o no, la aplicación de una norma. También, pueden constituir interacciones legítimas, o bien ser ilegítimas. En cualquier cosa, para el trialismo, la realidad jurídica no siempre va de la mano de la legalidad, o de la justicia pretendida en este campo.

En el contexto de la vejez, estos hechos incluyen las interacciones basadas en prejuicios negativos en torno a esta etapa de la vida, la jubilación, el incremento de problemas de salud, la pérdida de autonomía, la dependencia económica, la degradación ambiental, o la falta de espacios de inserción social para las personas mayores, entre otros, todo lo cual da lugar a constantes prácticas discriminatorias, viejistas que en nada promueven el desarrollo de la vida de las personas mayores.

Este número especial ofrece un panorama profundizado sobre algunas cuestiones jurídico-fácticas que la vejez entraña. También muestra un análisis detallado en torno a la manera en que ellas afectan la vida de las personas mayores. Esperamos así colaborar con académicos, administradores, legisladores y jueces a entender mejor la realidad de la vejez y a desarrollar estrategias jurídicas para los desafíos gerontológicos actuales.

III. Su sistema normativo

Conforme al positivismo, las normas jurídicas son esenciales para captar y encauzar el comportamiento humano en la sociedad y para establecer y garantizar formalmente los derechos de todos, incluyendo a las personas mayores. En este sentido, las leyes, y las demás fuentes normativas, deben adaptarse y evolucionar para responder a las necesidades específicas de la vejez.

Desde este espacio, esperamos promover la creación y el despliegue de un sistema normativo que aprehenda la problemática de la vejez en su complejidad y logre dar respuestas legítimas y eficaces en áreas como la seguridad social, atención médica, vivienda y protección contra abusos y explotación. También es nuestro deseo brindar herramientas doctrinales útiles para el análisis de las deficiencias actuales en la legislación en vigor, y aptas para proponer reformas que garanticen una mayor protección y bienestar para las personas mayores.

IV. Justicia gerontológica

La valoración es el resultado de la aplicación de criterios y principios generales de justicia que dan sentido al mundo jurídico, tanto respecto de su práctica como del ordenamiento normativo. En el derecho de la vejez, las libertades, la igualdad y la comunidad son componentes fundamentales para el sostenimiento de la dignidad humana en la vejez.

Desde este número especial, resaltamos la importancia de asumir criterios de justicia con enfoque gerontológico. El mundo geronto-globalizado de la actualidad, exige un nuevo derecho, acorde a los estándares de justicia consagrados en la *Convención Interamericana de Derechos Humanos de las Personas Mayores*, la cual tiene con jerarquía constitucional en la Argentina (Ley 27360 y 27700). Asimismo, es necesario explorar aún más las implicaciones valorativas y sociales

de las políticas y legislaciones actuales, y abogar por un sistema legal que respete y proteja a las personas mayores como ciudadanas plenas y valiosas de la sociedad.

V. Los aportes de este número

Como adelantamos anteriormente, este dossier incluye contribuciones de expertas y expertos nacionales e internacionales, los cuales enriquecen el debate sobre el derecho de la vejez desde diversas perspectivas. Mónica Ramos Toro y Francisco Gómez Nadal, desde España, argumentan en su provocador artículo “Las viejas y los viejos no son humanos” sobre la deshumanización que sufren las personas mayores, explorando cómo se les niega su dignidad y sus derechos básicos en muchos contextos, a causa de los prejuicios viejistas. Este trabajo contribuye a ampliar la mirada sobre la consideración de las personas mayores como fines en sí mismas (primer eje del derecho de la vejez).

Luz Melon, integrante del SPI en Derecho de la Vejez del Instituto Gioja, nos invita a una reflexión filosófica en “El dilema de la inmortalidad. ¿Qué será de los ‘struldbrugs’ que encontró Gulliver en el reino de Luggnagg?”, donde analiza las implicaciones de la inmortalidad y su relación con la dignidad y los derechos de las personas mayores. Este texto no ayuda a pensar acerca de la vejez en el marco del curso de vida humana completado y sobre el rostro de la dignidad en la vejez.

Por otro lado, Beltrina Corte y Maria Elisa Gonzalez Manso, desde Brasil, en su artículo “El conocimiento como estrategia de fortalecimiento de los derechos humanos de la persona mayor”, destacan la importancia del acceso a la educación y la información como herramientas fundamentales para empoderar y proteger a las personas mayores. Esta investigación, junto con la de Luz, ponen de resalto la necesidad de trabajar sobre el concepto de autonomía de las personas mayores (segundo eje del derecho de la vejez).

Florencia Vazzano, desde la Facultad de Derecho de la UNICEN, Argentina, aborda los “Derechos de participación de las personas mayores: pertenencia e

interacción en la vejez”. Aquí subraya la necesidad de garantizar espacios y mecanismos que permitan a las personas mayores participar activamente en la sociedad, contribuyendo así a su sentido de pertenencia y bienestar.

Ángela Arenas Massa y Jaime Phillips Letelier, desde Chile, nos ofrecen una “Participación social de las personas mayores en Chile: una mirada de gobernanza”, donde analizan las políticas y prácticas actuales en Chile que promueven la inclusión y participación social de las personas mayores, proponiendo mejoras basadas en principios de gobernanza inclusiva. Estos dos últimos trabajos contribuyen a ampliar el enfoque de los derechos de participación e inclusión, tercer eje del derecho de la vejez.

Finalmente, Martín Ava y María Perla Goizueta, integrantes del Seminario Permanente de Investigación en Derecho de la Vejez del Instituto Gioja, en su artículo “Las personas mayores frente a la emergencia climática” discuten la vulnerabilidad de las personas mayores ante los desafíos del cambio climático. También proponen estrategias para su protección y adaptación, asegurando que sus derechos no sean olvidados en la lucha contra este problema global. En este estudio, se pone de resalto la urgencia de abordar los derechos de cuidados desde una perspectiva integral y transversal, tal como lo hacemos desde el cuarto eje del derecho de la vejez.

Todos los trabajos, además, hacen referencia a la cuestión del acceso a la justicia, estableciendo su vínculo con el quinto eje del derecho de la vejez, anunciado al principio de este texto.

VI. Conclusiones

Ojalá este número fomente en cada lector, y en cada lectora, una comprensión más completa y matizada de los desafíos que enfrentan las personas mayores. Al integrar los hechos, las normas y las valoraciones, la teoría trialista del derecho ofrece un marco adecuado para analizar y abordar estos desafíos de

manera integral. Sin embargo, otras interpretaciones iusfilosóficas son también posibles.

Es fundamental que la academia y los operadores jurídicos presten atención a esta área para construir un sistema legal más justo e inclusivo, que asegure el bienestar y la dignidad de las personas mayores en nuestra sociedad.

En suma, un enfoque especializado y dedicado a los derechos de la vejez en una revista jurídica no solo expande el conocimiento y la práctica del Derecho. También contribuye a la construcción de una sociedad más equitativa y respetuosa con todos sus miembros, independientemente de su edad.

Referencias bibliográficas

- DABOVE, María Isolina (2021). *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*. Astrea.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1987). *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes* (6ta. ed.). Depalma.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel (2020). *Una teoría trialista del derecho*. Astrea.

Las viejas y los viejos no son humanos

Older persons are not humans

 **Mónica Ramos Toro**

Grupo Social UNATE, España
mramostoro@unate.es

 **Francisco Gómez Nadal**

Grupo Social UNATE, España
coordinacion@unate.es

Resumen: En nuestro tiempo histórico a los derechos se entra desde el empleo. Si no producimos, solo podemos aspirar al *derecho de los vulnerables*, lo que según Frantz Fanon, categoriza a las personas mayores como *subhumanos* quedando fuera del marco de los Derechos Humanos. Este artículo parte de teorías críticas del derecho y decoloniales para enmarcar las vejezes como una categoría de exclusión que intersecciona con estructuras de jerarquización social y epistemológica del sistema-mundo occidental: patriarcado, racismo y colonialidad. Muestra la única herramienta internacional que aborda los derechos humanos de las personas mayores (Convención Interamericana), aunque no implica ninguna sanción ante su incumplimiento. Además, revisamos Conferencias Internacionales sobre derechos de las personas mayores y derechos de las mujeres, las primeras carentes de un enfoque feminista, lo que invisibiliza a las mujeres, y las segundas, sin un análisis de curso vital, lo que invisibiliza a las "viejas".

Palabras clave: DERECHOS HUMANOS; PERSONAS MAYORES; MUJERES MAYORES; COLONIALIDAD; FEMINISMO.

Abstract: In our historical time, full civil and political rights come from employment. If we do not produce, we can only aspire to the *rights of the vulnerable*, which according to Frantz Fanon, older persons could fall into the category of subhumans and would remain outside the framework of Human Rights. This article is based on critical theories of law and decolonial perspective to frame

old age as one of the categories of exclusion that intersects with structures of social and epistemological hierarchization of the Western world-system: patriarchy, racism and coloniality. It shows the only international tool that addresses the human rights of older persons (Inter-American Convention), although it does not imply any sanction for non-compliance. In addition, we review the International Conferences on the rights of older people and women's rights, the former lacking a feminist approach, which makes women invisible, and the latter, without a life course analysis, which makes "old women" invisible.

Keywords: HUMAN RIGHTS; OLDER PERSONS; OLDER WOMEN; COLONIALITY; FEMINISM.

Fecha de recepción: 03/10/2024

Fecha de aceptación: 07/02/2025

Identificador doi: 10.62169/rg.i34.2835



Las viejas y los viejos no son humanos

Mónica Ramos Toro y Francisco Gómez Nadal

I. Introducción

Parte del imaginario fomentado por la Modernidad eurocentrada se basa en una idea “universal” de lo que se ha dado en llamar Derechos Humanos. Una especie de mantra que sirve para todo, pero suele ser papel mojado para casi todas las personas. Los “Derechos Humanos”, así con mayúscula, están en boca de cargos políticos, responsables de ONGs, artistas, activistas e, incluso —y paradójicamente— en boca de las víctimas de las violaciones de los derechos humanos.

Julia Aguiar (2021) nos recuerda que una de las funciones clave del Derecho en el Estado-Nación es que compartamos ciertas ‘ficciones’ —“como la ‘igualdad’, o la ‘libertad’”—. Y, al referirse a los derechos humanos, explica:

“La visión tradicional, que es actual, sostiene por sobre todas las cosas que los derechos humanos, además de ser derechos fundamentales o ‘más derechos’ que otros, son inherentes a la persona humana, y consecuentemente universales. ‘Nada ni nadie puede ir contra dicha `esencia’, ya que al hacerlo pareciera que atentamos contra las propias características de la `naturaleza’ y la dignidad humana universales” (p.91).

La propia esencia de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” y la literatura que existe al respecto insiste en que estos derechos son universales, inalienables, indivisibles e interdependientes. Es mucho decir. De hecho, lo que ponemos en cuestión en este texto es, precisamente, que estos ‘derechos humanos’ sean inherentes a todos los seres humanos o que la dignidad humana esté condicionada por este marco legal.

Una de las formas de alimentar esta visión nada romantizada de los DDHH desde la sociología más crítica, como la de Joseba Gabilondo (2019), es considerar que los derechos humanos se han convertido en una “infraestructura” que ya “no emociona a nadie y no ayuda a avanzar”:

“[d]esde la década de los noventa tenemos la intuición de que los derechos humanos y la democracia son estructuras que el neoliberalismo ha erosionado, desmontado y derribado para pasar a darles una existencia marcadamente simbólica a pesar de la insistencia en su universalidad (el racismo, la homofobia, el sexismo, la opresión de clase... siguen ahí)” (p.8).

Críticas como la anterior, o como las que llegan desde las teorías críticas del derecho, y, en concreto, de las teorías críticas sobre el derecho de los Derechos Humanos, atacan estos ‘principios’ aparentemente consensuados y, lo hacen, principalmente, desde los países del Sur Global. No es casualidad. La trazabilidad del marco internacional de los derechos humanos vigente en 2023 nos lleva hasta Europa, hasta Francia, con:

“la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (...) un claro ejemplo de cómo los hoy llamados derechos humanos fueron originalmente pensados para beneficio del varón, blanco, europeo y con un determinado status socioeconómico” (Aguar, 2021, p.93).

Esta ruta nos llevaría después hasta la sede de la ONU y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Pero, la realidad es que como afirma Alan Arias (2015):

“los Derechos Humanos son controversiales y para nada autoevidentes. Así lo enuncia la teoría crítica en clara contraposición a la afirmación que el discurso dominante juricista (naturalista y/o liberal) ha planteado y que provoca la ficción de que los Derechos Humanos son universales y obvios, existentes en los individuos por el hecho de ser personas humanas; derivados de la razón, racionales en sentido fuerte y, por tanto, que no son ambiguos, ni objeto de controversia. Estas pretensiones universalizantes y la generalidad relativamente sin límites de sus

contenidos posibles, convierte cualquier indagación o conversación acerca de los Derechos Humanos en un conjunto práctico y discursivo inabarcable; lo que origina, tanto en la experiencia práctica como teórica, una ausencia de acuerdo respecto de lo que los Derechos Humanos son en realidad” (p.14).

O, al menos, genera ese desacuerdo en las periferias académicas o en el extrarradio de las narrativas hegemónicas.

Si nos agarramos a estas teorías críticas sobre los derechos humanos afirmaremos que:

“hay que romper con las visiones sustancialistas que se adjudican principalmente roles normalizados, estáticos, apriorísticos y previos, pero que ignoran sus facetas relacional, conflictiva, procesal y de permanente dinámica de construcción espacio-temporal y contextual” (Sánchez Rubio, 2010, p.57).

Una de las discusiones más significativas en esta realidad relacional y conflictiva es la de determinar quién es humano. Parece obvio —¡cuidado con lo ‘obvio’!— y fuera de lugar en el siglo XXI plantear este debate. Por desgracia, no es así. La “Declaración Universal de los Derechos Humanos” proclamada por Naciones Unidas en 1948 pretende ‘igualar’ a los miembros de la especie al asegurar, en su artículo 2, que:

“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (Naciones Unidas, 1948).

Obviemos de momento —sólo de momento— el hecho de que olvide la edad como un elemento a tener en cuenta en su ‘distribución’ ‘universal’ de la igualdad. Sin embargo, no podemos pasar por alto que el concepto ‘persona’ vigente en Eurooccidente y que inspira el documento suscrito en la ONU arrastra la noción de ‘ser humano’ que ya se definió en la Controversia de Valladolid, ese debate fundacional de la Modernidad que tuvo lugar en dicha ciudad española desde el 15 de agosto de 1550 al 4 de mayo de 1551. La narrativa simplificada de lo allá

acontecido sitúa en los extremos del debate a un “defensor de los *naturales* [indígenas]”, Bartolomé De las Casas, frente a un defensor de la conquista al margen de las leyes que regían en las coronas de Castilla y Aragón, Juan Ginés de Sepúlveda. Pero lo que se dirimía allí, de fondo, era el carácter humano o no humano de esos indígenas. El resultado se puede interpretar desde diferentes perspectivas, pero podríamos decir que, en principio, ganaron las tesis de De las Casas que situaba a los indígenas cerca de la ‘humanidad’, tanto que con sólo ‘civilizarse’ —cristianizarse— deberían poder disfrutar de todos los derechos —el derecho de propiedad era uno de los más debatidos en aquel proto capitalismo moderno, tanto que el papa Pablo III lo puso en primera línea en su bula *Sublimis Deus*, el texto que otorgaba carta de ‘humanidad potencial’ a los indígenas en 1537—. Mientras tanto, mientras no abrazaran la fe ‘verdadera’, los indígenas eran vistos como ‘subhumanos’, cerca de una ‘infancia’ vulnerable y necesitada de tutela, tarea que recaería, evidentemente, en los misioneros que caminaban junto a los conquistadores. Si hacemos un brevísimo paréntesis sobre los grupos poblacionales ‘tutelados’ a lo largo de los últimos siglos —incluso cuando han luchado para no serlo— nos encontramos a quienes son el eje del sistema patriarcal de jerarquías y exclusiones —las mujeres—; a quienes aún no pueden ser productivas o a las que han dejado de serlo —niños, niñas, adolescentes y viejas y viejos—; a las que no pueden ser ‘tan’ productivas —personas con diversidad funcional—, y a las que nos dan miedo —personas con problemas de salud mental, aquellas privadas de libertad, las ‘contagiosas’...—.

Peor suerte tuvieron los moriscos peninsulares que, después de abandonar su fe —el Islam— y abrazar la ‘verdadera’ fueron expulsados de manera masiva de Europa a partir de 1609 ya considerados ‘animales’ sin remedio. Sería la misma fórmula utilizada para las africanas y africanos extirpados de sus territorios para ser vendidos y tratados como bienes muebles: el ‘otro’ animalizado, despojado de

su humanidad, es el que es prescindible, en palabras de Agamben (2006)¹. Claro que es precisamente Agamben el que va más allá de las teorías críticas del derecho que hemos citado y asegura que “la política occidental es desde el inicio una biopolítica y, de esta forma, hace vano cualquier intento de fundar las libertades políticas en los derechos del ciudadano” (p.230).

Es decir, que a la ficción de los ‘derechos del ciudadano’ —así, en masculino— relacionados con el Estado-Nación liberal burgués se le sumó la ficción ‘universal’ de los derechos humanos que, aunque ha empujado la frontera conceptual de los derechos formales, no logra su objetivo declarado porque en la gestión biopolítica del poder —o del necropoder si nos ceñimos a las hipótesis desde el Sur Global de pensadores como Achille Mbembe— uno de los privilegios del Estado-Nación y de sus dispositivos jerarquizantes es definir quién es ser humano o, como mínimo, quién está dotado de más humanidad que otro ser, y eso significa determinar qué vidas valen más que otras y cómo gestionarlas.

II. Ser humano

Determinar quién es realmente humano no es un asunto baladí, ya que determinaría, en la lógica de Naciones Unidas, quién debería ser sujeto de los “derechos humanos universales”, quién es “persona”, miembro de la “familia humana” —como denomina a la especie la ONU en su preámbulo—. Esta tarea definitoria es tan determinante que, en conflictos violentos contemporáneos, seguimos asistiendo a la animalización de El Otro como paso previo a su aniquilación². ¿Eran consideradas humanas las 7291 personas mayores que

¹ Giorgio Agamben (2006) alertaba de que “es como si toda valorización y toda ‘politización’ de la vida (tal como está implícita, en el fondo, en la soberanía del individuo sobre su propia existencia) implicase necesariamente una nueva decisión sobre ese umbral más allá del cual la vida deja de ser políticamente relevante” (p.176).

² El 9 de octubre de 2023, el ministro de Defensa de Israel, Yoav Gallant, justificaba la interrupción del suministro de combustible, electricidad y alimentos a la Franja de Gaza. “Estamos luchando con animales humanos y actuaremos de la misma manera”.

murieron en Madrid entre marzo y abril de 2020, en la primera ola de la COVID en España, abandonadas en residencias donde vivían ‘tuteladas’, tras la aplicación de un protocolo emitido por la Comunidad de Madrid que recomendaba que no fueran trasladadas a hospitales si tenían deterioro cognitivo o problemas graves de movilidad?

El asunto es especialmente delicado cuando hablamos de personas que no son aceptadas o tratadas como sujetos de derechos. Como apunta Lewis Gordon (2013):

“el problema de enfrentar las ‘personas problemáticas’ es cómo ser accionales, pues viven en un mundo en el que la afirmación de su humanidad es considerada una contradicción del sistema, ‘afirmar’ su humanidad es estructuralmente ‘violento’, ‘injusto’, ‘incorrecto’, ‘no merecido’ y ‘no liberal’” (p.146-147).

Por eso, en este texto, afirmamos con una negativa la ‘humanidad’ de un grupo poblacional que muchas veces siente que ‘no merece’ tal reconocimiento pleno: las personas mayores y, entre ellas, afirmamos la humanidad con especial ahínco de las mujeres mayores y de todas las mayores no productivas desde la óptica economicista.

Frantz Fanon, el intelectual, militante anticolonial y psiquiatra de Martinica, nos entregó un legado muy valioso para intuir cómo opera el biopoder occidental en esta materia. Tal como presenta Antoni Jesús Aguiló (2019), Fanon describe:

“dos zonas ontológico-existenciales contrapuestas que establecen la línea divisoria entre lo humano y lo subhumano: la zona del ser y la zona del no ser. Las zonas no constituyen lugares geográficos específicos, sino posiciones de poder en un complejo entramado de relaciones y jerarquías naturalizadas que a escala global se traducen en intercambios desiguales entre el centro y la periferia, y a escala local entre grupos jerarquizados”.

Las zonas del ser son aquellas donde los seres humanos tienen acceso a los derechos positivados en convenciones, declaraciones, y leyes. Es una ‘zona’ de

privilegios donde se puede ser “opresor”, pero también “sujetos subalternos”. Como explica Aguiló (2019):

“mientras en las zonas de ser los conflictos se gestionan a través de mecanismos de regulación y emancipación, a través de códigos jurídicos, espacios de negociación y acciones políticas, en las zonas de no ser la gestión del conflicto se produce mediante el estado de excepción, violaciones sistemáticas de los derechos humanos y el recurso a lógicas de apropiación y violencia”.

En la ‘zona del no ser’ cohabitan los considerados como no humanos (personas racializadas, esclavizadas, etcétera) y los subhumanos (están en el límite y pueden salir de la zona del no ser siempre que cumplan con una serie de parámetros establecidos por ese marco cultural y legal que determina quién es humano (en lenguaje colonial: civilizado) y quien no alcanza la condición.

Sin embargo, Fanon (2009), que luchaba por la liberación y sabía detectar muy bien las ‘máscaras’ —volvemos aquí a las ‘ficciones’—, consideraba que la ‘zona del no ser’, aun siendo “una región extraordinariamente estéril y árida”, puede convertirse en “una rampa esencialmente despojada desde la que puede nacer un auténtico surgimiento” (p.42). Es decir, la potencialidad de ‘surgimiento’ de quienes habitan la ‘zona del no ser’ es no sólo inmensa sino insospechada —lo que la hace más potente como palanca de cambio—.

En la ‘zona del no ser’ interseccionan varias jerarquías de exclusión, siendo las dos principales racismo y patriarcado, pero sumándose otras como condición de clase, género o, y este es uno de nuestros aportes, la edad. Paco Gómez Nadal (2015) recoge la manera en que Ramón Grosfoguel enumera y describe las 14 jerarquías de la colonialidad que siguen operando en nuestro tiempo. Alcanza a rescatar como 14 y última la “[J]erarquía de edad occidentalizada, con la imposición de una edad adulta-productiva entre los 16 y los 64 años que deja por fuera de lo útil a niños y ancianos” (p.121). Ramón Grosfoguel (2011), que detalla con precisión esas jerarquías de exclusión y opresión, también señala algo de suma

importancia: “La interseccionalidad es diferente en la zona del ser en comparación con la zona del no-ser” (p.99). Es decir, ni siquiera en este caso hay realidades ‘universales’ y los elementos de exclusión o de ‘expulsión’ del mundo positivado del marco internacional de los derechos humanos son diferentes dependiendo de la zona que habitemos (conceptual o físicamente).

III. Las viejas y los viejos

Siguiendo este hilo argumentativo, las denominadas como personas mayores —un grupo poblacional tan diverso y complejo como el de las personas racializadas o las que se identifican con las luchas LGTBIQ+— podrían ser consideradas como subhumanas en el esquema fanoniano, siempre que distingamos claramente que hay personas mayores que habitan la ‘zona del ser’ —los propios protagonistas de la gerontocracia masculina financiera y política del Norte Global— y una inmensa mayoría de personas que interseccionan la edad con la situación económica, de género o de racialización —entre otras categorías— que están, unas, en los límites de la ‘zona del no ser’ y, otras, en la “región extraordinariamente estéril y árida” de la profundidad del no ser.

El derecho clásico liberal parece reservar los derechos que denominamos como “humanos” para aquellos colectivos que considera ‘vulnerables’. Es decir, un varón blanco adulto, con empleo digno y que vive en un país donde se pueden ejercer los derechos civiles y políticos no se plantea si se están respetando o no sus derechos humanos. Pero el propio concepto de vulnerabilidad —con el que una corriente hegemónica identifica a las personas adultas mayores— ya es de extrema conflictividad. Cometemos un error fatal si consideramos a las personas ‘vulnerables’ como “absoluta o relativamente incapaces de proteger sus propios intereses. Específicamente, pueden tener insuficiente poder, inteligencia, educación, recursos, fuerza u otros atributos necesarios para proteger sus

intereses” (Axel y Farrel, 1997, p.20). Primero porque, como señala Miguel Kottow (2012), se presenta una doble falacia:

“...por confundir vulnerable con vulnerado, ya que el sufijo *ble* ‘indica posibilidad pasiva, es decir, capacidad o aptitud para recibir el verbo’. Y segundo, al deducir que todo vulnerable/vulnerado es imputado como incapaz de tomar decisiones autónomas, como si todo daño —corpóreo, psíquico o social— implicara sin más la pérdida de la competencia mental” (p.30).

Podemos coincidir en que semánticamente³ hay un abismo entre colectivo o persona en vulnerabilidad (daño potencial) y colectivo o persona vulnerada (daño instalado) pero queremos señalar que la confusión entre ambos términos es intencional. Así, podemos intuir que la calificación habitual de las personas mayores como ‘seres vulnerables’ logra situarlas fuera de la ‘zona del ser’ y trata de quitarles su agencia a la hora de continuar ejerciendo sus derechos en plenitud. Si seguimos el enfoque de curso de la vida, no habría ninguna razón para que una persona al pensionarse —los hombres y mujeres con empleo fuera de casa se hacen ‘viejos’ al pensionarse; las mujeres que se dedican a los cuidados no remunerados son hechas viejas sin derecho a pensión— dejara de tener ¿y ejercer? los derechos que venía detentando como adulta, en caso de pertenecer a la ‘zona del ser’. Es decir que, al clasificarnos como ‘viejos’ o ‘viejas’ se dan varias operaciones: dejamos de ser útiles, salimos de la universalidad porque nos convertimos en cuerpo individual vulnerable, podemos pasar a la ‘zona del no ser’ si no acumulamos poder, riqueza y fama, debemos de estar atentas a las intersecciones porque la edad no va a ser el único elemento que nos aleje de los derechos humanos.

³ La producción académica en torno al concepto de vulnerabilidad es apabullante. Desde CEPAL, por ejemplo, se define la ‘vulnerabilidad social’ como “conjunto de características no idiosincráticas que generan debilidad, desventaja o problemas para el desempeño y la movilidad social de los actores (sean estos personas, hogares o comunidades) y que actúan como frenos u obstáculos para la adaptación de los actores a los cambiantes escenarios sociales” (Rodríguez Vignoli, 2001, p.18).

IV. Edad y derecho(s)

Las personas adultas mayores habitan un espacio ‘legal’ parecido al que deben superar las personas menores de edad. Una de las diferencias, en todo caso, es que a niñas, niños y adolescentes, una vez superado el tránsito de lo ‘improductivo’ se les da la bienvenida en la ‘zona del ser’ y se les asegura que ya son sujetos de pleno de derecho —en una narrativa demasiado ligada al concepto de ciudadanía plena, mayoría de edad y empleo—; mientras, a muchas personas mayores, se las expulsa de la ‘zona del ser’ una vez que dejan de ser productivas y se las califica como ‘vulnerables’, lo que activa mecanismos de gestión de población superflua o de vidas superfluas.

Si hay un sociólogo que ha trabajado esta idea de vidas superfluas es Zygmunt Bauman (2005) que, en su libro *Vidas desperdiciadas*, trataba de responder las preguntas: ¿Qué hacer con los residuos que genera inevitablemente el sistema de vida característico de la modernidad? ¿Cómo gestionar lo que ya no sirve, lo que ya no vale, lo que ya no puede integrarse funcionalmente en el sistema moderno de vida, aunque en algún momento del proceso haya sido necesario para la propia supervivencia de tal sistema? En definitiva, ¿cómo eliminar los desechos que han sido generados en la producción de los objetos que componen nuestro mundo moderno? O, al menos, ¿cómo hacerlos no molestos, no visibles a los ojos del grupo de seres privilegiados [los que habitan la ‘zona del ser’] que disfrutaban cómodamente de las ventajas de la modernidad?

Bauman se responde certeramente en esta cita que, aunque extensa, merece la pena:

“Ser ‘superfluo’ significa ser supernumerario, innecesario, carente de uso —sean cuales fueren las necesidades y los usos que establecen el patrón de utilidad e indispensabilidad—. Los otros no te necesitan; pueden arreglárselas igual de bien, si no mejor, sin ti. No existe razón palmaria para tu presencia ni obvia justificación para tu reivindicación del derecho de seguir ahí. Que te declaren superfluo significa

haber sido desechado por ser desechable, cual botella de plástico vacía y no retornable o jeringuilla usada; una mercancía poco atractiva sin compradores o un producto inferior o manchado, carente de utilidad, retirado de la cadena de montaje por los inspectores de calidad. ‘Superfluidad’ comparte su espacio semántico con ‘personas o cosas rechazadas’, ‘derroche’, ‘basura’, ‘desperdicios’: con residuo. El destino de los desempleados, del ‘ejército de reserva de trabajo’, era el de ser reclamados de nuevo para el servicio activo. El destino de los residuos es el basurero, el vertedero” (p.164).

Las personas adultas mayores, en su mayoría, pasan a embolsar este inmenso conjunto de subhumanos, esta población superflua que supone ‘un problema’ que hay que ‘gestionar’. Y eso se nos repite de forma permanente. El mantra de los ‘inviernos demográficos’, de la inversión de la pirámide demográfica, de las ‘crisis’ de los sistemas de pensiones, del alto costo que tiene atender las enfermedades de larga duración o el sistema de atención a la denominada como ‘dependencia’ — cómo si todos los seres humanos no fuéramos dependientes desde el día del nacimiento y a lo largo de todo el curso de la vida...—, el mantra que remarca el carácter de ‘residuo no aprovechable’ de la persona adulta mayor es mucho más poderoso que el marco jurídico internacional de los derechos humanos que, por otra parte, sólo cuenta con una débil herramienta referida específicamente a las personas adultas mayores⁴.

La gestión de estos ‘residuos’ —o ‘vidas superfluas’— funciona igual que la gestión de las ‘basuras’. Dependiendo de la riqueza del país del que hablemos y de la concienciación ‘ecológica’ de la sociedad referida, veremos mejor separación de tipos de ‘basura’ para así ser más eficientes en la gestión de lo que se puede o no se puede reciclar. También hay una dependencia de los avances tecnológicos destinados a ampliar el espectro de objetos reciclables y la posibilidad de un

⁴ Se trata de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada en la Organización de Estados Americanos (OEA) en junio de 2015 y que en estos 8 años sólo ha conseguido la ratificación —sin entusiasmo— en 11 de los 35 estados de la región.

segundo uso. Las sociedades menos ricas confían la gestión de recursos a la inventiva o a la (i)rresponsabilidad de las personas adultas (quema de basuras, deshechos en ríos, vertederos legales o ilegales...).

En el caso de los ‘residuos’ humanos la gestión es similar. Sociedades más ricas y concienciadas gestionan modelos de cuidados y residencias que acercan a la persona mayor a la ‘humanidad’, promueven la Atención Centrada en la Persona — la existencia de este modelo ya anticipa que hay otros que no consideran personas, sino ‘problemas, a las personas mayores cuidadas— e invierten recursos y esfuerzos al abordaje de retos como la soledad no deseada o la salud mental de las personas adultas mayores. Allá donde hay menos riqueza y menos concienciación se fía la gestión de los ‘residuos’ a las familias, se les asigna fondos de miseria para evitar su muerte indecorosa y/o pública, o se confina a las personas mayores ‘dañadas’ —aquellas cuyas vidas ya fueron vulneradas— en ‘asilos’, en depósitos infradotados de financiación por las administraciones.

Las personas adultas mayores, en general están condenadas a la condición de ‘superfluidad’ y, dependiendo de los otros factores que van más allá de la edad, pueden sufrir una condena permanente a la no humanidad.

V. Viejas y derechos

Antes de que se abordaran los derechos humanos de las personas adultas mayores, se reivindicaron los derechos de las viejas debido a su histórica invisibilización en cualquier tratado internacional que se centrara bien en mujeres e igualdad, bien en personas mayores —aunque también en otros ámbitos como población, medioambiente, salud, desarrollo, etcétera—. Naciones Unidas ha sido el organismo internacional que de manera más decidida ha promovido la defensa de los derechos de las mujeres mayores y ha reclamado la inclusión del envejecimiento y de la perspectiva de género en las acciones políticas a escala

global. Así, se constata cómo la incorporación de una perspectiva de género se convierte en un eje central a partir de 1975, cuando proclama la Década de la Mujer, en la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en México (Naciones Unidas, 1975). En esta Conferencia se menciona por primera vez en un encuentro internacional la necesidad de disponer de datos sobre la situación de las mujeres mayores en el mundo, debido a su invisibilidad, y se vuelve a especificar en 1980, en la Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, celebrada en Copenhague (Naciones Unidas, 1980). Ambas Conferencias suponen una llamada de atención internacional ante el desconocimiento de la situación de las vejeces de las mujeres y de la necesidad de diseñar políticas específicas por regiones del mundo y al interior de cada país, lo que se reiterará a lo largo de las siguientes décadas, aunque, como veremos, con escaso éxito de implementación.

Llegados a este punto, resulta oportuno preguntarnos: ¿se están protegiendo los derechos de las personas mayores, y de manera específica de las mujeres mayores, tal como están definidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y que se supone comparten con el resto de la humanidad? La respuesta —como venimos exponiendo— es compleja, fundamentalmente porque esas a quienes llamamos ‘personas mayores o mujeres mayores’ son muchas, heterogéneas, habitan territorios diversos, interseccionan con múltiples variables y también con múltiples discriminaciones unidas a la edad y porque, además, no disponemos de suficiente información sobre sus realidades y experiencias vitales.

Y lo más contradictorio es que manejamos fundamentalmente información demográfica sobre el envejecimiento de la población más que socioantropológica sobre personas envejecientes y viejas, lo que contribuye a generar una interpretación distorsionada del imaginario social que tenemos sobre ellas, categorizándolas como población costosa para los sistemas de bienestar, dependientes, enfermas, pobres, improductivas y vulnerables. Los ‘datos

objetivos’, ponen de manifiesto que las personas mayores son el grupo poblacional que crece más rápidamente en todo el mundo. Que el envejecimiento demográfico —es decir, que haya más personas mayores que menores— es un hecho imparable, mundial y sin precedentes en la historia de la humanidad. Que, desde el año 2019, hay más personas mayores de 65 años que menores de 5 en el mundo. Y que, dentro de los colectivos de personas mayores, las mujeres son el grupo más numeroso, sobre todo a partir de la edad de 75 años (Naciones Unidas, 2023).

Pero también sabemos, que el edadismo —discriminación por motivos de edad—, especialmente el viejismo —discriminación de las personas mayores por el hecho de serlo— es el principal impedimento para el disfrute de los derechos humanos de las personas mayores en todo el mundo (OMS, 2021). También sabemos que el número de personas mayores que vive en situaciones de pobreza es elevado y que afecta especialmente a las mujeres mayores. Una pobreza entendida como la negación de oportunidades básicas y no sólo como la falta de recursos económicos (Sen, 1997) que obstaculiza la posibilidad del ejercicio de sus derechos humanos. Y de nuevo lo contradictorio es que las contribuciones de las personas mayores, especialmente de las mujeres, al desarrollo social son tan reales como sus posibles carencias (HelpAge International, 2000a). “La pregunta que deberíamos hacernos no es tanto qué necesitan las personas mayores, sino si podemos seguir ignorando sus contribuciones” (Ramos, 2017, p.154), ya que promover sus derechos humanos debería significar antes que nada reconocer cómo habitan sus comunidades y su existencia como seres con autonomía y capacidades, no sólo como seres vulnerabilizados —en ningún caso vulnerables—. Lo que nos lleva a compartir este principio:

“El desarrollo basado en los derechos humanos significa promover la igualdad, la no discriminación y eliminar las barreras de género y edad, ampliar las oportunidades, aumentar la influencia sobre la toma de decisiones y fortalecer las opciones y

libertades que hacen más seguro y sostenible el entorno” (HelpAge International, 2000b, p.13).

Precisamente, este marco de derechos nos permite poner de relieve la falta de reconocimiento histórico internacional a la existencia misma de las personas mayores, especialmente de las mujeres, pero también poder accionar una respuesta en cada país o territorio ante sus necesidades y capacidades. Y tuvo que ser de nuevo Naciones Unidas el organismo que pusiera en su agenda esta realidad (EM, 2005), cuando organiza la primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento (1982), celebrada en Viena, en la que reafirma en su Plan de Acción que “los derechos fundamentales e inalienables consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos se aplican plena e íntegramente a las personas mayores” (Naciones Unidas, 1982, Preámbulo, Pár.2). Este Plan de Acción fue el primer instrumento internacional que sentó las bases para una reflexión científica y un bordaje político del envejecimiento de la población, puso de relieve que la mayoría de las personas mayores en el mundo son mujeres y recomendaba que se prestase especial atención a su situación (Pár.20c), y, además:

“motivó la investigación científica especialmente en los países desarrollados a través de la creación de centros de investigación gerontológica y una serie de iniciativas que van desde lo legislativo e institucional hasta la dimensión educativa y cultural” (Montes de Oca, 2003, p.3).

También Verónica Montes de Oca (2003) nos recuerda:

“(…) que el envejecimiento no sólo era una cuestión que incidiría en la dinámica demográfica sino que también retaba a la estructura política e institucional de los gobiernos, así como a las relaciones establecidas dentro de una sociedad, la concepción de ciudadanía, derechos humanos y calidad de vida. Además, se reafirmó la perspectiva de que este fenómeno debe ser abordado desde una perspectiva interdisciplinaria que integre la dimensión demográfica, médica, sociológica, psicológica, antropológica, por mencionar sólo algunas. Ello implicaba que el

envejecimiento es un fenómeno multidimensional que incluso cuestiona a la humanidad desde la perspectiva filosófica, ética y estética” (p.4-5).

Sin embargo, pronto se constataron importantes carencias en la aplicación de este Plan de Acción. Quizás una de las más relevantes —también en los trabajos de investigación que se generaron a lo largo de los años 80— es la escasa:

“consideración específica hacia las mujeres mayores. (...), fue notoria la ausencia de un discurso diferencial entre sexos lo que para algunos analistas fue una gran limitación para el desarrollo de estudios sobre envejecimiento en aquellos años” (Montes de Oca, 2003, p.5).

Un nuevo avance se promueve en 1985, en Informes y Conferencias Mundiales de Naciones Unidas⁵, cuando por primera vez se pone de relieve que las mujeres mayores no sólo requieren de protección, asistencia y cuidados, debido especialmente a su mayor esperanza de vida, a que disponen de menos recursos económicos que los hombres de sus mismas generaciones y a que tienen peor acceso a recursos sanitarios y sociales que mujeres de otras edades, sino que su contribución al desarrollo económico y al bienestar familiar es muy relevante en todas las sociedades, especialmente en la prestación de cuidados —tanto de menores como de personas en situación de dependencia, y de otros miembros de la familia— por lo que es necesario promover una imagen más real de las mujeres mayores como generadoras de bienestar, pero carentes de derechos para disfrutar de unas vejez dignas.

En esta misma línea, en resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas⁶, desde una mirada interseccional, se señala cómo la discriminación por

⁵ Tanto en el Informe presentado por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas “*Sobre la situación de las mujeres de edad*” (Naciones Unidas, 1985a), como en la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, celebrada en Nairobi (Naciones Unidas, 1985b).

⁶ Resoluciones como la 44/76 de 1989 (Naciones Unidas, 1989), la 36/4 y la 42/4 ambas de 1990 (Naciones Unidas, 1990a y 1990b), “*Sobre la integración de la mujer de edad en el desarrollo y los sistemas de apoyo*”, y en “*Las conclusiones y recomendaciones del grupo de expertos sobre la integración de las mujeres de edad en el desarrollo*” (Naciones Unidas, 1991).

motivos de edad, sumada a la discriminación por género, agudizan los problemas sociales y económicos de las mujeres mayores, lo que contribuye a distorsionar su imagen considerándolas como una carga económica para el sistema y sólo beneficiarias del desarrollo, pero no generadoras de él. Esta distorsión ha sido ampliamente analizada por economistas como Stiglitz (2006) o Sen (1997), quienes consideran la producción de bienes y servicios no monetizados que se dan fundamentalmente fuera del mercado, y son generados mayoritariamente por las mujeres —de manera destacada, por las adultas mayores—, como igualmente productivos a los que se generan en el ámbito público, e imprescindibles para el sostenimiento de la vida y el progreso social. Pero, además, se tienden a obviar, dos cuestiones. En primer lugar, las consecuencias negativas que tiene en las mujeres mayores esta dedicación al trabajo reproductivo en la familia extensa, reduciendo su propio nivel económico en la vejez, al no disponer de pensiones de jubilación ni acceso a empleos ni a créditos o préstamos a los que sí acceden mujeres más jóvenes en países del Sur Global. Y, en segundo lugar, lo invisible que resulta la contribución de las mujeres mayores no sólo en el sector informal-reproductivo, sino también en el formal-productivo, como, por ejemplo, en explotaciones agrícolas o en negocios familiares, sobre todo en ámbitos rurales (Ramos, 2017, p.145-146).

Otro hito que parecía importante para el avance de los derechos de las mujeres mayores es la aprobación de la Plataforma de Acción de Beijing, en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, celebrada en 1995 (Naciones Unidas, 1995). “El documento final incluye 32 referencias a las mujeres mayores y las recomendaciones se basan en todo el ciclo vital y se refieren a todas las mujeres independientemente de su edad” (Helpage International, 2000a, p.8). La estrategia

del *gender mainstreaming* o *perspectiva de género*⁷ se asumió de manera explícita, con el objetivo de aplicar un enfoque de género en la formulación de políticas y acciones para tener en cuenta las necesidades específicas de las mujeres, a fin de garantizar que se beneficien de sus resultados tanto como los hombres.

Lo cierto es que a pesar de la relevancia que ha tenido esta Plataforma de Acción para conseguir que la mayoría de los 187 gobiernos firmantes del acuerdo hayan puesto en marcha planes para desarrollar los compromisos asumidos, existen importantes obstáculos que afectan directamente todavía hoy a los derechos de las mujeres mayores (Ramos, 2017, p.148).

Un primer obstáculo tiene que ver con el aumento de los niveles de pobreza que afectan a colectivos más vulnerabilizados entre los que se encuentran de manera particular las mujeres mayores.

Otro, a las políticas de reajustes estructurales que reducen la inversión en políticas sociales bajo la necesidad del cumplimiento del déficit público, lo que va en detrimento de los programas dirigidos a mujeres, a personas mayores, y sobre todo a mujeres mayores, impidiendo a éstas últimas el ejercicio como ciudadanas con plenos derechos.

Y otro obstáculo de igual calado es la escasa aplicación de una perspectiva de género en las cuestiones relativas al envejecimiento y las vejeces, tanto en el ámbito de la investigación, como en el diseño de políticas públicas. En los estudios sobre personas mayores se investiga la discriminación por edad y sólo ocasionalmente se presta atención a la cuestión de la discriminación de género; y en los estudios feministas, pocos abordan el envejecer de las mujeres y la discriminación por edad. Sin embargo, desde la gerontología crítica feminista

⁷ El *gender mainstreaming* o *perspectiva de género* “es la organización, la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género, se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas” (Consejo de Europa, 1998).

(Ramos, 2016) sabemos que las desigualdades de género atraviesan las vidas de las mujeres y determinan el acceso a la riqueza, la propiedad, los sistemas de apoyo, la atención de salud, la autonomía en la toma de decisiones o la libertad de movilidad, entre otras, llegada su vejez. También que algunas problemáticas sociales como la violencia contra la mujer y, de manera específica, la violencia de género en las relaciones de pareja, quedan invisibilizadas cuando quienes la sufren son mujeres mayores, lo que las sitúa de nuevo fuera de las políticas públicas, en este caso de igualdad, y del acceso a derechos y recursos.

2002 representa otra fecha que parecía importante para el reconocimiento de los derechos de las mujeres mayores en el mundo, cuando Naciones Unidas celebra en Madrid la II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, 20 años después de la que celebró en Viena, y con objetivos renovados, entre los que figuran abordar en mayor medida el envejecimiento de la población en los países del Sur Global, tratar los cambios demográficos a escala global, incentivar que las políticas públicas promuevan la protección de los derechos de las personas mayores para que se visibilice más su contribución a la sociedad y se favorezca su participación, eliminando prejuicios y discriminaciones basadas en la edad (Naciones Unidas, 2002a:Pár.12f-5).

El Plan de Acción Internacional sobre Envejecimiento fue aprobado por 159 gobiernos y contiene 33 objetivos y 117 recomendaciones, lo que evidencia el grado de abandono en que se encontraba el envejecimiento de la población hasta esa fecha:

“El objetivo último del Plan es asegurar que las personas en todos los países, que tienen una elevada probabilidad de llegar a la vejez, lo hagan con dignidad y seguridad y continúen participando en sus sociedades como ciudadanas y ciudadanos con plenos derechos” (Ramos, 2017, p.158).

Y, además, tiene dos objetivos transversales: “el pleno disfrute de los derechos humanos por las personas mayores y la incorporación de una

perspectiva de igualdad de género al conjunto de recomendaciones del mismo” (Fernández López, 2001, p.258).

En la actualidad, transcurridos más de 20 años desde la aprobación de este Plan de Acción nos preguntamos: ¿cuál ha sido el alcance real que ha tenido para el avance de los derechos de las personas mayores en el mundo y, de las mujeres mayores, en particular?

La respuesta tiene luces: lo más positivo es que el envejecimiento de la población y todo lo que ello implica se ha puesto en la agenda científica. Pero, sobre todo, la respuesta tiene amplias sombras. Fundamentalmente una de ellas es la falta de financiación para acometer las exigencias del Plan a escala mundial, sobre todo en los países del Sur Global, en los que, por ejemplo, no se ha desarrollado un sistema público de pensiones de jubilación que proteja a la mayoría de la población mayor en amplio crecimiento, ni sistemas de atención sociosanitaria universales. Otra de nuevo, sigue siendo la falta de una transversalidad de género en todas las políticas públicas y, de manera específica, en las relativas a las personas mayores, a pesar de que una de las recomendaciones del Plan de Acción era “integrar una perspectiva de género en una sociedad que envejece”, por ello, las mujeres mayores siguen sufriendo mayor discriminación e invisibilidad. Y una tercera, e igualmente preocupante, es que las personas mayores todavía hoy enfrentan importantes problemas en la mayoría de las regiones del mundo, concretamente: la discriminación por edad, la desigualdad de género, el maltrato y la violencia y el acceso a servicios sociosanitarios y de asistencia, a regímenes de protección social y mercados de trabajo, entre otros, que impiden su plena participación social, política, económica, cultural... es decir, el ejercicio pleno de sus derechos (Ramos, 2017 p.160). Una vez más, el discurso de los derechos humanos universales e inherentes a los seres humanos se choca con una realidad en que el carácter teóricamente no productivo de las personas mayores y el de las ‘superproductivas’, pero invisibilizadas mujeres mayores, las

sitúa en el ámbito de lo subhumano o lo no humano. Occidente incluye narrativamente para excluir en la realidad en un giro perverso del denominado como Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sigamos. También en 2002, la Organización Mundial de la Salud presentó en la II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento el documento “*Envejecimiento activo: un marco político*”, que ofrece una visión estratégica para el diseño político, a través de un nuevo paradigma sobre el envejecimiento y que ha sentado las bases en cada país para la implementación de las políticas de mayores desde su publicación. El envejecimiento activo se define como “el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad, con el fin de mejorar el bienestar y la calidad de vida a medida que las personas envejecen” (OMS, 2002, p.79).

Una de las aportaciones de este paradigma y que supone un cambio cualitativo muy importante en la manera de entender el envejecimiento es el reconocimiento de los derechos humanos de las personas mayores y los Principios de las Naciones Unidas de independencia, participación, dignidad, asistencia y realización de los propios deseos. Lo que implica que:

[se] “sustituye la planificación estratégica desde un planteamiento basado en las necesidades (que contempla a las personas mayores como sujetos pasivos) a otro basado en los derechos, que reconoce los derechos de las personas mayores a la igualdad de oportunidades y de trato en todos los aspectos de la vida a medida que envejecen” (OMS, 2002, p.79).

Además, es un documento que reincide en la necesidad de adoptar una perspectiva de género en el abordaje del envejecimiento, algo que vemos que se reitera sistemáticamente, en la misma medida que se obvia. De hecho, en el ámbito científico, sorprende el escaso interés que ha tenido y sigue teniendo el estudio de la influencia del género sobre el proceso de envejecimiento. Las mujeres mayores, en este caso, sufren una doble invisibilidad epistemológica ya que, cuando parece

haber aumentado el interés en investigar y producir conocimiento desde el enfoque de género referido a mujeres jóvenes y/o adultas, el carácter ‘superfluo’ de las mujeres mayores se intensifica.

Llegadas a este punto, y como no podía ser de otra manera, toca preguntarnos: ¿cuál ha sido el alcance que ha tenido el paradigma del envejecimiento activo para el avance de los derechos de las personas mayores en general y, de las mujeres mayores, en particular? Mónica Ramos (2017) ya recoge en otro texto, cómo todavía, al menos en España, tenemos importantes retos en relación con su promoción. De manera sintética los más relevantes son los siguientes:

1. Este modelo de envejecimiento activo en el que se basan las políticas de mayores se ha centrado en exceso en el ‘hacer muchas cosas’ y en cambio se evalúa muy poco el impacto que generan estas actividades sobre el bienestar de las personas mayores, sus familias y sus comunidades.
2. Las políticas y programas de envejecimiento activo escasamente se dirigen a personas mayores en situaciones de dependencia, a quienes se destinan fundamentalmente servicios ‘asistenciales’ como si ya no tuviera sentido la prevención o la promoción de su autonomía personal.
3. Todavía siguen instalados en los imaginarios colectivos, en los medios de comunicación, e incluso en las propias políticas dirigidas a mayores y entre profesionales del sector, estereotipos y prejuicios negativos sobre el envejecimiento y la vejez. El edadismo/viejismo campa por sus anchas y la gerontología crítica basada en derechos sigue siendo una excepción.
4. Y, por último, siguen siendo escasos los estudios que analizan el envejecimiento y las vejeces desde una perspectiva feminista. Es más habitual en la práctica de la investigación gerontológica que se tenga en cuenta el sexo como variable explicativa de múltiples fenómenos, pero no las

diferencias que establecen los roles y patrones de género. Sigue siendo marginal el estudio que relaciona las repercusiones de las desigualdades de género en la vejez, lo que sorprende en una época marcada fundamentalmente por dos fenómenos: el envejecimiento demográfico y la feminización del envejecimiento (Ramos, 2006, p.198). Y también, éste es el motivo por el que pocos programas que promueven un envejecimiento activo tratan de promover al mismo tiempo una equidad de género, ni evidencian la intersección entre edadismo y machismo y las consecuencias que esto tiene en las vejeces de las mujeres.

Estas carencias tienen otras consecuencias y la más grave, a nuestro entender, es que envejecer con bienestar se considere fundamentalmente una responsabilidad individual. Hay que estar alertas para que este paradigma del envejecimiento activo “no suponga una limitación mayor en la vida de las personas que no disponen de los recursos económicos, personales, genéticos o sociales para estar ‘activos’” (Ramos, 2017, p.167), y que mantenga un discurso sobre la vejez homogeneizador que prescribe un modelo de comportamiento que debe ser seguido por ‘todas’ las personas mayores de la misma manera. O:

“que ofrezca una visión descontextualizada de la vejez en la que se culpe de su fracaso a quienes no envejecen bien, como si fuera un desmérito personal, excusando a las instituciones y a la sociedad de su responsabilidad. Una reflexión profunda nos puede llevar a la conclusión de que tan edadista y marginador es el discurso que considera a las personas mayores incapaces, dependientes y vulnerables, como el que impone su permanente productividad y participación, porque sitúa en el plano individual la autogestión por parte de las personas mayores sobre su situación y problemática, obviándose desigualdades estructurales, especialmente en el caso de las mujeres mayores” (Belo da Fonte, 2012, p.78-80).

Aun así, como lo último que se pierde es la esperanza, la Organización Mundial de la Salud ha presentado un Plan de Acción para la Década del Envejecimiento Saludable (2021-2030), con el objetivo renovado de promover en

las políticas públicas a escala global la necesidad de abordar el envejecimiento de las poblaciones en sociedades cada vez más longevas. Por tanto, un documento más que aborda el Envejecimiento en el ámbito internacional y que trata de sentar las bases para una futura Tercera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, todavía sin fecha señalada. Y como no, de nuevo, este Plan:

“hace hincapié en la importancia de adoptar una perspectiva de género de diversas formas. Una de ellas es a través de las menciones específicas en las que se indica que es una perspectiva necesaria para ‘abordar las relaciones de poder y normas de género’, señalándose que son las mujeres las que ‘prestan la mayor parte de los cuidados no remunerados’” (Serna, 2023).

Asimismo, nos recuerda, la imperiosa necesidad de recoger datos desglosados por edad y por sexo, algo que se ha venido reclamando desde la primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de 1982, pero que llegados a 2023, parece que no hemos conseguido. Y no digamos si, además, quisiéramos atender otras interseccionalidades, como la diversidad sexual de las mujeres mayores, a la que no se hace ninguna mención en el Plan, una invisibilización que responde al estereotipo que considera a las personas mayores como seres asexuados, y en todo caso heterosexuales. Como nos recuerda Paula Serna (2023): “Las personas mayores LGTBIQ+ existen y se deben realizar políticas encaminadas a acabar con la homofobia y generar espacios libres de LGTBIfobia, especialmente en los servicios sociosanitarios, como hospitales o residencias de mayores”.

En conclusión, desde comienzos del siglo XXI, y especialmente en la última década, cada vez se comparte más la certeza de que las mujeres se enfrentan a barreras que les impiden el ejercicio de sus derechos y una de ellas claramente es la edad. Cada vez se reclama desde más ámbitos la necesidad de promover más investigaciones que visibilicen la realidad de las mujeres mayores tanto en los países del Norte como del Sur Global. Cada vez se pone más de manifiesto que las mujeres mayores no son sólo seres vulnerabilizados carentes de recursos, sino que

contribuyen de manera activa al desarrollo económico y social, debido en gran medida a los esfuerzos colectivos llevados a cabo por las propias mujeres mayores y a las organizaciones en las que participan y las representan. Por ello, consideramos que:

“las políticas públicas que no incorporen en su diseño un análisis de género y de las cuestiones relativas al envejecimiento serán limitantes, produciendo, perpetuando o exacerbando las desigualdades entre los hombres y las mujeres, especialmente en la vejez. Las inequidades sólo pueden ser transformadas cuando se hacen visibles y se actúa para eliminarlas. Incorporar la perspectiva de género en la vejez es un reto ético y político impostergable que nos asegurará tener sociedades más justas y saludables” (Ramos, 2017, p.152).

Se han conseguido algunos avances. El más importante es que se ha puesto en la agenda internacional las vejez de las mujeres, desde sus necesidades, problemáticas y dificultades; su contribución al desarrollo colectivo; hasta sus reivindicaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, todavía se observan importantes carencias, entre las que destacan, de manera relevante, el escaso abordaje del envejecimiento desde un enfoque de género y de curso vital. Seguimos sin disponer de un marco político que aborde el envejecimiento de las mujeres desde un enfoque que abarque toda su vida, lo que invisibiliza claramente lo que les sucede cuando entran en la etapa de la vejez, como lugar de por sí carente de reconocimiento, derechos y empoderamiento (Ramos, 2017).

Desde la gerontología crítica feminista, consideramos que es un éxito social habitar en sociedades longevas y que cada persona individualmente llegue a edades avanzadas, pero el reto es que esas sociedades promuevan que mujeres y hombres vivan sus vejez con plenos derechos, algo que todavía sigue pendiente. La pregunta —para seguir jugando a la retórica— es si nuestras sociedades consideran a las mujeres mayores como seres humanos plenos y, por lo tanto, sujetos de su ejercicio autónomo. La retórica ‘humanitarista’ de los derechos humanos nos animaría a pensar que sí, pero el incumplimiento sin consecuencias

de todos los marcos conceptuales y legislativos generados desde Naciones Unidas, así como la invisibilización o estigmatización desde los ámbitos mediático y académico nos hace presumir una respuesta menos halagüeña.

Referencias bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio (2006). *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*. I. Valencia: Editorial Pre-textos.
- ANGUILÓ, Antoni Jesús (2019). *Zona de Ser y No Ser*. En Dicionário Alice.
- AGUIAR, Julia (2021). La visión crítica de los derechos humanos como herramienta para el análisis de la cuestión ambiental. En *Derechos en Acción*. 6(20), 85-109.
- ARIAS, Alan (2015). *Tesis sobre una teoría crítica de los Derechos Humanos*. en Open Insight, VI(9), 11–33.
- BAUMAN, Zygmunt (2005). *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. Barcelona: Paidós.
- BELO DA FONTE, Isolda (2012). Trayectorias de los discursos sobre la vejez. En Delia Lucia Gascón Navarro, Isolda Belo da Fonte y Edgar A. García Fuentes. Editorial Académica Española *,Género y Vejez, de la naturalización a la diversidad*, 70-87.
- EM, Periódico Entre Mayores (2005). entrevista realizada a Fernando de Salas.
- FANON, Frantz (2009). *Piel negra, máscaras blancas*. Madrid: Akal.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Aurelio (2001). El envejecimiento: una cuestión global en la agenda de las Naciones Unidas. En *Revista Intervención Psicosocial*, 10(3), 251-258.
- GABILONGO, Joseba (2019). *Globalizaciones. La nueva Edad Media y el retorno de la diferencia*. Madrid: Siglo XXI.
- GÓMEZ NADAL, Paco (2015). *Indios, negros y otros indeseables*. Santander: Milrazones.
- GORDON, Lewis (2013). *Decadencia disciplinaria. Pensamiento vivo en tiempos difíciles*. Quito: Ediciones Abya Yala.
- GROSFOGUE, Ramón (2011). *La descolonización del conocimiento: diálogo crítico entre la visión descolonial de Frantz Fanon y la sociología descolonial de Boaventura de Sousa Santos*.

- HELP AGE INTERNATIONAL (2000a). Cumbres ignoran a la tercera edad. *Revista Tercera Edad y Desarrollo*, (5).
- HELP AGE INTERNATIONAL (2000b). El sello de una sociedad noble: derechos humanos y personas mayores.
- HONNETH, Axel & FARREL, John (1997). Recognition and Moral Obligation. En *Social Research*, 64(1), 16-35.
- KOTTOW, Miguel (2012). Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. Relaciones tormentosas, conflictos insolutos. En *Derecho PUCP*, (69), 25-44.
- MONTES DE OCA, Verónica (2003). El envejecimiento en el debate mundial: reflexión académica y política, Papeles de Población. Centro de Investigación y Estudios Avanzados de la Población, UAEM, *Nueva época* 9, (35), 77-100.
- RAMOS, Mónica (2006). Mujeres mayores: nuevos derechos para nuevas realidades. En Teresa del Valle, Pilar Folguera, Cristina García Sainz, Gladys Nieto, José Ignacio Pichardo, Mónica Ramos, Virginia Maquieira (ed.). *Mujeres, Globalización y Derechos Humanos*. Madrid: Cátedra, Feminismos, 191-244.
- RAMOS, Mónica (2016). Una mirada desde la gerontología crítica feminista. En *Revista Madurez Activa, Cuadernillo Madurez I+D de Investigación y Desarrollo en Prevención y Envejecimiento Activo en la Dependencia, UN PRESENTE PARA EL FUTURO*. (27), 20-24.
- RAMOS, Mónica (2017). *Envejecer siendo mujer. Dificultades, oportunidades y retos*. Barcelona: Edicions Bellaterra.
- RODRÍGUEZ VIGNOLI, Jorge (2001). *Vulnerabilidad y grupos vulnerables: un marco de referencia conceptual mirando a los jóvenes*. CEPAL – SERIE Población y desarrollo (17).
- SÁNCHEZ RUBIO, David (2010, enero-diciembre). Ciencia-Ficción y Derechos Humanos. Una aproximación desde la complejidad, las tramas sociales y los condicionales contrafácticos. En *Revista Praxis*, 64-65, 51-72.
- SEN, Amartya K. (1997). *Sobre ética y economía*. Madrid: Alianza Editorial.
- SERNA, Paula (2023, 12 de abril). ¿Tienen los planes de acción sobre envejecimiento en cuenta a las mujeres mayores? En *Revista digital 65y más.com*, sección Opinión.
- STIGLITZ, Joseph E. (2006). *Cómo hacer que funcione la globalización*. Madrid: Santillana Ediciones Generales.

Documentos

- Consejo De Europa (1998). Gender Mainstreaming. Conceptual framework, methodology and presentation of good practice. Final Report of Activities of the Group of Specialists on Mainstreaming. Estrasburgo, Council of Europe Publishing.
- Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Naciones Unidas (1975). Informe de la Conferencia Mundial del año internacional de la Mujer. México, D.F: Naciones Unidas, Capítulo III, resolución 13.
- Naciones Unidas (1980). Informe de la Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz. Copenhague: Naciones Unidas.
- Naciones Unidas (1982). Plan de Acción Internacional de Viena sobre envejecimiento, Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Viena: Naciones Unidas.
- Naciones Unidas (1985a). Comission on the status of women Role of women in development, Question of elderly women. The Economic and Social Council. Report of the Secretary-General. New York: United Nations. E/CN.6/1986/10 29.
- Naciones Unidas (1985b). Estrategias de Nairobi orientadas hacia el adelanto de la mujer. Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz. Nairobi: Naciones Unidas, 15 al 26 de julio, Capítulo I, sección A.
- Naciones Unidas (1991). Conclusions and recommendations of the expert group meeting on the integration of ageing and elderly women into development. Vienna: United Nations, 7-11, E/C CN. 6/1992/8.
- Naciones Unidas (1995, 4 a 15 de septiembre). Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing: Naciones Unidas.
- Naciones Unidas (2001). Plan de Acción sobre el Envejecimiento Revisado: proyecto marco ampliado, Comisión de Desarrollo Social constituida en Comité Preparatorio de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Nueva York: Naciones Unidas.
- Naciones Unidas (2023). World Social Repport 2023. Leaving No One Behind In An Ageing World. Departament of Economic and Social Affairs.
- OMS (2002). Envejecimiento activo: un marco político. En *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, 37, Suplemento 2, 74-105.

OMS (2021). Informe Mundial sobre Edadismo. Naciones Unidas, departamento de Asuntos Económicos y Sociales.

El dilema de la inmortalidad. ¿Qué será de los struldbrugs que encontró Gulliver en el reino de Luggnagg?

The Dilemma of Immortality. Wondering what became of the struldbrugs that Gulliver encountered in the kingdom of Luggnagg

 **Luz Melon**

Universidad de Buenos Aires, Argentina
mmelon@filo.uba.ar

Resumen: Este trabajo analiza las representaciones de la vejez en el tercer viaje de *Los viajes de Gulliver* (1726) de Jonathan Swift, centrado en la figura de los struldbrugs, seres inmortales cuya longevidad está marcada por el deterioro y el aislamiento. A través de la sátira, Swift cuestiona los ideales de juventud y los prejuicios sobre la vejez presentes en la Europa del siglo XVIII. El ensayo propone una lectura crítica de estas visiones, destacando su vigencia en las narrativas contemporáneas. A pesar de los cambios demográficos y culturales entre la Gran Bretaña preindustrial y el siglo XXI, persisten estereotipos sobre el envejecimiento que invitan a preguntarse si revelan aspectos estructurales de la cultura occidental o de la condición humana. Este análisis sugiere que la mirada irónica de Swift sigue siendo una herramienta poderosa para interrogar nuestras propias concepciones sobre la vejez.

Palabras clave: VEJEZ; DERECHOS HUMANOS; LONGEVIDAD; LITERATURA INGLESA; CAPACIDAD JURIDICA

Abstract: This paper analyzes representations of old age in the third voyage of *Gulliver's Travels* (1726) by Jonathan Swift, focusing on the struldbrugs—immortal beings whose longevity is marked by deterioration and isolation. Through satire, Swift questions the ideals of youth and the prejudices surrounding aging in 18th-century Europe. The essay offers a critical reading of these portrayals, highlighting their relevance to contemporary narratives. Despite the demographic and cultural changes between pre-industrial Britain and the 21st century, stereotypes about aging persist, raising the question of whether they reflect struc-

tural aspects of Western culture or the human condition itself. This analysis suggests that Swift's ironic perspective remains a powerful tool for examining our own conceptions of old age.

Keywords: AGEING; RIGHTS OF OLDER PERSONS; HUMAN RIGHTS; LONGEVITY; ENGLISH LITERATURE; LEGAL CAPACITY

Fecha de recepción: 12/11/2024

Fecha de aceptación: 04/04/2025

Identificador doi: 10.62169/rg.i34.2543



El Dilema De La Inmortalidad. ¿Qué será de los *struldbrugs* que encontró Gulliver en el reino de Luggnagg?

Luz Melon

“En el mundo jurídico, la autonomía es el espacio individual dentro del cual cada persona ejerce por sí misma el poder sobre su vida y su patrimonio, establece reglas, disposiciones o planes válidos para sí, se proyecta y desarrolla, en igualdad de condiciones con todos los demás” (Dabove, 2018, p.54).

I. El tercer viaje de Gulliver

Una visión compleja y dinámica de la vejez nos invita a descubrir las narrativas sobre el ser vieja o viejo en distintos momentos de la historia de la cultura. Sin lugar a dudas, los datos demográficos y las construcciones sociales en torno a la juventud y la vejez han evolucionado y mutado de manera no lineal desde aquella primera referencia en un texto del antiguo Egipto¹, como así también han evolucionado las narrativas sobre la vejez y el ser vieja desde el año 1726 en que Jonathan Swift² publicó los *Viajes de Gulliver* (Swift, 2018). Pero al leer la vívida descripción que el autor hace de los inmortales *struldbrugs* en el tercer viaje de su famoso protagonista, cabe plantearse si este cambio ha sido realmente tan marcado y si las observaciones del autor, que satirizan y reflejan ideas y prejuicios prevalentes en la Europa del final del siglo XVII y principios del XVIII, no siguen vigentes en el siglo XXI que estamos transitando.

La mirada de Swift sobre sus contemporáneos en la vejez es de una sátira despiadada. El mismo Swift se acercaba a los 60 años al momento de la publicación de su obra y los *Viajes* nos presentan una mirada impiadosa de la vida política in-

¹ “El primer texto específico que se conoce en relación con la vejez fue escrito en 2450 a.C. por Pthahotep” (Dabove, 2020, p. 23).

² Jonathan Swift (1667-1745) fue un escritor político y satírico angloirlandés, considerado uno de los maestros de la prosa en inglés y de los más apasionados satirizadores de la locura y la arrogancia humanas. Sus numerosos escritos políticos, textos en prosa, cartas y poemas tienen como característica común el uso de un lenguaje efectivo y económico.

glesa, de las ciencias, las artes y la vida cotidiana. En la tercera parte de su famosa obra, el protagonista Gulliver visita Laputa, Balnibarbi, Luggnagg, Glubbudrib y el Japón. Es en el reino imaginario de Luggnagg donde la parábola de los *struldbrugs* (Swift, 2018) nos presenta una síntesis de crueles estereotipos y prejuicios asociados a la vejez en Inglaterra al inicio de la Ilustración.

El médico Gulliver, en este tercer viaje (Swift, 2018), es informado que en el reino de Luggnagg nacen, muy raramente, personas inmortales marcadas desde el nacimiento por una mancha en el rostro. Estas personas viven una vida normal hasta los treinta años, pero ya en su cuarentena aparecen los “terribles achaques” que la ironía de Swift y los prejuicios de su época acumulan sobre la ancianidad. Nos enteramos que desde los cuarenta y hasta los ochenta años los *struldbrugs* no sólo muestran “todas las extravagancias y flaquezas de otros viejos”, sino muchas más: son tercos, enojadizos, avaros, ásperos, vanidosos y charlatanes, además de incapaces de amistad y de todo natural afecto fuera de su familia inmediata. Nos enteramos que la envidia y los deseos impotentes constituyen sus pasiones predominantes, no sólo la envidia de la juventud sino también de la muerte de sus congéneres “normales”, ya que ellos mismos están condenados a transitar eternamente la fragilidad. Su memoria no sirve como registro del pasado compartido ya que es inexacta, falible y restringida a los pocos años de su juventud. Pierden el pelo y la capacidad de distinguir los sabores, y su vida se prolonga sin propósito y sin placer. La crueldad de esta mirada no se suaviza en el caso de las *struldbrug* mujeres, por el contrario, Swift nos dice:

“Constituían el espectáculo más doloroso que he contemplado en mi vida, y las mujeres, más aún que los hombres. Sobre las deformidades naturales en la vejez extrema, adquirirían una cadavérica palidez, más acentuada cuantos más años tenían, de que no puede darse idea con palabras. Entre media docena distinguí en seguida cuál era la más vieja, aunque no se llevaban unas de otras arriba de un siglo o dos” (2018, p. 228).

Pero esa melancolía y tristeza que les causa la perspectiva de una vida sin fin no se origina solamente en los estragos del tiempo, sino en la manera cruel en que

son tratados por la sociedad una vez que cumplen ochenta años, la edad que marca normalmente el término de la vida en su país. Desde los ochenta años se les considera legalmente como muertos, sus bienes pasan a sus herederos y sólo reciben una porción miserable para su subsistencia. Están incapacitados para todo empleo y las funciones sociales. Su frágil memoria sumada a la mudanza natural del idioma los vuelve, tras pocos años, extranjeros en su propio país, casi incapaces de comunicarse. “La gente de todas clases los desprecia y los odia” (Swift, 2018, p. 223).

La reflexión de Swift nos presenta con especial énfasis, por contraste, el particular apego por la vida y la felicidad de la que gozan los habitantes “normales” de Luggnagg que no están aquejados de la maldición de envejecer eternamente. La contemplación de la tristeza y desánimo de sus conciudadanos inmortales, que deberán transitar eternamente las humillaciones, injusticias y privaciones a los que han sido condenados por seguir persistentemente vivos, les otorga a los demás habitantes una fuente de aprecio por la vida y por la muerte; una valoración dual tanto de la juventud y la adultez como de la muerte que pone fin al proceso de envejecimiento. El viajero Gulliver descubre que ese fervor por la vida y deseo de prolongarla siempre un poco más que él ha visto en su país natal ha sido “curado” en este reino por la visión constante del infortunio que padecen aquellas personas condenadas a la inmortalidad.

Al leer estas ideas, planteadas desde la ironía y el humor, buscando acumular los males para hacer imaginable que una persona pueda desear y esperar la muerte como una mejor alternativa, lo que la mirada implacable de Swift plantea como fantástico es una descripción muy lúcida de los prejuicios y la realidad de su época. Lo que leemos como un floreo de la imaginación, nos aflige por su cercanía con la realidad incluso trescientos años después.

Para empezar, nos puede sorprender leer que Swift atribuya una perspectiva de vida de 80 años a los habitantes de este mundo fantástico, y que conciba que recién a los 90 estos inmortales comiencen a perder sus sentidos. Sabemos que la expectativa de vida ha aumentado notablemente en los siglos XX y XXI, y que la expectativa de vida al nacer en la Ilustración inglesa era cercana a los 40 años

(Cutler, Deaton y Lleras-Muney, 2006), muy inferior a los 73 y 79 años de expectativa de vida al nacer que tenían en 2021 un hombre o una mujer (respectivamente) en Latinoamérica (UNFPA, 2021). Podemos pensar que una vida tan larga es patrimonio de la modernidad, pero sabemos que la expectativa al nacer en el siglo XVIII está afectada especialmente por los altos índices de mortalidad infantil. Existen indicadores más intuitivos, como la edad media o la expectativa de vida a los 20 años, que nos dan una idea más clara de cuántos años duraba la vida adulta. En el siglo XVIII, una persona que había llegado a los 20 años podía esperar vivir otros cuarenta en promedio, mientras que quienes llegaban a los 40 podían esperar vivir otros 25 y quienes llegaban a 70, otros diez años más. Es decir, buena parte de la población adulta alcanzaba la “ancianidad” según criterios modernos, y un pequeño número llegaba a superar los 80 (Cutler, Deaton y Lleras-Muney, 2006). Swift vivió hasta los 78 años.

Hay que reconocer que la mirada sarcástica que ofrece Swift no pretende necesariamente ser un reflejo de estereotipos contemporáneos hegemónicos. Por el contrario, se propone desafiar algunas miradas políticamente correctas de la Gran Bretaña del 1700, despojando a las personas que describe de la dignidad conferida habitualmente a los mayores y cabezas de familia en las clases altas británicas y también dentro del ámbito político-eclesiástico que el autor conoce tan bien. Como nos señala Iacub (2021), al mismo tiempo refleja una mirada de la vida como un arco, con una etapa de crecimiento y una etapa de declive irremediable asociada a la vejez y a la pérdida de recursos escasos (libidinales, físicos, intelectuales) con un fuerte componente biológico que ha sido central en la cultura occidental y aún persiste en el siglo XXI.

II. Ser inmortal en La Matanza

¿Cuánto ha cambiado la experiencia de tener esos 70 u 80 años en tres siglos? Si mañana leyéramos en el diario que ha nacido una pequeña *struldbrug* en Oxford o en La Matanza, con la marca en el rostro que le advierte que envejecerá indefinidamente sin tener que temer a la muerte, ¿nos alegraríamos por ella? El alivio de no tener que anticipar un fin para su vida ¿le permitiría enfrentar la perspectiva de una larguísima vejez con alegría, organizándose para enfrentar los problemas médicos a medida que aparezcan, apurándose quizás para disfrutar de algunas aventuras que requieren la fortaleza o la inexperiencia de la juventud, reservando otros placeres diferentes para los años sucesivos? ¿O sigue siendo válida la parábola de Swift, en la que el infortunio de una eterna vejez hunde a los inmortales en la depresión desde que llegan a la vida adulta, agobiados por la anticipación de una vejez interminable vivida en las privaciones, la falta de placer y el aislamiento, además de un deterioro implacable de la moral, el carácter, la salud y los valores emocionales y espirituales?

La respuesta no es fácil. La posgerontología nos plantea que cada cultura promueve políticas sobre las edades que instrumentan distintos controles sobre el desenvolvimiento de los individuos con relación a la edad (Iacub, 2013). Las narrativas que contraponen a jóvenes y ancianos como adversarios que se disputan los mismos espacios de poder epistémico, social, material y afectivo continúan existiendo y reproduciéndose en la cultura, en la publicidad, en el arte. Minerme de Colofón describe negativamente a la vejez, en el siglo VII, afirmando que cualquier cosa es preferible a ella incluso la muerte (Iacub, 2015). La ironía de Swift nos hace el mismo planteo. Al poner la mirada en la Argentina actual, vemos que estas son todavía narrativas que existen, pero que ya no son hegemónicas. Los descriptores de Swift (lentitud, vanidad, envidia, mezquindad, avaricia, egoísmo) nos traen a la mente muchísimas imágenes en la publicidad o en el cine contemporáneo, pero no son las únicas. A este estereotipo negativo del avaro y del viejo verde, se suman otros que atribuyen las mismas debilidades en una perspectiva proteccionista, a través de la infantilización, como una estrategia más vinculada a las necesidades de los cuidadores y los familiares de ponerse en un lugar de poder y de autoridad res-

pecto a la persona de edad, seguramente en el intento bienintencionado de sobrellevar las dificultades cotidianas de la relación con sus pacientes o parientes y proteger la dignidad del cuidador. Una estrategia que, sin embargo, no funciona tan bien en cuanto a protección real para la persona envejeciente.

En el siglo XXI tenemos acceso a productos culturales vinculados a narrativas y metanarrativas contradictorias y no resueltas. La gerontología narrativa aborda el rol de los relatos en el contexto del envejecimiento e identifica “metáforas que resultan particularmente influyentes en determinados contextos socioculturales”, como señala Iacub (2021, p 2). El autor nos recuerda que el repertorio de las narraciones es limitado y esto puede ayudarnos a comprender por qué una mirada tan lejana en el tiempo y en el espacio, que esperaríamos nos resulte igualmente ajena, es por el contrario inquietantemente familiar.

Sin embargo, también existen y ganan espacios otras narrativas, con personas de 60 años y más que se presentan y aceptan como seres sexuales y creativos; como líderes sociales en sus contextos inmediatos, activistas de derechos humanos, promotores de causas propias y promotores de causas ajenas; personas que comienzan nuevas carreras, nuevos proyectos o proyectos largamente postergados, que se convierten en madres y padres, que abren puertas y que continúan construyendo. El fenómeno del envejecimiento poblacional y el crecimiento del segmento de población de más de 60 llama a los actores del mercado a revisar prejuicios en pos de mantenerlos dentro del consumo, desafiando los estereotipos de la anciana pasiva que ya no encara proyectos nuevos, sino que está al servicio de su familia, sus hijos y las necesidades de nuevas generaciones.

No se trata solamente de que los progresos médicos propongan perspectivas de envejecimiento saludable, sino de construir socialmente las distintas realidades de la vejez, con sus mayores o menores limitaciones, como formas de vivir y de ser persona, y ya no formas de perdurar o subsistir. La propia experiencia y las decisiones personales sobre estilo de vida tienen un altísimo impacto sobre el envejecimiento saludable, independientemente del modelo médico de la salud como ausencia de enfermedad.

La perspectiva antiviejista que inaugura el jurista y filósofo Robert Butler también gana espacios en el mundo contemporáneo. Tanto en el mundo jurídico como en la cultura, apuntalado por el crecimiento que ya mencionamos de las personas mayores como consumidoras diferenciadas, aparece el surgimiento del derecho de la vejez en la década del '90 en nuestro país de la mano de Ciuro Caldani, y se cristaliza en los trabajos de Isolina Dabove, ambos investigadores del CONICET. Esta mirada también puede reconocerse como parte de una narrativa antiviejista en términos de Butler (1980), quien con gran lucidez a finales del siglo pasado reconocía al viejismo como una manera de discriminación que el derecho debía superar, advirtiéndonos que “las actitudes de los miembros de la sociedad modelan las políticas que la gobiernan” por lo que “es posible que los sesgos, estereotipos y prejuicios interfieran en la formulación eficaz de políticas públicas”. Estas, a la vez, retroalimentan la cultura contemporánea y los productos culturales que perpetúan los sesgos y prejuicios naturalizados, a pesar de que exista evidencia científica o incluso práctica o lógica que los refute. Nos señala Butler (1980) que “A través de este efecto sobre la política, las actitudes se convierten en institucionales. Este ha sido el caso del sexismo y el racismo, y también es el caso del viejismo”.

III. ¿De quién es la incapacidad?

En el Derecho occidental, la capacidad se adquiere al convertirse en adulto frente al derecho, a partir de los 18 años. Hasta el siglo XXI, el consenso jurídico y social aceptaba que se retirara completamente la capacidad de hecho a una persona, aunque siempre con medidas de resguardo dada la enormidad de la pérdida que se impone al sujeto de derechos en esta figura llamada con frecuencia “muerte civil”. Sólo era posible retirar la capacidad jurídicamente, por motivos graves, y sólo un juez podía (y todavía puede) establecer su restricción.

Esta es la solución “razonable” que adjudica Swift al reino de Luggnagg para los inmortales:

“Tan pronto como han cumplido los ochenta años, se los considera legalmente como muertos: sus haciendas pasan a sus herederos, dejándoles sólo una pequeña porción para subsistencia, y los pobres son mantenidos a cargo del común. Pasado ese término quedan incapacitados para todo empleo de confianza o de utilidad; no pueden comprar tierras ni hacer contratos de arriendo, ni se les permite ser testigos en ninguna causa civil ni criminal, aunque sea para la determinación de linderos y confines”.

Afortunadamente, desde la época en que Swift escribió su obra hasta nuestros días, la visibilización de los abusos sistemáticos en entornos institucionales y también en entornos familiares y profesionales sumada al desarrollo del derecho y del sistema internacional de derechos humanos puso en crisis el paradigma que consideraba el retiro de la capacidad como una manera de proteger al sujeto de derecho. En el siglo XX, avanzó el reconocimiento de las personas en situación de dependencia como sujeto de derecho, no simplemente objeto de políticas públicas, y ganó espacio un nuevo paradigma que en este siglo XXI ya se convirtió en derecho, especialmente con la negociación de la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad (2006) y posteriormente la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015), cuyas disposiciones exigen agotar todas las herramientas de apoyos para la preservación de la autonomía del sujeto.

Quienes negociaron la Convención sobre Discapacidad trabajaron con académicos y organizaciones de la sociedad civil sobre dos paradigmas contrapuestos. Hasta este momento, prevalecía aún en el derecho el paradigma de la sustitución en la toma de decisiones, el paradigma tradicional al que se refería Swift en su obra y que continuaba vigente tanto en los países del *common law* como en aquéllos donde prevalece el derecho civil. Como negociadora por la República Argentina, pude comprobar que a través de los cuatro años de negociación, uno de los nudos principales del debate fue la mejor comprensión de un nuevo paradigma emergente: el modelo de apoyos en la toma de decisiones, favorecido por activistas y académicos, que logró imponerse como el corazón del artículo 12 que define la capa-

cidad jurídica en la Convención, aunque sin eliminar completamente la posibilidad de sustitución en los casos más extremos. Como señala Palacios (2020), el nuevo paradigma de apoyos propone entender la capacidad jurídica como la libertad para tomar decisiones, en lugar de vincularla solamente a la sabiduría de tales decisiones. Se discutió, por lo tanto, el “derecho a cometer errores” como una cuestión de igualdad jurídica, donde la persona con discapacidad o la persona mayor tiene el mismo derecho a cometerlos que cualquier persona adulta sin discapacidad.

Posteriormente, la Convención sobre los derechos de las personas mayores a nivel interamericano hizo suyo este cambio de paradigma, que se reflejó en su art. 30 que sigue el mismo lenguaje del mencionado artículo 12. En este siglo, los Estados parte de una o ambas Convenciones han trabajado en el desarrollo de las herramientas jurídicas y mecanismos de apoyo necesarios así como en la modificación de las instituciones preexistentes, como la curatela.

Muchos de los y las especialistas que protagonizaron los debates en el ámbito de ambas Convenciones se reunieron nuevamente en agosto de 2024 en la Universidad de Buenos Aires, en el primer Congreso Mundial sobre Apoyos y Cuidados de Personas Adultas Mayores. El Congreso, organizado por *International Guardianship Network (IGN)*, puso de manifiesto el intenso trabajo desarrollado por juristas, curadores, sociólogos, trabajadores sociales, jueces, psicólogos y otras disciplinas para convertir en realidad este cambio normativo a nivel del derecho internacional e implementarlo en las distintas realidades de cada país representado. Un tema de gran interés surgió en uno de los plenarios, en la que Steve Hill, quien en 2006 encabezara la delegación de Estados Unidos en la última sesión de negociación de la CDPD, junto a otras especialistas analizó la influencia de esta Convención no sólo en el desarrollo del derecho en los Estados partes, sino en otros Estados que no han firmado o no han ratificado tal Convención, extendiendo el análisis a otros instrumentos de derechos humanos como la Convención Interamericana sobre personas de edad. El enfoque interdisciplinario e internacional mostró la aplicación vigorosa y cada vez más eficaz de un paradigma que no está desprovisto de desafíos.

Como lo sintetizó la presidenta del Congreso y anfitriona, Dabove (2024), en sus palabras de bienvenida, este Congreso fue una oportunidad para:

“preguntarnos acerca de nuestras propias limitaciones y precariedades, sobre nuestros prejuicios o sesgos naturalizados en torno a la discapacidad, a la vejez, y a la necesidad de asistencia personal. Estoy convencida de que éste es un buen punto de partida para imaginar y construir futuros mejores para todos”.

En síntesis, el problema trasciende la capacidad cognitiva de una persona mayor o una persona adulta con una discapacidad psicosocial. La incapacidad de los seres humanos para tratarnos mutuamente con justicia, respeto y benevolencia, incluso dentro de relaciones familiares o sentimentales, es la que les pone límites a las instituciones y pone en crisis herramientas jurídicas concebidas de buena fe para la protección de las personas y sus patrimonios, como fue el caso del modelo sustitutivo en la toma de decisiones. Las voces de las personas con discapacidad, de las personas mayores y de quienes han sufrido históricamente el abuso de la figura de la declaración de incapacidad exige ser escuchada sin mediaciones. La buena noticia para la pequeña inmortal de La Matanza es que el derecho está aplicando nuevas soluciones para preservar el espacio de autonomía de cada una de ellas.

IV. ¿Más vida es menos autonomía?

La parábola de Swift también habla de dos temas centrales vinculados al derecho a la autonomía: el aislamiento y el desempoderamiento patrimonial.

Como nos plantea Dabove (2018), “la autonomía es el espacio individual dentro del cual cada persona ejerce por si misma el poder sobre su vida y su patrimonio, establece reglas, disposiciones o planes válidos para sí, se proyecta y desarrolla” y esta autonomía debe ser protegida por el derecho para que cada individuo pueda ejercitarla en igualdad de condiciones con todos los demás. Comprende derechos y libertades fundamentales vinculadas a la subjetividad, como la identidad,

la libertad ideológica y la libertad religiosa, además de los derechos patrimoniales “y su vinculación con los bienes y cosas, el domicilio, la vivienda y su habitat (o medio ambiente), el trabajo, la ocupación y la recreación, su relación con los otros sujetos de derecho”. En síntesis, y apelando al principio kantiano fundamental, “los derechos humanos de autonomía son todas las instituciones jurídicas que sostienen a la persona como fin en sí misma”.

Ambos aspectos, el patrimonial y el no patrimonial, son esenciales a los derechos de autonomía. Respecto a derechos no patrimoniales y la identidad, estos seres inmortales del imaginario reino de Luggnagg se hunden en el aislamiento social ya que no logran aprender nuevas formas de un lenguaje que muta de forma rápida, al punto de que tras un par de siglos les resulta ajeno.

Esta idea de la renuncia de seguir hablando el lenguaje de los demás, o la imposibilidad de hacerlo, nos remite a una realidad de este siglo, la de las nuevas tecnologías de comunicación. Los medios de comunicación social no sólo reflejan las mutaciones del lenguaje con cada generación, los giros y estilos que se van imponiendo socialmente con mayor o menor rapidez, sino que crean lenguajes propios, a través del uso de imágenes y de símbolos, de referencias culturales, y otros recursos que tienen un componente de deliberada separación y exclusión del otro, común a las jergas y los lenguajes de grupos sociales exclusivos expulsores.

A esto se suma la dificultad agregada de aprender los medios con que se construyen y se usan estos lenguajes: nuevos dispositivos, nuevos programas y lenguajes informáticos, canales de comunicación visual o textual, aplicaciones. Estas formas de comunicarse pueden entonces construirse como barreras que van aislando a las generaciones entre sí, pero también tienen potencial para generar el encuentro. Su naturaleza misma, como productos comerciales, hacen que sean en su mayoría intuitivos, de fácil acceso y de difusión democrática, por lo que la profecía o incluso el proyecto de la exclusión del otro no siempre se cumple. El mismo medio o lenguaje puede funcionar también como una manera de acercamiento entre generaciones o situaciones que quizás no tienen tanto en común en otras reali-

dades, pero comparten el acceso a un determinado lenguaje o se encuentran a través de sus alter-ego en un “metaverso”.

Por otra parte, Swift imagina un país en donde a las personas se las priva de todos sus bienes y se las reduce a recibir un estipendio exiguo, ya sea de sus familias o del Estado, a partir de los 80 años. No nos ocuparemos hoy de los sistemas jubilatorios en crisis ni de la incapacidad de la mayoría de los modelos sociales de proveer una vida justa para muchos hombres y mujeres después de la edad de retiro. Las realidades de nuestro país y de la mayoría de los países del mundo, que a veces se utiliza con fines políticos acentuando el odio intergeneracional para encontrar una nueva brecha y un nuevo enemigo, nos demuestran que muy poco ha cambiado frente a la horrible práctica de “tratar a los inmortales como muertos civiles” que nos hacía imaginar Swift (2018) para sus personajes inmortales.

Hoy, en Argentina, como en muchos países, los estereotipos de familia, e instituciones como la legítima y el derecho sucesorio, van cercando nuestra autonomía a medida que envejecemos. No vemos muchos casos en que las hermanas de una persona de 40 años intenten impedirle enajenar sus bienes (vender un departamento o un auto), alegando un interés sobre “su propio bien”, la supuesta mala influencia de parejas sentimentales o de profesionales de la salud, o directamente su propia expectativa de heredar.

Muy distinta es la situación cuando esa misma persona llega a los 70 u 80 años y sus decisiones patrimoniales parecen convertirse en legítima materia de discusión para sus herederos en potencia. La expectativa de tomar las decisiones sobre la propia vida y los bienes propios se convierten en tema de conversación familiar, con hijos y sobrinos, con hermanos y con amigos. E incluso se judicializan. Se pone en cuestión la capacidad y se proponen tutelas “bienintencionadas” que excluyen a la interesada de las decisiones. Los contactos y los afectos se sospechan de perversos; las relaciones, de interesadas; el placer y el consumo, de excesos seniles. La persona debe ponerse a la defensiva, blindarse jurídicamente a través de asesoramientos o recursos onerosos, o convertirse en rehén de sus allegados, per-

mitiendo que sean otros los que toman las decisiones más privadas sobre cómo y con quién vivir, qué comprar, cuánto gastar, cuánto y qué disfrutar.

Los tribunales, a pesar de que cuentan con las herramientas que les da la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en particular el art. 30, y reconoce el goce de todos los derechos para las personas mayores en condiciones de igualdad con los demás, todavía tienen dificultades en escuchar al viejo o la vieja. En el análisis de fallos, escuchamos fuerte y claro una y otra vez la voz de la abogada, de la médica, de la experta forense, de la psicóloga, de las herederas forzosas (o no). Escuchamos con mayor o menor claridad la voz de la fiscalía, y siempre con mucha fuerza la voz del propio tribunal, de su visión moral, de su conocimiento. A menudo, se cita a la persona mayor para apoyar los argumentos esgrimidos por unos u otros, como si fuera un testigo de su propia vida. Es raro que se distinga la voz de la persona de edad que está en el centro de ese texto, la persona de edad cuya autonomía o cuya capacidad están en juego. La persona que se está jugando no sólo su departamento, su empresa, su convivencia con otra persona demasiado vieja o demasiado joven, demasiado buena o demasiado mala, demasiado femenina o demasiado masculina. Se está jugando la posibilidad de que estar vivo, después de los 80, siga siendo una buena noticia.

V. Conclusión

Entonces, ¿hemos logrado como sociedad convertir la inmortalidad en una buena noticia? Estamos trabajando para lograrlo, desde muchas perspectivas y enfoques, incluso contradictorios.

Las narrativas que proponen a la vejez como una etapa de producción, de conocimiento y de goce existen y ganan espacios. Persisten también las miradas que ven a la vejez como un exceso; el capricho y la obstinación de quien continúa viviendo y consumiendo recursos habiendo agotado ya todas sus posibilidades de

ajustarse a los estereotipos de lo que significa ser persona, ser útil, ser moral, ser simpático o simpática, no importa a qué edad.

El envejecimiento global pone en crisis la mirada que considera a las generaciones como eslabones en una cadena de transmisión de bienes y de poder, de padres a hijos, en un modelo de familia romana que no se adapta a la coexistencia de cuatro, cinco o más generaciones habitual en el siglo XXI. Las narrativas no hegemónicas pero perniciosas que estructuran nuestras vidas tienen fuertes componentes que hablan del éxito como un crecimiento continuo, siempre en fuga hacia lograr más poder, más dinero, más influencia, más responsabilidad – por lo que el retiro, el cambio de trabajo, el cambio de ritmo y, en general, los cambios vitales que nos permiten adaptar nuestros proyectos de vida a los distintos apetitos, capacidades y gustos que encontramos en la última etapa de la vida, pueden tratar de forzarnos a ver esa adaptabilidad como fracaso y renunciamiento en lugar de una estrategia inteligente y socialmente positiva de continuar viviendo con proyectos, negándonos a subsistir con resignación o a medirnos y compararnos con los demás.

Las narrativas del éxito como imposible escalera hacia el infinito, o de la vida como un ciclo donde existe un clímax en la vida adulta y un necesario decaimiento en la vejez, no son las únicas y están siendo desafiadas tanto por la ciencia como por la realidad, y por los viejos y las viejas. El discurso del desarrollo sostenible, por ejemplo, claramente ve el envejecimiento poblacional como un éxito de políticas públicas y conducta social. El discurso de los derechos humanos, por otra parte, está revalorizando a la persona en cada etapa de su vida y su autonomía. Desde el derecho se pone en crisis la idea de que los viejos hacen las cosas de forma distinta a los jóvenes porque no pueden hacer otra cosa, como una carencia. Se plantea la existencia de discriminación activa, de barreras que la sociedad y las normas crean allí donde no se asegura una igualdad de derechos para todos. Se desvía la mirada de “culpa” puesta en las limitaciones físicas, intelectuales, culturales y de la valoración social de la persona hacia el contexto que la está asfixiando.

Son todos mensajes muy fuertes que hablan de que vivir más allá de la edad de cuidado de los hijos o más allá de la jubilación, también es vivir con plena capacidad - no es “durar” obstinadamente a costa de los demás. Nos abre la esperanza de desear que nuestra vejez sea prolongada y que sea feliz.

Referencias bibliográficas

- BUTLER, Robert (1980). Ageism: A Foreword. *Journal of Social Issues*, 36: 8-11.
- CUTLER, David; DEATON, Angus Stewart y LLERAS-MUNEY, Adriana. (2006) The Determinants of Mortality. *Bulletin on Aging & Health*: No. 2.
- PALACIOS, Agustina (2020). El cambio de paradigma en materia de capacidad jurídica. En *Situaciones de discapacidad y derechos humanos*, Silvia Fernández, 1era edición, La Ley, 221 - 224.
- DABOVE, María Isolina (2024). Adult Support and Care: From Guardianship to Personal Autonomy / María Isolina Dabove. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.
- HILL, Steven (2024). *La CPDP y su relación con el sistema de justicia penal de los EE.UU.* En Dabove, María Isolina (Presidencia), Congreso Mundial sobre Apoyos y Cuidados de Personas Adultas y Mayores. De la curatela a la autonomía personal. Congreso realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- DABOVE, María Isolina (2005). Ancianidad, Discriminación y Derecho. Reflexiones bioéticas para la construcción de una ciudadanía humanista. *Teoría y Práctica de La Elaboración de Normas Jurídicas*, 1(3), 3-10.
- DABOVE, María Isolina (2008). Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. *Revista de Derecho de Familia*, 40, 39-54.
- DABOVE, María Isolina (2018). Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas. *Revista de derecho privado*, Universidad Externado

de Colombia, 34, 53-85.

DABOVE, María Isolina (2020). Derecho de la vejez. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Astrea.

IACUB, Ricardo (2021). *El poder y las narrativas sobre la vejez*, Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

IACUB, Ricardo (2013). Nuevas reflexiones sobre la Posgerontología. *Gerontologia*, 16(4), 295–311.

IACUB, Ricardo (2015). El poder y la vejez. Los relatos y sus políticas. *Revista Kairós Gerontología*, 18(4), 439–453.

IACUB, Ricardo (n.d.). El Nacimiento de la Gerontología.

REDIKER, Marcus (1985). Life and Labour in England, 1700-1780. *The William and Mary Quarterly*, Vol. 42, No. 2, 267-271.

SWIFT, Jonathan (2018). Los Viajes de Gulliver. E-BOOKARAMA.

Documentos

UNFPA (2021). *World Population Dashboard*.

El conocimiento como estrategia para fortalecer los derechos humanos de las personas mayores

Knowledge as a strategy to strengthen the human rights of older persons

 **Beltrina Côrte**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil
beltrinac@gmail.com

 **Maria Elisa Gonzalez Manso**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil
mansomeg@hotmail.com

Resumen: Este artículo propone una reflexión a partir de experiencias exitosas en el fortalecimiento de la atención de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos en el contexto brasileño. A partir de un breve panorama de la situación sociodemográfica reciente del país, se presenta una concisa revisión de las políticas de derechos humanos dirigidas al segmento de edad avanzada brasileño y, posteriormente, se discute un conjunto de experiencias educativas e informativas que buscan alcanzar esos objetivos, como el Portal Envejecimiento y Longevidad, que utiliza el conocimiento como estrategia para fortalecer los derechos humanos de las personas mayores. El objetivo es, por tanto, señalar desafíos y potencialidades para la protección efectiva de los derechos humanos de esta porción de la población brasileña que vivirá la etapa de vejez, alrededor de dos o tres décadas en un corto período de tiempo.

Palabras clave: COMUNICACIÓN; DERECHOS HUMANOS; PERSONA MAYOR

Abstract: This article proposes a reflection, from the perspective of human rights, pertaining to successful experiences regarding strengthening care for elderly people in the Brazilian context, from the perspective of human rights. Based on a brief overview of the country's recent sociodemographic situation, the article presents a concise review of human rights policies aimed at the Brazilian elderly age segment and, subsequently, discusses a set of educational and informational experiences that seek to achieve the objectives of said policies, such as the Aging

and Longevity Portal, which uses knowledge as a strategy to strengthen the human rights of older people. The aim is, therefore, to point out challenges and goals for the effective protection of human rights for this portion of the Brazilian population that will experience the stage of old age, around two to three decades, in a short period of time.

Keywords: COMMUNICATION; HUMANS RIGHTS; ELDERLY

Fecha de recepción: 03/10/2024

Fecha de aceptación: 07/02/2025

Identificador doi: 10.62169/rg.i34.2547



El conocimiento como estrategia para fortalecer los derechos humanos de las personas mayores

Beltrina Côrte y Maria Elisa Gonzalez Manso

I. Envejecimiento en Brasil: algunos datos sociodemográficos

Brasil es uno de los países de América Latina y el Caribe que presenta un rápido y significativo envejecimiento poblacional. En los últimos 12 años, la población anciana creció un 57,4%, alcanzando aproximadamente, según datos de 2022, treinta y dos millones de personas mayores de 60 años, con un claro predominio femenino: más del 50% de las personas mayores son mujeres (Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística [IBGE], 2022). Además, hubo un aumento en la esperanza de vida o expectativa de vida: en 2010 era de 73,4 años y en 2022 llegó a 77 años, y se espera que aumente en las próximas décadas (IBGE, 2022).

Sin embargo, las desigualdades sociohistóricas y acumulativas en el país hacen que el envejecimiento sea diferente según el color de la piel, la etnia y el lugar de residencia. Así, las personas negras y de color tienen menos acceso a la educación, dificultades para permanecer en la escuela, más empleos informales, menos representación política y representan el mayor porcentaje de personas por debajo del umbral de pobreza. Siguen siendo las mayores víctimas de homicidios en edades jóvenes (de 15 a 29 años) en el país, lo que hace que el envejecimiento sea un desafío para estas personas (IBGE, 2019). Además, vivir en la región Norte del país equivale a tener una esperanza de vida hasta ocho años menor que vivir en las regiones Sur y Sudeste, regiones que concentran mayores ingresos (IBGE, 2022).

En el país, el género es otra variable importante que impacta el envejecimiento. Aunque las mujeres vivan más que los hombres, reciben pensiones más bajas debido a las disparidades salariales a lo largo de su vida, están más sujetas a la violencia estructural y simbólica, tienen peor estado de salud, tienen mayor dificultad para realizar las actividades de la vida diaria, tienen más condiciones crónicas y tienen más enfermedades relacionadas con la salud mental, como ansiedad, depresión y agotamiento. Nuevamente, el color de la piel marca una línea: las mujeres negras y morenas tienen menores ingresos que las blancas, están más insatisfechas, con más ansiedad y depresión, además de sufrir con el racismo y la pobreza (Laboratório Think Olga, 2023; Manso y Lopes, 2017; Mrejen, Nunes y Giacomini, 2023).

El estrés acumulativo de las horas de trabajo fuera y dentro del hogar, combinado con la pobreza, entre otros factores, ayuda a perpetuar estas condiciones. Se observa que casi una cuarta parte de las familias brasileñas (23%) tienen a las mujeres como únicas proveedoras de ingresos, sin ninguna ayuda de otras personas, a pesar de que sus salarios son hasta un 37% inferiores a los de los hombres. Esta situación no es más que un reflejo de la situación del envejecimiento femenino en el mundo, donde las mujeres aparecen en desventaja en todos los países (Laboratório Think Olga, 2023; Manso y Lopes, 2017).

Los datos sobre el envejecimiento de las poblaciones quilombolas, indígenas y LGBTQIAPN+ son raros y escasos en el país, sin embargo, se sabe que la discriminación y el desconocimiento sobre sus necesidades y especificidades impactan negativamente en su envejecimiento. Brasil es uno de los países con mayor número de muertes entre la población transexual, con altos niveles de violencia trans y homofóbica. Además, recién en 2022 el país se molestó en incluir a la población quilombola en el censo y fue recién en ese año que se formuló una pregunta específica sobre si la persona se reconocía o no como indígena, lo que no sucedió respecto de las identidades de género (CNN Brasil, 2022; IBGE, 2023; Observatorio de Muertes y Violencia LGBT+ en Brasil, 2022). Estos hechos

muestran por qué hay tan pocos datos y cuán invisibles siguen siendo estas poblaciones en el país.

Estas desigualdades brevemente expuestas nos exigen repensar cómo los derechos humanos y las políticas relacionadas con ellos han sido cuestionados en el país. Si no se consideran estas especificidades, el ejercicio de los derechos y el buen envejecimiento, activo y participativo, se convierte en un privilegio de pocos en Brasil.

II. Derechos humanos y envejecimiento en Brasil

Los derechos humanos pueden considerarse como un conjunto de normas jurídicas que reconocen y protegen la dignidad de cualquier persona, independientemente de su género, edad, etnia, ingresos, condición de salud, entre otros atributos. Establecen una guía para la vida en sociedad, y su disfrute puede tener lugar individualmente, en las relaciones de las personas entre sí y en conexión con un Estado (Comparato, 2008; Ramacciotti y Calgaro, 2021; Sarlet, 2007).

Positivos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, orientan todo el marco jurídico relacionado con el envejecimiento en Brasil, tal como se expresa en la Constitución Federal (Constitución de la República Federativa de Brasil [CF], 1988) del país en su artículo uno, donde se dice que la dignidad de la persona es uno de los fundamentos de la sociedad brasileña.

La constitución brasileña también prohíbe cualquier tipo de discriminación, incluida por edad (artículo 3, IV) y advierte, en el artículo 6, que los derechos sociales a la salud, la educación, el trabajo, la vivienda, el ocio, la protección social, la seguridad social y la asistencia a los indigentes, se vinculan con el buen envejecimiento. El Art. 230 traduce que la persona mayor debe ser apoyada por la familia, la sociedad y el Estado, el cual debe asegurar su participación en la

comunidad, defender su dignidad y bienestar, garantizando su derecho a la vida y priorizando el hogar como lugar preferente para implementar políticas públicas.

En 1994 entró en vigor en el país la Política Nacional del Adulto Mayor-PNI (Ley n° 8.842), que protege los derechos sociales y la dignidad de este grupo etario, destacando la necesidad de garantizar la autonomía, la integración y la participación social, considerando a la persona mayor como agente activo en la conducción de su propia vida. Sin embargo, el mayor avance en materia de derechos humanos fue la promulgación del Estatuto del Adulto Mayor en 2003 (Ley n°10.741), que destaca que las personas mayores gozan de todos los derechos fundamentales, en condiciones de libertad y dignidad. El Estatuto también destaca la necesidad de protección contra la violencia, la crueldad o la opresión y que es deber de todos prevenir amenazas o violaciones de los derechos de las personas mayores. Estas dos leyes ponen de relieve el papel de los Consejos de Mayores como órganos de participación que deben proteger los derechos de este grupo de edad.

La constitución brasileña (CF, 1988) destaca aún la primacía de los tratados internacionales que tratan de derechos humanos, y la legislación infraconstitucional debe ser interpretada y las políticas públicas implementadas con estos tratados como guía.

En este sentido, la Declaración de Brasilia (Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], 2007), resultado de la II Conferencia Regional sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe celebrada en 2007, recoge el compromiso de los países firmantes de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas mayores, trabajar para erradicar todas las formas de discriminación y violencia, además de crear redes de protección de las personas mayores con el fin de hacer efectivos sus derechos.

La Declaración también destaca la heterogeneidad del envejecimiento, que debe considerarse en sus especificidades tanto en las zonas urbanas como en las

rurales, en términos de género, color de piel y origen étnico. La necesidad de priorizar a los sectores más vulnerables de la población en función de su condición económica y social, sumar mayor solidaridad a los sistemas de protección social y promover el acceso equitativo a servicios de salud integrales, oportunos y de calidad, de acuerdo con las políticas de salud pública de cada país, son puntos principales (CEPAL, 2007).

A partir de esta declaración, los países firmantes, incluyendo Brasil, se comprometieron a crear marcos legales y mecanismos de supervisión y prevención para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas mayores, tanto de las que residen en sus hogares como de las que viven en instituciones de larga estancia (CEPAL, 2007).

En 2012, en la III Conferencia Regional sobre Envejecimiento de América Latina y el Caribe, se adoptó la Carta de San José de Costa Rica sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe y en el Foro Internacional de Longevidad, celebrado en Río de Janeiro en 2013, se publica la Declaración de Río (Centro Internacional de Longevidade Brasil [ILC], 2016) que destaca la importancia de la existencia de una cultura del cuidado durante toda la vida, sostenible y económicamente viable; los cambios culturales actuales respecto de las familias, cada vez más pequeñas y menos capaces de brindar cuidados sin ayuda adicional; la importancia de la solidaridad intergeneracional y social, especialmente para aquellas personas mayores muy longevas que, por su fragilidad, deterioro cognitivo, discapacidad o aislamiento, ven vulnerados sus derechos humanos.

Por ello, en 2015 se aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la cual refuerza los términos de los documentos antes mencionados y la necesidad de contar con un instrumento jurídicamente vinculante que proteja los derechos humanos de las personas mayores (Organización de los Estados Americanos [OEA], 2016).

Este Convención presenta algunos conceptos importantes como: “abandono”, “cuidados paliativos”, “discriminación”, “envejecimiento activo y saludable”, entre

otros y, entre sus principios generales, destaca: la valorización de las personas mayores, su papel en la sociedad y su contribución al desarrollo; la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de las personas mayores; seguridad física, económica y social; la responsabilidad del Estado y la participación de la familia y la comunidad en la integración activa, plena y productiva de las personas mayores en la sociedad, así como en su cuidado y atención, de conformidad con la legislación interna (OEA, 2016).

El capítulo IV de la citada Convención señala qué derechos de las personas mayores deben protegerse -en total son treinta y tres- y, entre ellos, cabe destacar los siguientes: igualdad y no discriminación por razón de edad, derecho a la dignidad en las personas mayores, derecho a la independencia y autonomía, derecho a la participación e integración comunitaria, derecho a la seguridad y a una vida libre de cualquier tipo de violencia, derechos a expresar el consentimiento libre e informado en materia de salud, derecho al trabajo, derecho a la seguridad social (OEA, 2016).

Este es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante, como se ha mencionado, destinado a proteger y promover los derechos de las personas mayores. Su aprobación constituye un avance en los esfuerzos por garantizar permanentemente los derechos de este grupo poblacional. La Convención reconoce a las personas mayores como sujetos de derechos, empoderándolas y garantizando su plena inclusión, integración y participación en la sociedad (OEA, 2016). Sin embargo, a pesar de que Brasil es signatario, hasta la fecha no ha habido ratificación de este por parte de la legislación brasileña, y está en discusión desde 2017, lo que no lo integra al ordenamiento jurídico nacional (Agência Câmara de Notícias, 2023).

Por lo tanto, la defensa de los derechos de las personas mayores en el país sigue respetando las disposiciones de la Constitución Federal y del Estatuto de las Personas Mayores (CF, 1988; Ley n° 10.741, 2003).

III. Los derechos de las personas mayores a la seguridad social

Varios documentos internacionales y la legislación brasileña destacan la importancia de garantizar los derechos de las personas mayores a la seguridad social. Vale resaltar que Brasil tiene en su Constitución Federal los tres pilares que constituyen la llamada protección o seguridad sociales en el país: el derecho a la salud, a la asistencia social y a la seguridad social. Esta protección, así constituida, asegura los derechos humanos y la dignidad de la persona mayor.

En cuanto al derecho a la salud, se destaca que incluye una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven condiciones para que las personas lleven una vida saludable, como el acceso a agua limpia y potable, a la alimentación y nutrición, a la vivienda adecuada y a condiciones sanitarias, entre otros (Oliveira, 2010; Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2018).

El derecho a la salud de las personas mayores se establece como resultado de la capacidad funcional de estas personas, entendida como los atributos relacionados con la salud que les permiten continuar siendo y/o haciendo lo que valoran y que depende tanto de cuestiones físicas como mentales, así como de la interacción con el entorno de vivienda (ONU, 2023).

En Brasil, la legislación dirigida a las personas mayores destaca la importancia de una visión amplia de lo que es la salud, que vaya más allá de las enfermedades, comprendiendo las necesidades de la persona en sus aspectos biopsicosociales. De esta manera, se debe proteger el derecho a la salud desde la promoción de la salud y la prevención de enfermedades y padecimientos, pasando por el diagnóstico, tratamiento, curación y rehabilitación, además de los cuidados de larga duración y paliativos si necesario. En toda esta cadena se encuentra destacado el concepto de cuidado.

El cuidado en salud implica preocupación por las personas mayores y se basa en el diálogo, la escucha atenta y la mirada atenta. La palabra cuidado deriva de las palabras latinas *coera* y *cogitatus*. En el primer sentido, es utilizada en el contexto

de las relaciones de amor y amistad, expresando la actitud de cuidado y preocupación por el otro. En el segundo, por supuesto, significa sanar, es decir, interesarse, pensar en los demás, prestar atención. Por lo tanto, el cuidado surge cuando algo o alguien es importante y presupone dedicación, disponibilidad, aceptación y responsabilidad hacia la persona cuidada (Boff, 2008).

Al pensar en el cuidado, se ve a la persona como sujeto, excluyendo la relación de dominancia, intercambiándola por convivencia, alteridad, reciprocidad y complementariedad. Así, acoger, atender, comprender, ser empático, ser tolerante, establecer vínculo, debe permear las relaciones entre los profesionales de la salud y las personas mayores, manteniendo-se la calidad de la atención y resolución. Cuidar es respetar las historias de vida de los sujetos que envejecen, asumir responsabilidades, interactuar y relacionarse con los demás, siendo considerado como su opuesto el abandono y el desamparo, los cuales pueden agravar el sufrimiento y aumentar el aislamiento (Ayres, 2009; Manso, 2015).

El cuidado, en el área de la salud, busca pensar el sujeto de manera integral, respetando las diferencias individuales, sus relaciones culturales, sus necesidades específicas. El cuidado en la salud es una dimensión de integralidad e interdisciplinaria, y busca superar la visión fragmentada del ser humano (Manso, 2015).

Pensar en el cuidado presupone alcanzar el derecho a la salud en sus componentes relacionados con accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. En cuanto al primero, implica el acceso sin ningún tipo de discriminación, priorizando a los más vulnerables. La accesibilidad debe verse no solo desde el punto de vista físico o arquitectónico, sino también desde el punto de vista económico, cultural y de la información (ONU, 2018).

Disponibilidad incluye un número suficiente de establecimientos de salud, bienes y otros servicios, considerando los determinantes del territorio y los profesionales de la salud. En cuanto a la aceptabilidad, se destaca la ética y la prestación de cuidados culturalmente apropiados, respetando las minorías étnicas

y los requerimientos de género. La calidad se refiere a una atención adecuada desde el punto de vista científico, con personal capacitado (ONU, 2018).

En Brasil, el derecho a la salud de las personas mayores ha sido una política nacional de salud desde 1994, la cual fue revisada en 2006 (Política Nacional de Salud de la Persona Mayor [PNSI], 2006). Esta es política que se basa en preservar la capacidad funcional manteniendo al mismo tiempo la autonomía e independencia de quienes envejecen. Para lograrlo, se establecieron Redes de Atención a la Salud de las Personas Mayores (Ordenanza n° 702, 2002), teniendo como primer punto de acceso la Atención Primaria de Salud, que es la encargada de coordinar la atención a estas personas. Vale destacar también el Pacto por la Vida (Ministerio de Salud, 2006), que explica la salud de las personas mayores como una de las seis prioridades del Sistema Único de Salud (SUS).

Ya la Ley Orgánica de Asistencia Social - LOAS (Ley n° 8.742, 1993) aborda la protección social no contributiva de la población adulta mayor socialmente vulnerable y la gestión compartida a través de consejos de la tercera edad y fondos de asistencia social en los tres órdenes de gobierno (municipal, estatal y federal). Se ocupa de la protección social independientemente de la contribución previa, proporcionando así acceso y cobertura universales.

LOAS (1993) destaca el papel de los municipios como ejecutores de una política asistencial, que tiene como eje central la matriz sociofamiliar, considerando a la familia como el núcleo social básico de acogida, convivencia, autonomía, sostenibilidad y protagonismo social de la persona mayor. La citada ley regula el Beneficio de Pago Continuo, BPC, como un derecho constitucional para las personas mayores de 65 años y para las personas con discapacidad que acrediten un ingreso familiar incompatible con la subsistencia. Se trata, por lo tanto, del principal programa de transferencia de ingresos dirigido a la población mayor (LOAS, 1993).

Con base en la LOAS, las acciones de asistencia social se dividen en dos categorías de protección social: básica y especial, según el nivel de complejidad de

la atención y su naturaleza. Para ambos existe una red de servicios, programas, proyectos y beneficios que se materializan en equipamientos físicos donde se desarrollan actividades para proteger a las familias e individuos. Esta red está diseñada para atender a personas mayores en situación de vulnerabilidad y riesgo social derivadas de la pobreza, de la separación de la sociedad, de la falta de ingresos, de frágiles vínculos familiares y/o comunitarios, de la discriminación, entre otros, buscando comprender y garantizar derechos (Ministerio de Asuntos Sociales, Desarrollo y Lucha contra el Hambre [MDS], 2014).

La protección social básica tiene como eje principal la prevención del aislamiento y abrigo e el protagonismo social de las personas mayores. Ya la especial, atiende a personas mayores con algún grado de dependencia y vulneración de derechos, para fortalecer y desarrollar sus potencialidades, con atención frecuente a personas que presentan situaciones de violencia (MDS, 2014).

IV. Experiencias educativas desde la perspectiva de la garantía de los derechos humanos

El envejecimiento es un fenómeno complejo, de ahí la importancia de múltiples perspectivas. En este ámbito, diversos saberes y disciplinas, como la sociología, la psicología, la antropología, el trabajo social, la economía, la política, el derecho, la biología, la filosofía, la comunicación, entre otras, se entrelazan y buscan una nueva perspectiva de conocimiento más integral sobre la vejez, que se refleje en acciones consistentes. Así, la gerontología, considerada desde esta perspectiva, es interdisciplinaria y la interdisciplinariedad debe ser considerada como una condición fundamental para la enseñanza y la investigación en la sociedad contemporánea (Côrte y Brandão, 2019).

Es importante resaltar que en el mundo clásico y medieval no hubo preocupación por establecer separaciones significativas entre los diferentes conocimientos disponibles sobre la realidad, por el contrario, se deseaba

combinarlos. Independientemente de la diferente naturaleza de los objetos de estudio, las bases del conocimiento eran las mismas, las premisas básicas del conocimiento científico eran comunes y los estudiosos de un tema u otro podían intercambiar ideas de manera productiva. Aunque, evidentemente, hubo especialización en torno a cada objeto, no se estableció ninguna exclusión ni desinterés recíproco entre los investigadores. Fue a partir de la modernidad que se estableció el sentido contrario, provocando que los investigadores se dedicaran a especialidades y subespecialidades, compartiendo sus conocimientos sólo en un ambiente cerrado y en círculo restringido (Leis, 2005).

Como destaca Morin: “(...) las disciplinas tienen una historia: nacimiento, institucionalización, evolución, agotamiento, etc. Esta historia está inscrita en la Universidad, que, a su vez, está inscrita en la historia de la sociedad” (2012, p. 105).

Las disciplinas no son más que una forma de selección ordenada de conocimientos que se presentan a los estudiantes a través de metodologías y procedimientos, con el propósito de brindarles aprendizaje. La organización disciplinaria surgió en el siglo XIX, como parte del cambio epistemológico provocado por el método científico cartesiano y contribuyó a innegables avances en la ciencia, pero, como consecuencia, proporcionó una enseñanza fragmentada. Comenzó a predominar la autosuficiencia, sin observar las interrelaciones con otras disciplinas, que, con el tiempo, comenzaron a tener lenguaje, técnicas y teorías propias, especializando el trabajo, delimitando fronteras y aislando cada vez más las áreas de conocimiento (Manso y Veras, 2017; Morín, 2012).

A medida que avanza la fragmentación disciplinaria, sus límites quedan expuestos, reforzados por la complejidad de la realidad. Como respuesta, surgen discusiones sobre cómo superarlo y nace el concepto de interdisciplinariedad, destacando su papel unificador en la búsqueda del conocimiento al relacionar elementos generales comunes a todas las disciplinas (Batista, 2006).

Morin (2012) señala que la revolución biológica de la década de 1950 sólo fue posible mediante la transferencia de conocimientos entre disciplinas. Por su parte, el informe de la Comisión Gulbenkian (Wallerstein et al, 1996) señala la necesidad de dismantelar las fronteras artificiales del conocimiento, recomendando firmemente el trabajo interdisciplinario y transdisciplinario sobre los problemas urgentes de nuestro tiempo, una necesidad que puede aplicarse a todas las ciencias.

A diferencia de las disciplinas, que paradigmáticamente congelan el conocimiento alcanzado en un momento histórico determinado, la interdisciplinariedad es una reacción alternativa y siempre hay varias reacciones interdisciplinarias posibles ante un mismo desafío de conocimiento (Leis, 2005; Morin, 2012).

La interdisciplinariedad es un punto de cruce y busca superar análisis fragmentados y simplificadores, reuniendo visiones de mundo marcadas por la lógica racional-instrumental y subjetiva, el trabajo en equipo y el trabajo individual. Asume que la búsqueda del conocimiento no puede excluir ningún enfoque a priori, importando el avance del conocimiento a través de sus diferentes manifestaciones. Es una ilusión, desgraciadamente muy extendida en el pensamiento occidental, pensar que el conocimiento se desarrolla dentro de posiciones claramente delimitadas y que todas las preguntas legítimas deben tener una única respuesta verdadera (Leis, 2005; Lenoir y Hasni, 2004; Manso y Veras, 2017).

La tarea interdisciplinaria debe verse como una integración de alternativas complementarias. Como afirma Bernstein (1983), el conocimiento debe ser al mismo tiempo empírico, interpretativo y crítico.

Es desde este enfoque interdisciplinario que el Portal del Envejecimiento y Longevidad trabaja con acciones que no sólo son informativas, sino que brindan conocimiento sobre el proceso de envejecimiento. Estas acciones se dan tanto en blogs y noticias online, como a través de la Revista Kairós-Gerontología, de

carácter técnico-científico, así como de la Revista Longeviver, de divulgación científica, además de formaciones/cursos dirigidos a los distintos profesionales y académicos que realizan y/o trabajan con diferentes políticas encaminadas a lograr los derechos humanos de las personas mayores, como por aquellos responsables de brindar atención a esta parte de la población.

El Portal del Envejecimiento y Longeviver nació en el ámbito académico, más específicamente en el Programa de Postgrado en Gerontología (1998-2019) a través del Centro de Investigación y Estudio del Envejecimiento (NEPE), de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, institución privada con las características de una universidad pública, por su reconocida función social. Esta función guio la producción de contenidos que van más allá de los límites académicos, haciendo-se llegar a la población en general. Desde su implementación y consolidación, el Portal ha tenido el privilegio de coadyuvar en la formación de una red de solidaridad entre familiares, generaciones, profesionales, organismos públicos, empresarios, investigadores y formuladores de políticas y opiniones públicas, y contribuir a la construcción de una nueva concepción de la vejez, entendida como una cuestión compleja que necesitaba ser comprendida en sus múltiples dimensiones.

En aquel momento, se entendió que el trabajo de la academia consistía en repensar y realinear su significado, en relación con la ciencia y la sociedad, correspondiéndole pensar políticas para brindar servicios diferenciados a la población adulta mayor. La implementación del Portal del Envejecimiento fue una de ellas, porque la longevidad es uno de los temas más apasionantes en la historia de la humanidad. El Portal fue más allá de la academia y de su propia investigación, y actúa, hasta el día de hoy, como facilitador de comunicación, difusión de información y construcción de conocimiento sobre envejecimiento/longevidad, con el objetivo de estimular la inclusión social, la mejora de la calidad de vida y el ejercicio de la ciudadanía de las personas mayores. Sus principios son la solidaridad, el apoyo, la comunicación y la información (Lopes y Côrte, 2022).

Parafraseando a Terra y Gordon, el Portal del Envejecimiento y Longeviver es un portal de conocimiento que cree firmemente en la fuerza de las conexiones humanas para generar nuevos conocimientos y, para ello, humanizar al máximo su proceso de aprendizaje, no sólo democratizando, sino también, humanizando el conocimiento. En definitiva, desde su implementación, pretende contribuir a la construcción de conocimientos sobre el envejecimiento y la longevidad humana, que permita renovar las prácticas sociales, proponiendo estimular la inclusión social, mejorar la calidad de vida y ejercer la ciudadanía entre la población anciana (Lopes y Corte, 2022). Su fin es transferir, en forma de conocimientos, información y resultados sistematizados de investigaciones sobre envejecimiento, servicios, políticas, prácticas, conceptos, ideales, valores y comportamientos, a diferentes grupos de la sociedad y autoridades, con el fin de estimular cambios. Sus principios son: solidaridad, producción de innovaciones, democratización del conocimiento e interdisciplinariedad.

El Portal del Envejecimiento y Longeviver, y todos sus productos de educomunicación, se basan en la aventura de la interdisciplinariedad, y son hoy un referente nacional. Ha contribuido a la democratización del conocimiento en relación con el envejecimiento humano, así como a la construcción de la agenda de la longevidad y una cultura de longevidad (Fontes y Côte, 2023). En este sentido, su papel desde la perspectiva de la comunicación ciudadana ha sido el de un importante instrumento de educación y formación para la longevidad, con el conocimiento como estrategia para el fortalecimiento de los derechos humanos de las personas mayores. Al fin y al cabo, como ya señaló Berquó (1996), el escenario que les espera a quienes entrarán en edades avanzadas en el próximo siglo debe incluir políticas sociales que proporcionen condiciones para que estas personas disfruten de una vida digna. Pero, sobre todo, este escenario debe estar marcado por un horizonte de solidaridad: entre familiares, entre generaciones, entre amigos y entre personas.

Si el envejecimiento es uno de los mayores logros de la humanidad, es sabido que aún existen estereotipos, prejuicios y discriminaciones con relación a este proceso. Varias encuestas demuestran que la vejez todavía no es deseada no sólo en Brasil sino, lamentablemente, en el mundo, y se considera algo que debe evitarse. Estos aspectos culturales son reproducidos por estudiantes y profesionales, todos inmersos en la cultura, y muchos son atribuibles a la falta de formación e información adecuada (Manso et al., 2020).

Estos prejuicios y estereotipos estigmatizan a la población mayor y conducen tanto a una falta de comprensión y mala gestión de las políticas públicas orientadas a los derechos humanos de estas personas como, también, a la exclusión y separación social. De ahí la importancia de un espacio interdisciplinario, como el Portal del Envejecimiento y Longeviver, que tiene como objetivo debatir estos temas del envejecimiento, con énfasis en las desigualdades y la diversidad de las realidades de la vejez en Brasil.

Reproduciendo-se a Côrte y Brandão (2019, p. 96-97): "(...) cada individuo experimenta y elabora conocimientos sobre el 'mundo' y adquiere un repertorio de sensaciones y aprendizajes y crea 'su' universo de conocimientos – sus conocimientos de. Cómo incorporamos y transformamos experiencias, partiendo del conocimiento individual tornado conocimiento lógicamente organizado, apuntando a acciones colectivas, con beneficios comunes: es el saber cómo". El conjunto de conocimientos, compartidos, intercambiados y entrelazados a lo largo del tiempo, constituye el conocimiento que ancla el aprendizaje y las disciplinas humanas (Morin, 1973).

La formación de profesionales ya graduados e insertados en su ámbito laboral se fundamenta en dos perspectivas: la educación en servicio y la educación continua, con principios metodológicos diferentes. La educación en servicio tiene como objetivo hacer más eficaz y eficiente el desempeño del profesional, con miras al logro de los objetivos de la institución, mediante el uso de formación que desarrolle habilidades técnicas (Manso y Torres, 2020).

Por su vez, la educación continua, como la que brinda el Portal del Envejecimiento y Longeviver, es el mayor desafío en este proceso. Es la que busca, a través de un conjunto de prácticas educativas planificadas, promover oportunidades de desarrollo personal, mejorando o actualizando conocimientos y capacidades. En la educación continua, por lo tanto, el foco no está sólo en los objetivos de la institución, sino también en los deseos de los profesionales, a través de la articulación del conocimiento tanto formal como cotidiano. Es un espacio preferentemente interdisciplinario que busca, a través del intercambio de conocimientos y prácticas, promover el diálogo y el aprendizaje permanente (Côrte y Brandão, 2019; Manso y Torres, 2020). La educación continua, la investigación, la información calificada y su difusión en medios abiertos son fundamentales para superar los estereotipos y fortalecer los derechos humanos de las personas mayores.

V. Conclusión

Los derechos humanos de las personas mayores están garantizados en diferentes instrumentos legales y políticas públicas brasileñas. Sin embargo, no basta con tener estándares, se necesitan tanto recursos financieros como profesionales de diferentes áreas para implementarlos. También es necesario que la persona mayor sea partícipe de estas políticas, en un movimiento de corresponsabilidad, no sólo en su formulación, sino también en el control y supervisión de su implementación, de lo contrario no habrá protagonismo. Estos temas necesitan ser debatidos en diferentes espacios, incluidos los medios abiertos, como lo hace el Portal del Envejecimiento y Longeviver.

Como destaca el Ministerio de Educación de Brasil, pensar la educación en Derechos Humanos significa considerar una educación permanente, continuada e interdisciplinaria, para lograr un cambio cultural, bien como pensar en valores, no

solamente en la instrucción o en la mera transmisión de conocimientos. Así es posible tener innovación y logros para la diversidad de los ancianos brasileños.

Referencias bibliográficas

- AYRES, José Ricardo (2009). Cuidado: Trabalho e Interação nas Práticas de Saúde. Rio de Janeiro: CEPESC-UERJ/IMS- ABRASCO.
- BATISTA, Sylvia Helena Silva (2006). A interdisciplinaridade no ensino médico. Revista Brasileira de Educação Médica, 30(1), 39-46.
- BERNSTEIN, Richard Jacob (1983). *La Reestructuración de la Teoría Social y Política*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- BERQUÓ, Elza (1996). Algumas considerações demográficas sobre o envelhecimento da população no Brasil. Anais do I Seminário Internacional Envelhecimento Populacional: uma agenda para o final do século. Brasília: MPAS/SAS.
- BOFF, Leonardo (2008). Saber cuidar: ética do humano- compaixão pela terra. Rio de Janeiro: Vozes.
- COMPARATO, Fabio Konder (2008). Afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva.
- CÔRTE, Beltrina y BRANDÃO, Vera (2019). A Cultura do Longeviver e a Curadoria do Saber In Barroso, Áurea Soares. Em Hoyos, Arnoldo; Salmazo-Silva, Henrique; Fortunato, Ivan (org.), Diálogos Interdisciplinares do Envelhecimento (p. 91-110). São Paulo: Edições Hipótese.
- FONTES, Anna y CÔRTE, Beltrina (orgs) (2023). Envelhecer com futuro. Relatos de pesquisa sobre superendividamento, violência financeira, mobilidade urbana, fluência digital, informações na internet, pensamento computacional, apropriação e inclusão digital. São Paulo: Portal do Envelhecimento Comunicação.
- LEIS, Hector Ricardo (2005). Sobre o Conceito de Interdisciplinaridade. Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas, 6 (73), 2-23.
- LENOIR, Yves. HASNI, Abdelkrim (2004). La interdisciplinaridad: por un matrimonio abierto de la razón, de la mano y del corazón. Revista iberoamericana de Educación, 35.
- LOPES, Ruth Gelehrter da Costa y CÔRTE, Beltrina (orgs) (2022). Gerontologia social na PUC-SP: legado de Suzana Medeiros aos estudos do envelhecimento. São Paulo: Portal do Envelhecimento.

- MANSO, Maria Elisa Gonzalez (2015). Saúde e doença: do controle sobre os corpos à perspectiva do adoecido. São Paulo: Max Limonad.
- MANSO, Maria Elisa Gonzalez y TORRES, Renata Lazslo (2020). Narrativas de adoecimento: metodologia para a educação continuada em enfermagem. Revista Recien. 10(30), 159-167.
- MANSO, Maria Elisa Gonzalez y VERAS, Elaine Cristina Alonso. (2017). Educação em Gerontologia: a interdisciplinaridade na teoria; mas, e na prática?. Revista Kairós-Gerontologia, 20(3), 273-286.
- MANSO, Maria Elisa Gonzalez, KIM, Beatriz Myung Jin, SILVA, William de Figueiredo. BATICINI, Bruna. (2021). Ageísmo e COVID-19: revisão integrativa. Research, Society and Development. 10 (11), e274101119233.
- MANSO, Maria Elisa Gonzalez y LOPES, Ruth Gelehrter da Costa. (2017). Idosas, empobrecidas e desamparadas. É assim que queremos envelhecer?! Revista Portal de Divulgação, 54, 29-34.
- MORIN, Edgar (1973). O paradigma perdido: a natureza humana. Lisboa: Kairós S.A.
- MORIN, Edgar (2012). A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- MREJEN, Matías, NUNES, Letícia, GIACOMIN, Karla (2023). Envelhecimento populacional e saúde dos idosos: O Brasil está preparado?. Estudo Institucional n. 10. São Paulo: Instituto de Estudos para Políticas de Saúde.
- OLIVEIRA, Aline Albuquerque Sant'Anna (2010). Direito à saúde: conteúdo, essencialidade e monitoramento. Revista CEJ, 48, 92-100.
- RAMACCIOTTI, Barbara Luchesi y CALGARO, Gerson Amauri. (2021). Construção do conceito de minorias e o debate teórico no campo do Direito. Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos, 42 (89), 1-30.
- SARLET, Ingo Wolfgang (2007). Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- WALLERSTEIN, Immanuel. (1996). Comissão Gulbenkian para a Reestruturação das Ciências Sociais. Para Abrir as Ciências Sociais: relatório da Comissão Gulbenkian sobre a reestruturação das Ciências Sociais. Lisboa: Pub Europa.
- TERRA, Jose Claudio Cyrineu y GORDON, Cindy (2002). Portais corporativos: a revolução na gestão do conhecimento. São Paulo: Negócio Editora.

Documentos

- Agência Câmara de Notícias (2023). Debatedores pedem aprovação de acordo sobre proteção dos direitos de pessoas idosas. A convenção interamericana sobre o tema aguarda votação na Câmara desde 2017.
- CNN Brasil. (2022). Justiça desobriga IBGE de incluir perguntas sobre orientação sexual no Censo 2022.
- Comisión Económica Para América Latina y el Caribe [CEPAL] (2007). Declaração de Brasília.
- Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2019). Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica n.41. Rio de Janeiro: IBGE.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2022). População cresce, mas número de pessoas com menos de 30 anos cai 5,4% de 2012 a 2021.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. (2023). Brasil tem 1,3 milhão de quilombolas em 1.696 municípios.
- Laboratório Think Olga (2023). Esgotadas.
- Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. (2003). Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.
- Lei Nº 8.742 (7 de dezembro de 1993). Lei Orgânica da Assistência Social. LOAS. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.
- Lei nº 8.842 (4 de janeiro de 1994). Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências.
- Lei nº 10.741 (1º de outubro 2003). Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.
- Ministério da Saúde (2006). Diretrizes operacionais dos Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão. Brasil, Brasília: Ministério da Saúde.
- Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (2014). Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. Brasília: MDS.
- Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil (2023). Dossiê denuncia 273 mortes e violências de pessoas LGBT em 2022.
- Organização das Nações Unidas [ONU] (2018). Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU. Comitê de Direitos Humanos. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais Culturais.

Organização das Nações Unidas [ONU] (2023). World Social Report 2023: Leaving No One Behind in An Ageing World. Genevè: ONU.

Organização dos Estados Americanos [OEA] (2016). Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos.

Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa. [PNSI] (2006). Portaria N° 2.528 de 19 de outubro de 2006.

Portaria n° 702/GM/MS (12 de abril de 2002). Dispõe sobre as redes de atenção à *pessoa idosa*.

Derechos de participación de las personas mayores: pertenencia e interacción en la vejez

Rights of Older People to Participation: Belonging and Interaction
in Old Age

 **Florencia Vazzano**

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Argentina
florencia.vazzano@azul.der.unicen.edu.ar

Resumen: En el presente trabajo se abordan los derechos de participación de las personas mayores como grupo o categoría que integra el Derecho de la Vejez, entendida como rama jurídica autónoma. Creemos relevante enfocar la mirada en las dos nociones fundamentales desde las cuales se piensan los derechos de participación: el ideal de *pertenencia e interacción*, que son los criterios generales orientadores que demarcan su contenido, alcance y justificación. El objetivo no es describir y analizar cada uno de los derechos comprendidos dentro de aquella categoría, sino establecer algunas ideas y preguntas fundacionales de este grupo de facultades, con la expectativa de que puedan convertirse en el disparador para futuras investigaciones de cada uno de los derechos de inclusión de las personas en la vejez.

Palabras clave: DERECHOS HUMANOS; PARTICIPACIÓN; VEJEZ; INTERACCIÓN; PERTENENCIA

Abstract: In this work, participation rights are addressed as a group or category that makes up Old Age Law, as an autonomous legal branch. We believe it is relevant to focus our attention on the two fundamental notions from which participation rights are thought: the ideal of belonging and interaction, which are the general guiding criteria that demarcate their content, scope and justification. The objective is not to describe and analyze each of the rights included within that category, but to establish some ideas and foundational questions of this group of faculties, with the expectation that they can become the trigger for future investigations of each of the rights of inclusion of people in old age.

Keywords: HUMAN RIGHTS; PARTICIPATION; OLD AGE; INTERACTION;
BELONGING

Fecha de recepción: 03/10/2024
Fecha de aceptación: 07/02/2025
Identificador doi: 10.62169/rg.i34.2544



Derechos de participación de las personas mayores: pertenencia e interacción en la vejez

Florencia Vazzano

I. Introducción

Los derechos de participación de las personas mayores integran el elenco de derechos humanos de los que se ocupa el Derecho de la Vejez, entendida como rama jurídica autónoma dedicada a los problemas y sus soluciones relativos a la vida de las personas de 60 años de edad en adelante¹, que han sido receptados en fuentes del Derecho específicas y valorados desde un particular requerimiento de justicia: la especial protección de las personas en la etapa de la vejez².

Los derechos de participación reclaman el reconocimiento y respeto de una *esfera de inclusión* de las personas mayores en los diferentes ámbitos de la sociedad. Promueven y protegen sus vínculos intersubjetivos partiendo de la consideración de que la vida en comunidad es condición ineludible de la existencia personal (Dabove, 2018).

La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en su art. 3° consagra el *principio de participación, integración e inclusión*, y en el art. 8° plasma el derecho a la participación dentro de la familia, la comunidad y la sociedad para su integración en todas ellas, estableciendo ciertas características de esa participación: que sea activa,

¹ Conforme el criterio adoptado por la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en su art. 2°, aunque se aclara que la legislación interna puede determinar una edad base menor o mayor, pero siempre que ésta no sea superior a los 65 años.

² Seguimos la propuesta de la Teoría Tridimensional del Mundo Jurídico, iusfilosofía tridimensional que concibe al Derecho mediante la conformación de tres dimensiones (la dimensión de lo social, la dimensión de las normatividades y la dimensión sobre los valores y la justicia en particular). Véase Goldschmidt (1995) y Ciuro Caldani (2020).

productiva, plena y efectiva³. Esto no hace más que reflejar la concepción sobre vejez que inspira a la Convención, aquella visión del mundo y la vida humana en la cual el envejecer no es sinónimo o causa de incapacidad, no es equivalente a pérdida de posibilidades para el desarrollo de roles en las familias, la política, la cultura, la educación, el trabajo, el arte, entre otros.

En el presente trabajo se abordan los derechos de participación como grupo o categoría que integra el Derecho de la Vejez, su lugar dentro del complejo de ejes y principios que conforman esta rama jurídica a partir de algunos interrogantes que tomamos como punto de partida: ¿qué implica la participación en la vejez? ¿tiene el mismo significado que en las otras etapas de la vida? ¿en qué ámbitos o espacios se espera su realización? Para poder encontrar respuestas creemos que es relevante enfocar la mirada en las dos nociones fundamentales desde las cuales se construyen los derechos de participación: el ideal de *pertenencia e interacción*, que son los criterios generales orientadores que demarcan su contenido, alcance y justificación. Tanto la pertenencia como la interacción son conceptualizaciones jurídicas, sociales y culturales que se desarrollan en un espacio y tiempo determinado, y que varían según las personas y sus contextos, es decir, que son cambiantes según sus despliegues espaciales, temporales, personales y materiales (Ciuro Caldani, 2020).

Sobre la base de estas ideas iniciales, el propósito de este trabajo no es describir y analizar cada uno de los derechos comprendidos dentro de aquella categoría, sino establecer algunas ideas y preguntas fundacionales de este grupo de facultades, con la expectativa de que puedan convertirse en el disparador para futuras investigaciones que puedan aportar un estudio profundizado de cada uno de los derechos de inclusión, dejando así trazado el camino en dirección a reforzar aquellas miradas particularizadas que promueve el Derecho de la Vejez.

³ La Organización Mundial de la Salud (2015) se ha referido a la noción de “envejecimiento saludable”, “envejecimiento productivo”, “envejecimiento activo”, que alude al proceso de optimización de oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen.

II. Los derechos participación dentro del Derecho de la Vejez

Los derechos de participación o inclusión reúnen un conjunto de facultades que han sido reconocidas a favor de las personas de 60 años de edad en adelante, conformando así uno de los ejes desde los cuales pensamos el Derecho de la Vejez.

Concebimos que el Derecho de la Vejez es una rama jurídica autónoma que se ocupa de los problemas y sus soluciones relativos a la vida de las personas de 60 años de edad en adelante, receptados en fuentes del Derecho que son específicas y que han sido valorados desde un particular requerimiento de justicia: la especial protección de las personas en la etapa de la vejez. El Derecho de la Vejez se integra al complejo de ramas jurídicas que son tradicionales y a otras que se presentan como nuevas (Ciuro Caldani, 2020). Como tal, constituye un conjunto de respuestas que los encargados del funcionamiento jurídico deben considerar a la hora de resolver los asuntos que involucran intereses de personas mayores.

El desarrollo de la rama jurídica denominada Derecho de la Ancianidad o Derecho de la Vejez se debe a la propuesta que hiciera la Profesora Investigadora María Isolina Dabove, quien desde fines de la década del noventa se ha dedicado a investigar y profundizar sobre las problemáticas que atraviesan las personas en el último estadio de la vida, brindando a la ciencia jurídica los fundamentos para el reconocimiento de la rama dentro del mundo jurídico. Así, la Profesora plantea que su surgimiento encuentra su justificación en *razones sociológicas, valorativas y normativas*, las cuales responden al *por qué*, es decir, a las causas de la especial protección que ofrece el Derecho de la Vejez⁴.

Veamos qué nos señalan cada una de las razones del Derecho de la Vejez:

Las *razones sociológicas* nos hablan del creciente avance de la “gerontoglobalización”, fenómeno demográfico a nivel mundial caracterizado por la conformación de sociedades con mayor cantidad de personas envejecidas, gracias a los enormes avances del mundo científico y tecnológico que al mejorar

⁴ Dabove sigue los postulados de la Teoría Trialista del Mundo Jurídico para plantear las razones, las autonomías y ejes del Derecho de la Vejez.

los diagnósticos, pronósticos y tratamientos en el ámbito de las ciencias de la salud han contribuido al incremento de la calidad de vida de la población, con el consiguiente crecimiento de la esperanza de vida (Dabove, 2018). La gerontoglobalización da lugar al multigeneracionismo, suceso nunca registrado antes en la historia de la humanidad que da cuenta de la convivencia simultánea de múltiples generaciones, incluso de varias generaciones de personas envejecidas (Dabove, 2008). Sin embargo, estos fenómenos se desenvuelven en contextos contradictorios: por un lado, las sociedades han generado las condiciones para que las personas puedan vivir más, y por el otro, el mismo entorno va creando y reproduciendo los viejismos que terminan obstaculizando fuertemente las posibilidades de vivir una vejez libre, digna, igualitaria.

Las *razones valorativas* del Derecho de la Vejez permiten ver las especiales valoraciones que requiere esta etapa de la vida, dejando traslucir que hay barreras sociales, económicas, culturales, políticas, jurídicas que se presentan o se refuerzan en este estadio vital. Si bien el siglo que transcurre nos concede oportunidades para envejecer y permanecer activos y saludables, suele predominar una concepción que valora de manera negativa la vejez colocando a las personas que la transitan en una posición socio-jurídica desventajosa, siempre “en riesgo” de ser lesionadas, de ser privadas del espacio de libertad e igualdad para la autorrealización (Dabove, 2018).

Las *razones normativas*, por su parte, vienen a mostrar la autonomía legislativa que posee el Derecho de la Vejez por la existencia de distintas fuentes del Derecho que son específicas para los problemas que genera el envejecimiento. Desde fines del S. XX transitamos un proceso de especificación de derechos de las personas mayores que refleja el paso de una etapa signada por la preeminencia de normas de *soft law* a otra en la que se destacan normativas vinculantes para los Estados. Así, podemos mencionar como fuentes propias del Derecho de la Vejez, el Plan de Acción sobre el Envejecimiento de Viena (1982); los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción sobre el

Envejecimiento de Madrid (2002); la Declaración de Brasilia (2007), el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable (2009), la Declaración de Compromiso de Puerto España (2009) y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012).

Desde junio de 2015 la rama cuenta con un instrumento internacional de carácter vinculante para los Estados Parte: la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada en el ámbito de la Organización de Estados Americanos y ratificada por nuestro país en 2017. Este documento es el primero de su género, marca un hito fundamental en el proceso de especificación de derechos de las personas mayores. Contiene un conjunto de definiciones que resultan claves para el funcionamiento exitoso del Derecho en su conjunto (Dabove, 2018). Además, incorpora principios que permiten reforzar y completar la enunciación plasmada en Los Principios de las Naciones Unidas de 1991, dentro de los cuales se encuentra el principio de participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad (art. 3° inc. e).

A luz de sus razones sociológicas, valorativas y normativas, el Derecho de la Vejez consigue su autonomía material: ocuparse de casos y soluciones particulares, contar con normatividad propia e inspirarse en una especial exigencia de justicia (la tutela de las personas en la vejez). Se integra así con cinco ejes centrales: a) el de atributos e identidad en la vejez; b) los derechos de autonomía; c) los derechos de participación o inclusión; d) los derechos de protección; e) el de acceso a la justicia y las garantías procesales.

El eje de *atributos e identidad* en la vejez se ocupa del estudio de la capacidad jurídica y el sistema de apoyos y lo relativo al nombre, estado y domicilio. Resulta relevante el estudio de los atributos de la persona desde la perspectiva de vejez, considerándose que en esta etapa de la vida suelen ser avasallados e ignorados por la preeminencia de estereotipos negativos que se construyen en base a creencias, actitudes, imágenes que no hacen más que reflejar la no aceptación del paso del tiempo (Butler, 1969, como se citó en Dabove, 2021). En relación a la identidad y

vinculado a lo anterior, el eje abre la pregunta en torno al lugar que las sociedades conceden a quienes transitan su vejez, todo lo cual nos permite comprender cual es el perfil de libertad y personalidad que a cada sujeto o grupo le atribuyen y se atribuye, visibilizar cuál es el “espacio” que ocupa dentro del mundo jurídico, económico, político y cultural (Ciuro Caldani, 2010).

Los *derechos de autonomía* refieren a aquella esfera individual en la que cada persona puede ejercer por sí misma el poder sobre su vida y su patrimonio, estableciéndose reglas, disposiciones o planes que conducen a su realización personal, sin causar daño a los demás (Dabove, 2018). Agrupan derechos de índole extrapatrimonial y patrimonial: dentro de los primeros, se encuentran las libertades básicas (de expresión y pensamiento, de circulación), la libertad sexual, el derecho sobre el propio cuerpo, a la vida, la salud y a la asistencia sanitaria, a la integridad física y moral frente a los abusos y violencias, el derecho a la intimidad, así como la autonomía en el ámbito de las residencias gerontológicas; dentro de los segundos, se halla el derecho a la propiedad, acceso al crédito, al consumo, a la vivienda, asimismo lo relativo a residencias gerontológicas en sus aspectos patrimoniales.

Si tomamos los aportes de una de las iusfilosofías que incluye dentro del Derecho una dimensión valorativa como lo es la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, podemos afirmar que la amplia categoría de derechos de autonomía se vinculan preponderantemente con el ideal de *unicidad*, que es aquel que señala que la justicia -en su carácter de principio supremo del Derecho- requiere que se respete lo particular de cada individuo, de su situación, su contexto, sin generalizaciones ni abstracciones totalizantes o abarcativas. Como cada persona es única e irrepetible, cada una ha de poder ejercer sus derechos por sí misma, según sus convicciones y preferencias y en la medida de sus posibilidades físicas, psíquicas y sociales (Goldschmidt, 1995; Ciuro Caldani, 2020).

Los *derechos de participación o inclusión*, aquellos que constituyen el tema de este trabajo, exigen oportunidades para la inserción de las personas mayores dentro de su comunidad en sus diferentes ámbitos (el trabajo, la educación, el arte,

la política, la cultura, la ciencia, los espacios de recreación y deporte), constituyendo una poderosa herramienta jurídica frente a los viejismos que, al estar basados en prejuicios y estereotipos negativos, rompen con el principio de igualdad y no discriminación (Dabove, 2021).

Los derechos de participación permiten visibilizar una construcción social y cultural de la vejez alejada de la idea de vida debilitada, pasiva y retirada, procurando instalar una concepción positiva donde vejez o envejecimiento no sean sinónimos de incapacidad o inutilidad para el trabajo, la política, el arte, la ciencia, la cultura, el deporte, etc.

Se corresponden con el ideal de tolerancia, igualdad y comunidad que propone la Teoría Trialista del Mundo Jurídico como componentes del régimen de justicia humanista, la tolerancia entendida como aquella que exige respeto por el ideal de verdad del otro, admitiendo sus diferencias y vicisitudes, la igualdad, que reclama un trato igual entre los iguales y el mismo derecho a la personalización, y la comunidad, que implica que los individuos deben ser respetados como integrantes de la familia humana, concebida ésta como aquella que se conforma con sujetos que son iguales entre sí, pero que, a la vez, son únicos e irrepetibles, debido a su unicidad (Goldschmidt, 1995; Ciuro Caldani, 2020).

Como veremos en el apartado posterior, este grupo de derechos se piensan sobre la base de dos nociones troncales: la pertenencia e interacción, ambas dejan ver la importancia de conservar los lazos e interacciones con *los demás y lo demás*⁵.

Los *derechos de protección* se reconocen con miras a dar soluciones a los problemas que genera la dependencia, la soledad, la pobreza o la insuficiencia de ingresos, la enfermedad, la discapacidad, comprendiendo así el derecho a la asistencia socio-sanitaria, el acceso a la seguridad social y previsional, el derecho al autocuidado y a ser cuidado, y en general al conjunto de derechos económicos,

⁵ La protección frente a los demás y lo demás constituye un constructo teórico de la Teoría Trialista del Mundo Jurídico que Goldschmidt desarrolló dentro del diseño del régimen de justicia humanista, en la dimensión dikelógica del Derecho (Goldschmidt, 1995; Ciuro Caldani, 2020).

sociales y culturales (al trabajo, a la alimentación, a la vivienda digna, acceso a la cultura, recreación, deporte, y esparcimiento, a la educación, al medio ambiente sano). Estos derechos se piensan sobre la base de una idea de *distribución* de beneficios y derechos y de responsabilidades a cargo de las familias, del Estado y la comunidad, en función de los *merecimientos* de la persona que transita su vejez, es decir de necesidades valiosas, como las alimentarias, de salud, seguridad y en general de bienestar integral (Ciuro Caldani, 2020a).

Continuando con los aportes de la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, encuentran su fundamento -al igual que el anterior grupo de derechos- en el ideal de tolerancia, igualdad y comunidad, pues implican tutelar a quienes por su desventajosa posición socio-económica suelen permanecer relegados, olvidados, marginados, reclamando así intervención estatal y comunitaria (Goldschmidt, 1995; Ciuro Caldani, 2020).

Finalmente, el eje del *acceso a la justicia y garantías procesales* comprende el derecho a conocer los derechos y a poner en marcha los mecanismos de defensa para exigir su realización, el acceso efectivo a la justicia, el derecho a ser oída, la obtención de respuestas judiciales y administrativas en un tiempo razonable, la organización de procedimientos expeditos y eficaces y de medios alternativos de resolución de conflictos.

Las personas mayores atraviesan las mismas necesidades de obtener justicia que otros grupos etarios, pero con la particularidad de que en la vejez se suelen presentar grandes obstáculos relacionados con los costos, los tiempos de los procedimientos hasta la obtención de una respuesta, las prácticas viejistas del sistema administrativo y judicial que tienden a desconocer o avasallar derechos de las personas mayores.

El acceso a la justicia es un derecho humano autónomo, constituye la puerta de acceso al ejercicio y goce de todo el resto de los derechos reconocidos, es el puente que conecta a la persona con los mecanismos jurídicos previstos para exigir el cumplimiento de los derechos. Tales derechos y garantías están captados en la Convención Interamericana sobre Personas Mayores sobre la base del principio de

igualdad, lo que no significa una equiparación de trato y condiciones sino la obligación de realizar ajustes de procedimiento -diferencias- tanto en sede judicial como en la administrativa, en cualquiera de sus etapas. Esto exige incluso el tratamiento preferencial a favor de las personas mayores al momento de la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones administrativas y judiciales, y en particular, debiendo ser la actuación judicial particularmente expedita en los casos en que se encuentra en riesgo la salud o la vida de la persona mayor (art. 31 de la fuente convencional).

Cada uno de los ejes que conforman el Derecho de la Vejez se corresponden con principios jurídicos que han sido de suma importancia para la constitución de la rama, primero plasmados en normas de soft law y luego en la normativa vinculante: el principio de *autorrealización*, que responde al eje de los atributos e identidad; el principio de *independencia*, que guarda correlato con los derechos de autonomía; el principio de *participación*, que surge del eje de derechos de inclusión; el principio de *cuidados*, que se desprende del eje de los derechos de protección; y el principio de *dignidad*, que es transversal a todos los ejes, pero que de modo especial podemos ubicar en el eje de acceso a la justicia y garantías procesales (Dabove, 2018).

El art. 3° de la Convención Interamericana sobre Personas Mayores contiene una enunciación abarcativa de los principios que iluminan el Derecho de la Vejez, y desde allí se proyectan a todo el conjunto de ramas jurídicas. Uno de sus antecedentes más relevantes lo constituye el documento de ONU de 1991, “Principios de Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad” que marcó un hito fundamental en el proceso de especificación de derechos por la consagración del principio de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad.

Dentro de los principios que consagra el art. 3° de la Convención Interamericana sobre Personas Mayores son varios los que se relacionan con los derechos de participación: el principio de valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo; principio de igualdad y no

discriminación; principio de participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad; principio de responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad.

La participación es por tanto además de un grupo de derechos un principio jurídico, un mandato de optimización que ordena una dirección a seguir (Alexy, 1993): esto es, que el Estado y la comunidad garantice las condiciones para asegurar una esfera de inclusión de las personas mayores. El principio de participación o inclusión, junto con el resto de los principios mencionados, constituye una de las ideas básicas sobre las cuales se asienta el Estado constitucional de Derecho, todos forman un núcleo duro indisponible que no puede ser objeto de medidas regresivas (Gil Domínguez, 2015).

Los ejes y principios que componen el Derecho de la Vejez se encuentran íntimamente relacionados, de modo que para poder participar en la sociedad es necesario contar con espacios de autonomía, libertad para decidir y actuar por sí, y a su vez, asegurar condiciones para la inclusión en la comunidad es una forma de protección frente a los viejismos, la soledad, la pobreza, la enfermedad, la discapacidad, etc., de manera que los derechos de participación también se vinculan estrechamente con los derechos de protección. Y el eje de acceso a la justicia y garantías procesales permite poner en marcha las exigencias de realización de todos los derechos.

En suma, todos los derechos y mandatos de optimización son interdependientes, unos constituyen la puerta de acceso de los otros y a la inversa.

III. Pertenencia e interacción: nociones fundantes de los derechos de participación en la vejez

La necesidad de pertenecer e interactuar en grupo fue advertida en la antigüedad por Aristóteles al afirmar la naturaleza social del hombre, como

individuo que tiende a asociarse primero en la familia, luego en la aldea y el Estado⁶. Son caracteres del ser humano que hacen a la convivencia social y a la existencia misma, nadie puede vivir aislado del entorno, sea cual sea el ambiente que lo rodea. En los primeros años de vida, no podemos ejercer el autocuidado, sino que necesitamos de otros para subsistir, a medida que vamos adquiriendo capacidades vamos ganando autonomía, pero siempre necesitamos del cuidado de otros, porque la autorrealización se realiza en un contexto familiar y social de colaboración recíproca y permanente que implica pertenencia e interacción, al llegar a la vejez la autonomía comienza a disminuir, debido a los cambios físicos y psíquicos que presupone el hecho de envejecer, y allí también necesitamos asistencia y cuidados de los demás.

Por ende, la pertenencia y la interacción son componentes esenciales de la existencia humana y la convivencia social, son derechos que reclaman empatía, compromiso y solidaridad por parte de la sociedad toda (Dabove, 2018).

Se piensan en relación directa con los derechos de participación o inclusión, pero son en verdad criterios orientadores que atraviesan todos los ejes y principios del Derecho de la Vejez y que en el fondo remiten a la pregunta en torno a la concepción de envejecimiento y vejez que anhelamos en los tiempos que corren. La consideración sobre la vejez ha variado en las distintas culturas y momentos de la historia, como última etapa de la vida, próxima a la muerte, ha suscitado interés en todos los tiempos y ha sido tratada desde visiones distintas, incluso contradictorias. Las personas mayores han sido veneradas y respetadas por su sabiduría, pero también han recibido el mayor de los desprecios (Dabove, 2000). De allí que es necesario que nos preguntemos: ¿Qué significado queremos atribuir al envejecimiento?, ¿cómo vamos a concebir el proceso de cambios físicos y psíquicos que se producen por el hecho de envejecer?, ¿vamos a aceptar que tales cambios traen fragilidades pero que ellas no pueden ser tratadas como sinónimos de enfermedad o incapacidad?, ¿cuál es el lugar que vamos a conceder a las

⁶ Corresponde a su visión antropológica sobre el ser humano y la organización social desarrollada en su obra *La Política* (Aristóteles, 1989).

personas mayores en el entramado social? Las respuestas corren por carriles que permiten diferenciar entre el dato cronológico de la “edad” -asociado a una dimensión material- y la “vejez”, a la que socialmente podemos atribuir valores, expectativas, sentimientos relacionados con la aptitud, la capacidad, la fuerza, la belleza, la verdad, desde una dimensión socio-cultural (Dabove, 2018).

La pertenencia y la interacción se relacionan con el *derecho a la identidad*, especialmente en su faz dinámica, en relación al desenvolvimiento de vínculos significativos que hacen al desarrollo de la personalidad y que permiten forjar la biografía personal, “ser uno mismo” (Fernández Sessarego, 1992).

Ahora bien, ¿por qué el Derecho de la Vejez integra la noción de pertenencia e interacción dentro de su especificidad material?, ¿qué implica pertenecer?, ¿qué implica participar? Veamos a continuación estas dos nociones fundamentales que dan justificación a los derechos de inclusión. Su análisis nos llevará a establecer cuáles son los ámbitos en los que se exige inclusión de las personas mayores, en definitiva, cuáles son los derechos que integran la categoría de la participación.

III. 1. Pertenencia

Podemos afirmar que la pertenencia consiste en un sentimiento individual o colectivo (factor interno) y en una situación fáctica que exterioriza la correspondencia en los diferentes ámbitos de la comunidad a la que se pertenece (factor externo). Pero sabemos que la pertenencia -desde su arista interna y externa- suele entrar en crisis en la vejez por el lugar marginal que se asigna a las personas, y que ello va marcando cambios en la forma en que se autoperceben y las perciben, provocando mutaciones en su identidad dinámica.

Las sociedades van construyendo el ideal de pertenencia según la etapa de la vida en la que se encuentra la persona, se estima que los niños, niñas, adolescentes tienen por delante un recorrido vital extenso, reposa en ellos la expectativa de un mejor devenir; los jóvenes suelen ser considerados por su juventud, valorados según un criterio de belleza -en términos estéticos- y de verdad -asociado

fundamentalmente a los nuevos conocimientos tecnológicos, por encontrarse en la etapa del disfrute y la diversión; los adultos por su aptitud para el trabajo, la producción, el consumo y los emprendimientos.

Cada época histórica ha debido responder a la pregunta acerca del lugar que se concede a las personas; en relación a la ancianidad, toda la historia de la vejez ha sido un largo y doloroso ensayo de respuesta, múltiple, discontinuo y variado, también, ambiguo y contradictorio (Dabove, 2000). Algunos acontecimientos han marcado profundas diferencias de lugares y derechos, por ejemplo, el surgimiento del sistema capitalista produjo una exaltación de sujetos que se consideran socialmente fuertes en el mercado y otros socialmente débiles (Iacub, 2013), unos con “aptitudes” para trabajar y producir y otros relegados, resignados a espacios de inactividad.

Se ha de colocar muy especialmente la mirada en quienes intervienen en el mercado, en el sistema sanitario y laboral. Hay sectores de la sociedad que actúan como factores reales de poder que frecuentemente se arrogan el control de los medios económicos de producción posicionando a la utilidad -valor supremo de la Economía- por sobre la justicia- valor supremo del Derecho-⁷, y creando obstáculos para el ejercicio y goce pleno de los derechos.

El retiro del sistema laboral que se produce por haber alcanzado la edad jubilatoria supone en muchos casos una disminución de los recursos monetarios en relación a otros estadios del curso de la vida. El problema se presenta cuando los haberes que se perciben en carácter de jubilación y/o pensión no aseguran calidad de vida, produciendo la pérdida de la capacidad de consumo, ahorro e inversión (Amadasi y Tinoboras, 2015), en definitiva, generando escasas posibilidades de *participar* en el mundo económico.

Asimismo, las diferencias que existen entre los montos de los haberes jubilatorios conducen a que las personas que reciben los importes más bajos se

⁷ Para profundizar en este aspecto véase Ciuro Caldani (2020).

encuentren ante la necesidad de continuar trabajando, sin embargo, la vejez supone culturalmente la exclusión del mundo laboral.

La multiplicidad de casos que se presentan en la realidad social exhibe que en ocasiones las personas mayores culminan sus actividades laborales por decisión de sus empleadores, aun cuando no poseen la edad para jubilarse. La persona pierde su empleo, aunque goce de plenas habilidades para continuar activa laboralmente en razón de una práctica empresaria viejista por la cual se contrata personal más joven considerándose que es el sector de la población que resulta más activo y que puede aportar conocimientos nuevos (Forteza, 1990).

Las generaciones más jóvenes cuentan con mayores oportunidades para superar los límites socio-económicos que se presentan por la falta o insuficiencia de recursos monetarios, una persona de 20, 30 o 40 años de edad cuenta con mayores posibilidades de insertarse en el espacio laboral -incluso de obtener varios empleos-, y con ello de generar mayor capacidad para emprender, ahorrar y consumir, las personas mayores en cambio, viven en condiciones de incertidumbre financiera, tienen menos probabilidades de recuperarse ante una pérdida de ingreso o por gastos ocasionados por servicios médicos (Huenchuan y Guzmán, 2007).

Las cuestiones señaladas constituyen algunos de los problemas que asume el Derecho de la Vejez mediante respuestas que permiten hacer frente a las prácticas viejistas que están presentes en el mundo laboral. El derecho a trabajar es una de las facultades que integra la categoría de la participación, consagrado en el art. 18 de la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIDHPM), el cual establece lo siguiente:

“la persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente y a la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, sea cual fuere su edad. Los Estados Parte adoptarán medidas para impedir la discriminación laboral de la persona mayor. Queda prohibida cualquier distinción que no se base en las exigencias propias de la naturaleza del cargo, de conformidad con la legislación nacional y en forma apropiada a las condiciones locales. El empleo o la ocupación debe contar con las mismas garantías, beneficios, derechos laborales y sindicales, y

ser remunerado por el mismo salario aplicable a todos los trabajadores frente a iguales tareas y responsabilidades” (CIDHPM, 2017).

Vemos que el principio de igualdad y no discriminación es el mandato de optimización que inspira a la normativa, el tratamiento igual entre los iguales y la distribución de diferencias siempre en función del mérito o el merecimiento (Ciuro Caldani, 2020) asociados a la naturaleza del cargo, nunca con motivo de la edad de la persona trabajadora.

Desde los aspectos estéticos, la pertenencia entra en crisis por la construcción de un modelo de eterna juventud que posiciona a las personas envejecidas en un lugar de decadencia y fealdad. El mercado, las redes sociales, los medios masivos de comunicación van creando estereotipos que marcan las diferencias entre las personas jóvenes y las envejecidas, estableciendo, por ejemplo, qué vestimentas, o qué hábitos de cuidado del cuerpo, incluso qué colores o aromas resultan aptos según la edad.

Las sociedades de este tiempo han generado las condiciones de “una cultura “anti-age” que disciplina, ordena y uniformiza cuerpos, hábitos y vida cotidiana para anular los efectos negativos del paso del tiempo” (Dabove, 2018, p. 67).

Se producen y circulan imágenes y discursos sociales que crean la expectativa de poder controlar el envejecimiento, conservar la juventud y alcanzar una longevidad saludable. Se observa permanentemente en las pantallas que gobiernan este mundo digital pero también en la ciudad donde a cada paso podemos visualizar cuerpos jóvenes y contorneados que se multiplican en las vidrieras y en las cartelerías publicitarias. Uno de los ámbitos de producción y circulación de imágenes anti-envejecimiento es el de la industria dermocosmética que presenta al envejecimiento como un proceso susceptible de ser controlado por la acción de productos desarrollados científicamente e insertados al mercado para su consumo (Rodríguez Zoya, 2015).

En general, se ha logrado instalar socialmente un criterio de verdad a favor de las generaciones jóvenes que logran insertarse en el mundo tecnológico y digital, o en beneficio de quienes, por su edad, su fuerza física, su belleza, o en

razón del género, resultan más calificados para ciertos trabajos, actividades, para participar en política y en la cultura toda. Las personas mayores sufren los embates de una construcción socio-cultural que desvaloriza su pasado y estima con desprecio su acortado porvenir (Ciuro Caldani, 2023).

Como respuesta a estos problemas de discriminación, la Convención Interamericana sobre Personas Mayores busca asegurar espacios de inclusión en el acceso al conocimiento, la cultura, la política y la vida pública en general, en igualdad de condiciones con los demás, así como también garantizar ámbitos en los que las personas mayores puedan compartir sus propios conocimientos y experiencias con otras generaciones sobre la base del principio de solidaridad e intercambio intergeneracional. De este modo, en su art. 20 consagra el derecho a la educación estableciendo lo siguiente: “la persona mayor tiene derecho a la educación en igualdad de condiciones con otros sectores de la población y sin discriminación”. Dispone a su vez que, dentro de las obligaciones del Estado, se encuentra la de “promover la educación y formación de la persona mayor en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) para minimizar la brecha digital, generacional y geográfica e incrementar la integración social y comunitaria”. Y “fomentar y facilitar la participación activa de la persona mayor en actividades educativas, tanto formales como no formales”. En el art. 21, el derecho de acceso a la cultura, expresando que “la persona mayor tiene derecho a su identidad cultural, a participar en la vida cultural y artística de la comunidad, al disfrute de los beneficios del progreso científico y tecnológico y de otros productos de la diversidad cultural, así como a compartir sus conocimientos y experiencias con otras generaciones, en cualquiera de los contextos en los que se desarrolle”. En el art. 22, el derecho a la participación en ámbitos recreativos, disponiendo que “la persona mayor tiene derecho a la recreación, la actividad física, el esparcimiento y el deporte”. Y en el art. 27 los derechos políticos, donde indica que “la persona mayor tiene derecho a la participación en la vida política y pública en igualdad de condiciones con los demás y a no ser discriminados por motivo de edad”.

Por otro lado, otra de las cuestiones que incide en la construcción de la pertenencia en la vejez es aquella relativa a los problemas y tensiones que muy frecuentemente se producen en el ámbito sanitario ante la preeminencia que se le asigna a la utilidad como valor de la Economía por sobre la salud y la justicia.

En edades avanzadas se incrementa la probabilidad de padecer enfermedades o ciertas patologías que requieren tratamientos médicos, suministro de medicamentos y/o intervenciones quirúrgicas que en muchas ocasiones la persona mayor no puede afrontar, en virtud de la insuficiencia de ingresos. Hay casos en los que se convierte en sujeto dependiente por la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, requiriendo de asistencia socio-sanitaria o de cuidados integrales de largo plazo para la realización de las actividades cotidianas.

La organización y funcionamiento de los servicios socio-sanitarios que las personas necesitan en esos contextos revelan muchas veces innumerables prácticas abusivas que adoptan las obras sociales y empresas de salud del sector privado cuando introducen cláusulas contractuales relativas al incremento desmedido de las cuotas que abonan sus afiliados, o dilaciones o rechazo de ciertas coberturas de medicamentos, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas que no están dispuestos a asumir (Scolich, 2005).

Asimismo, la tensión entre la utilidad y la salud y justicia recobra especial importancia cuando se presenta la necesidad de tener que valorar económicamente la vida de una persona mayor frente a recursos sanitarios escasos, en relación a una persona joven o adulta, calificada como sujeto con mayores expectativas de vida y capacidades para generar aportes a la sociedad. En concreto este dilema se presenta al momento en que se debe resolver a quién adjudicar un respirador, una cama de hospital, o en general un servicio médico, ante la insuficiencia de recursos e insumos del sistema de salud público o privado (Dabove, 2018).

Dentro de este marco de tensiones resulta relevante analizar qué interacciones entre valores se dan en el seno de los servicios socio-sanitarios que prestan las residencias gerontológicas, qué lugar le asignan a la vida, la salud, la

seguridad y la autonomía en relación a la utilidad, qué lugar conceden a la intimidad y a la libertad de expresión y pensamiento, así como también qué recursos destinan para la prestación del servicio y cómo se organizan y distribuyen entre los residentes de la institución. Tomando aportes del Prof. Ciuro Caldani (2010), si observamos esas cuestiones podemos identificar cuál es el perfil de libertad y subjetividad que confieren estas instituciones en el marco de una multiplicidad de interacciones muy variadas, a menudo muy complejas.

En suma, en la etapa de la vejez, la pertenencia social suele estar fuertemente condicionada por una trama de viejismos y límites al ejercicio pleno de derechos que constituyen la expresión de la constitución material formada por el juego de los factores de poder que intervienen en el sistema económico, jurídico, político, cultural. En la última etapa de la vida se observa frecuentemente la confluencia de grandes obstáculos, los propios del sujeto (enfermedades o patologías que aparecen o se agravan por los cambios físicos y/o psíquicos propios del envejecimiento) y barreras externas (socio-económicas, políticas, culturales, jurídicas) generadas por el entorno, que al combinarse colocan a la persona mayor ante un estado de indefensión (Pérez Contreras, 2005).

Se ha de considerar muy especialmente desde la perspectiva de género que la pertenencia social de hombres y mujeres no ha sido la misma en virtud de las diferencias de roles y lugares construidas desde el sistema sociocultural y jurídico, y que esas biografías personales muchas veces se acentúan en la vejez, generando oportunidades muy diversas para ejercer los derechos (Huenchuan, 2018).

Siguiendo a Dabove (2021a) la discriminación de las mujeres mayores en sus variadas aristas tiene un origen ancestral porque se puede comprobar su existencia desde los primeros tiempos de la historia humana, en la filosofía, la literatura, la política, la teología, el mundo estético, entre otros. Esa concepción discriminatoria se ve reforzada ante el temor a lo “distinto”: ser mujer y ser vieja.

La vejez es, por ende, un fenómeno complejo, porque no existe una vejez igual para todos, se observan grandes diferencias entre la ancianidad femenina y la

masculina. Además, hay otras intersecciones⁸ que se suman al género, tales como el hecho de ser una persona carente de recursos propios, sin educación, con una enfermedad o discapacidad, ser integrante de una comunidad originaria, entre muchas otras.

Lo expresado lleva a plantear la necesidad de reconocimiento de las *vejece*, considerando que el sector de la población conformado por personas de 60 años en adelante no es un grupo homogéneo, sino por el contrario, muy diverso en cuanto a las realidades y problemáticas que se presentan en esta etapa de la vida.

La pertenencia como sentimiento y como hecho externo varía según las personas o grupos, según sus posibilidades, contextos, oportunidades, y según el momento histórico y el espacio en el que transitan su vida. La pertenencia no es un sentir y una circunstancia que se pueda dirimir en primera persona, sino que depende de un variado entramado de vinculaciones, comportamientos, creencias, que se entablan con otros sujetos, con el mercado, y en general con las instituciones de la esfera pública y privada. De allí que creemos relevante poder analizar la pertenencia según sus despliegues en la historia (componente temporal), según las personas o grupos en virtud de las diferencias según el género o los géneros, la edad, el estatus socio-económico, religioso, étnico, el nivel educativo, entre muchas otras (componente personal), según el lugar, país, región o continente que constituye la comunidad de pertenencia (componente espacial), y según las mayores o menores oportunidades de inclusión en consonancia con el acompañamiento y sostén familiar, estatal y comunitario que se desenvuelve en ese espacio (componente material) (Ciuro Caldani, 2020).

⁸ La noción de *intersecciones*, deviene de valiosos aportes de sectores del feminismo que intentan mostrar que no hay una única forma de discriminación hacia las mujeres sino varias, que interactúan y van constituyendo una a la otra. La Barbera (2016).

III.2. Interacción

La interacción implica la posibilidad de conservar los lazos y vínculos que se entretienen a lo largo de la vida o los nuevos que pueden surgir durante la vejez, las vinculaciones que se entablan en los diferentes ámbitos o áreas de la comunidad de pertenencia: la familia, los clubes de barrio y otras instituciones intermedias, la política, la cultura, la recreación, el trabajo. En el contexto del multigeneracionismo al que asistimos como parte del fenómeno del envejecimiento poblacional, se necesita de la protección de los vínculos intergeneracionales, del intercambio recíproco en un marco de respeto por las creencias, experiencias y formas de vida de cada una de las generaciones. Este enorme desafío lleva a plantear cambios culturales, y es uno de los retos más importantes que tienen las sociedades de nuestra era.

La idea de *interacción* desde la cual pensamos la participación se traduce en el reconocimiento de lugares, roles, derechos y responsabilidades que se exteriorizan mediante lazos y vinculaciones múltiples dentro del entramado social.

Al hilo de la temporalidad, la interacción se fue construyendo en el marco de distintos modelos socio-jurídicos, donde a cada sujeto se le asignó un cierto lugar, una cierta posición en relación a “los” demás y “lo” demás. La historia de la noción de la interacción social no es más que la historia de un conjunto de constructos socio-culturales, políticos, económicos y jurídicos que nos revelan el grado de inclusión o participación que se confiere a las personas, y en particular en su vejez.

Si pensamos en la interacción de las personas mayores en la *organización familiar* observamos que ha mutado al pasar del modelo de familia nuclear, predominante en el S. XVIII y XIX, al modelo de diversidades familiares, propio del S. XX y XXI. Hoy la noción de pertenencia y la de abuelidad se piensan a partir de múltiples vinculaciones y redes de colaboración que se entablan al interior de las familias multigeneracionales, donde abuelos y abuelas -y bisabuelos y bisabuelas- desarrollan importantes roles a favor de otros integrantes del grupo familiar, y donde los vínculos jurídicos ya no tienen su fuente exclusivamente en la sangre

sino también en la socioafectividad (Herrera, 2014). En este último supuesto, nos parece interesante que la ciencia jurídica pueda avanzar hacia el análisis de los roles que pueden asumir los abuelos y abuelas *afines* respecto de sus nietos y nietas afines en el seno de las familias ensambladas: funciones de cuidado, contención, asistencia económica y afectiva cuando lo “social” y lo “afectivo” interactúan entre sí constituyendo lazos familiares.

La vida postmoderna muestra el paso de una abuelidad en la vejez pensada y ejercida de manera pasiva a una abuelidad más activa y significativa, proyectada en el seno del fenómeno del envejecimiento poblacional (Iacub, 2015). La abuelidad pasiva se corresponde con el lugar *de subordinación o de dependencia* predominante en el S. XVIII y XIX, característica de la sociedad burguesa, donde las personas ancianas fueron consideradas tanto como símbolo de prudencia y meditación como del estancamiento del pasado (Dabove, 2018). Pues, por un lado, su presencia representó la continuidad y solidez de la moral familiar, siendo sus consejos escuchados y respetados, y por el otro, se les asignó un lugar fuera del ámbito doméstico, en hogares circundantes o habitaciones aisladas, que tuvo como consecuencia su apartamiento de la familia nuclear. La sociedad capitalista exigió una organización familiar que llevó a muchas familias nucleares a trasladarse a la ciudad para que el padre pudiera trabajar en las fábricas, quedando los integrantes de la familia ampliada (abuelos y abuelas) en el campo o en lugares alejados del contacto familiar. En suma, en aquella época las personas mayores ocuparon un lugar marginal dentro de la sociedad en general, el avance del capitalismo y su valor utilidad fueron determinando los ciclos de la vida en función de la capacidad de producir y de consumir (Dabove, 2002).

Desde mitad del S. XX, se va logrando instaurar una construcción de abuelidad más activa y significativa, incluso muchos abuelos y abuelas de este siglo se sienten activos y su estado de salud les permite realizar numerosas actividades (laborales, educativas, recreativas o de esparcimiento). Las imágenes tradicionales de abuelos y abuelas retirados, hamacándose en los sillones o cocinando, va dando lugar a otras imágenes con mayores más activos, en mejor estado físico,

trabajando, con expectativas de vida más amplias y con otros intereses personales (Iacub, 2015).

En ese marco socio-jurídico, el Derecho de la Vejez consagra el derecho a la *participación en la familia -hoy familias-*, así el art. 8° de la Convención Interamericana sobre Personas Mayores expresa que “la persona mayor tiene derecho a la participación activa, productiva, plena y efectiva dentro de la familia”. Esta facultad comprende el derecho a cuidar y a forjar y preservar las relaciones intrafamiliares sin interferencias injustificadas de terceros. Su respeto implica reconocer el lugar significativo que abuelos y abuelas -y bisabuelos y bisabuelas- ocupan en el entramado y dinámica familiar y en especial para la personalización de nietos y nietas que transitan la niñez o la adolescencia. Cuando los progenitores u otros parientes impiden tal comunicación se vulneran las posibilidades de interacción familiar, las oportunidades de “ser” en relación con “otros”, todo lo cual afecta el ejercicio y disfrute del *derecho a la identidad dinámica*, del *derecho a la vida familiar* y del *derecho a la preservación de lazos afectivos y significativos entre los sujetos*.

Por otro lado, la pertenencia se organizó en el modelo socio-jurídico tradicional sobre la idea de que ciertos sujetos debían ser *objeto de protección*, por su incapacidad, su edad, su inferioridad en relación a otros. Hoy tanto los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad como las personas en la vejez son sujetos plenos de derechos, y la incapacidad es una medida jurídica de última ratio cuando situaciones particulares ameritan esa declaración. Hoy se pretende instaurar una cultura de derechos por oposición a una cultura de dominación (Grosman, 1996), donde las relaciones intersubjetivas se construyen con miras a la consagración y respeto de la autonomía, la libertad y la igualdad.

Además, la pertenencia, interacción e identidad en la familia y la sociedad respondió a la división de roles femeninos y masculinos: la mujer con “pertenencia” en el ámbito doméstico, en lo “privado”, y el varón en el espacio del trabajo y la política, en lo “público”. Las nociones trabajadas -pertenencia, interacción- permiten visibilizar el lugar asignado a las mujeres en el entramado

familiar y social para sacar a la luz situaciones de injusticia, desigualdad y discriminación históricamente arraigadas.

Siguiendo los desarrollos de Laura Pautassi (2007), el derecho a cuidar como uno de los despliegues del cuidado, permite situar la mirada en la persona cuidadora, cuestionando aquella visión tradicional en la que sólo las mujeres aparecen como cuidadoras dentro del espacio del hogar.

Los obstáculos al ejercicio pleno de los derechos de las *mujeres mayores* responden a escenarios de ausencia de autonomía económica en las *etapas previas a la vejez*, es decir, a contextos en los que carecieron de oportunidades para obtener una fuente de ingresos y recursos propios por no haber logrado el acceso a un trabajo remunerado o haberlo obtenido de un modo insuficiente y desigualitario en relación al hombre, debiendo distribuir el uso del tiempo entre las tareas intra-hogar y el empleo (Cepal, 2022).

Siguiendo a Jelin (1996) en América Latina a partir de la década del 70' se produjo un aumento de la participación femenina en la fuerza del trabajo de importante magnitud, pero tal inserción se vio teñida de discriminación en los salarios y de concentración en las tareas "típica" y "socialmente" prescritas para las mujeres (secretarias, docentes, enfermeras, costureras, personal de geriátricos o de servicios de limpieza, etc.).

A su vez, las situaciones de las mujeres mayores son diferentes dependiendo del modelo familiar en el que transitaron sus etapas anteriores. Tomando ideas de Jelin (1996), en las familias nucleares "intactas", o bien la mujer mantuvo su dependencia económica respecto del esposo, siendo este el único perceptor de ingresos a lo largo de toda la unión, o siendo madres trabajadoras su ingreso sólo constituyó un aporte o ayuda al sostén familiar, llegándose a percibir su trabajo como una situación transitoria hasta sortear los obstáculos económicos que se presentan cuando el salario del hombre se torna insuficiente. Y en las familias nucleares que "no se mantuvieron intactas" debido a la separación de la pareja conyugal, la mujer pudo haber quedado en una posición de desventaja frente a la ruptura de la dependencia económico-afectiva que mantenía respecto del esposo

por falta de ingresos propios o salarios inferiores a los del varón, a lo que pudo sumarse la circunstancia de haber quedado a cargo de los hijos e hijas, atravesando incluso grandes dificultades para percibir los alimentos por parte del padre.

En general, las relaciones que cada mujer ha logrado entablar a lo largo de su vida, sus vinculaciones afectivas, familiares, conyugales, laborales, comunitarias, han marcado su pertenencia social y su propia biografía personal.

Siguiendo la noción de intersecciones, como aporte que proviene de sectores del feminismo, podemos observar las distintas formas de discriminación hacia la mujer que interactúan y van constituyendo una a la otra⁹. La categoría de la interseccionalidad pretende abandonar la idea de que la constitución de los sujetos y las identidades son homogéneas (Gebruers, 2021). Al trasladarla al campo de estudio de la vejez, dicho concepto permite visibilizar el cruce de vulnerabilidades que presentan las personas mayores cuando a los cambios físicos y psíquicos propios del envejecimiento se suman otras categorías, tales como el género o géneros, la clase social, la enfermedad, discapacidad, la soledad, la pobreza, entre otras.

Repensar el Derecho y su función social, es un desafío que va más allá de contar con “buenas leyes” o con “buenas resoluciones judiciales” para las mujeres, significa hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad (Facio y Fries, 1999). El tema involucra un profundo deseo de cambio en torno a aquella construcción de pertenencia, interacción y participación femenina que tantas desigualdades ha generado a lo largo de la historia.

El Derecho de la Vejez proyecta la interacción de las personas mayores en la comunidad sobre la base del principio de solidaridad e intercambio

⁹ Se ha dicho que la noción fue planteada por el feminismo afroamericano para señalar que se tomaron como estándares las experiencias de las mujeres blancas y heterosexuales sin considerar otras categorías de análisis, como la raza, la clase y la orientación sexual. La Barbera (2016).

intergeneracional, aquel mandato de optimización que ordena que en la mayor medida de lo posible se garantice un espacio de diálogo y reciprocidad entre las generaciones de manera que las personas en la vejez puedan compartir sus saberes, experiencias, ideas con otros grupos etarios y a su vez, recibir de ellos sus propios conocimientos, aportes, pensamientos.

Son varias las normas de la Convención Interamericana sobre Personas Mayores que aluden a esta importante cuestión, por ejemplo, el art. 20 sobre derecho a la educación incluye la facultad de compartir sus conocimientos y experiencias con todas las generaciones; el art. 21 sobre acceso a la cultura expresa que los Estados Parte deben fomentar programas culturales para que la persona mayor pueda desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual, para su beneficio y para el enriquecimiento de la sociedad como agente transmisor de valores, conocimientos y cultura; la obligación de impulsar la participación de las organizaciones de personas mayores en la planificación, realización y divulgación de proyectos educativos y culturales; e incentivar, mediante acciones de reconocimiento y estímulo, los aportes de la persona mayor a las diferentes expresiones artísticas y culturales. Asimismo, el art. 3º que consagra los principios jurídicos, refiere a la valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo; y a la solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria, entre otros.

Se ha dicho que son múltiples los beneficios que generan los intercambios intergeneracionales, incluyen a todas las personas que participan de los mismos evitando el aislamiento social y la soledad, incrementando las posibilidades de un envejecimiento activo, productivo y saludable en cuanto mejora la calidad de vida y la salud (Beltrán y Rivas Gómez, 2013).

En los intercambios intergeneracionales hay culturas que interactúan entre sí, se trasladan de un grupo a otro, dialogan y compiten en un universo heterogéneo de significaciones (Dabove, 2008).

Si nos detenemos en el término “intergeneracional”, vemos que el prefijo “inter” es lo más relevante si consideramos que esos intercambios implican una salida de todo aquello que al interior de cada generación marca una cierta identidad y pertenencia (creencias, actitudes, pensamientos, costumbres, etc.) llevando a la conexión con todo aquello que las otras generaciones pueden aportar, llegándose incluso a una transformación de esa propia identidad generacional (Sáez Carreras, Pinazo Hernandis y Sánchez Martínez, 2007). Los intercambios entre generaciones implican el *contacto* con un *otro*, que puede tener una historia personal, vivencias, saberes, convicciones, modelos de conducta diversos a uno mismo, que son también merecedores de reconocimiento y respeto. Esto nos conecta con la pregunta sobre la alteridad, que es una noción que interpela al “yo” para situarlo más allá de sus “contornos de vida” y llevarlo al contacto con “otros” modos de “ser” o de “estar”, todo lo cual permite conocer que hay formas de vida históricamente excluidas.

Krotz (1994), nos dice que la pregunta antropológica decisiva es aquella que refiere a la *alteridad*, noción que no es sinónimo de una simple y sencilla diferenciación, es decir, no implica constatar que cada individuo es único e irrepetible sino adentrarse en la experiencia de “lo extraño”, no para marcar sus diferencias sino para integrarlo. Por eso, la alteridad no significa ver al otro como separado del mundo sino al contrario como parte del grupo humano.

En línea con esto, si tomamos los aportes que hace la Teoría Trialista del Mundo Jurídico en relación a los elementos que han de conformar un régimen de justicia humanista -unicidad, tolerancia, igualdad y comunidad- podemos afirmar que no se trata solamente de reconocer a cada sujeto como ser *único*, distinto, sino también de *tolerar* su criterio de verdad, su proyecto vital, de *igualar* para asegurar iguales oportunidades, lo que no significa tratar siempre a todos por igual sino distribuir de manera desigual a favor de quienes se hallan en situaciones de desventaja social, y de realizar la *solidaridad*, lo que implica situarse en el lugar del otro, reconociendo su realidad y cooperando para provocar cambios en sus circunstancias adversas (Goldschmidt, 1995; Ciuro Caldani, 2020).

IV. Reflexiones finales

Los derechos de participación o inclusión reúnen un conjunto de *facultades* que han sido reconocidas a favor de las personas de 60 años de edad en adelante, conformando uno de los ejes desde los cuales pensamos el Derecho de la Vejez. Concebimos que el Derecho de la Vejez es una rama jurídica autónoma que se ocupa de los problemas y sus soluciones relativos a la vida de las personas mayores, receptados en fuentes del Derecho que son específicas y que han sido valorados desde un particular requerimiento de justicia: la especial protección de las personas en la etapa de la vejez.

La participación es además un *principio jurídico* que ordena que el Estado y la comunidad toda garantice las condiciones para asegurar una *esfera de inclusión* de las personas mayores dentro de su comunidad de pertenencia. Ello ha llevado al reconocimiento expreso y específico en las fuentes del Derecho de la Vejez de un conjunto de derechos de participación: derecho al trabajo, a la educación, acceso y participación en la política, la cultura, la ciencia, en los espacios de recreación, esparcimiento y deporte.

Los derechos de participación o inclusión se mantienen en directa relación con el resto de ejes y principios del Derecho de la Vejez: con los derechos de *autonomía* que encuentran su fundamento en el principio de *independencia*, con los derechos de *protección* que tienen su origen en el principio de *cuidados*, y con el derecho de acceso a la *justicia y garantías procesales*, que tienen su justificación en el principio de *dignidad*.

Los derechos de participación o inclusión se construyen sobre la base de dos nociones fundamentales: *pertenencia* e *interacción*, que son los criterios generales orientadores en los cuales encontramos su justificación. Podemos afirmar que la *pertenencia* consiste en un sentimiento individual o colectivo (factor interno) y en una situación fáctica que exterioriza la correspondencia en los diferentes ámbitos de la comunidad a la que se pertenece (factor externo). Sin embargo, sabemos que la pertenencia -desde su arista interna y externa- suele entrar en crisis en la vejez

por el lugar marginal que se asigna a las personas, suele estar fuertemente condicionada por una trama de viejismos y límites al ejercicio pleno de los derechos que constituyen la expresión de la constitución material formada por el juego de los factores de poder que intervienen en el sistema económico, jurídico, político, social y cultural. Desde la perspectiva de *género*, la pertenencia social de hombres y mujeres no es ni ha sido la misma en virtud de las diferencias de roles y lugares construidas desde el sistema sociocultural y jurídico, esas biografías personales muchas veces se acentúan en la vejez dejando a la luz las situaciones de desventaja de las mujeres mayores.

La *interacción* implica la posibilidad de conservar los lazos y vínculos que se entretejen a lo largo de la vida o los nuevos que pueden surgir durante la vejez, las vinculaciones que se entablan en los diferentes ámbitos o áreas de la comunidad de pertenencia: la familia, los clubes de barrio y otras instituciones intermedias, la política, la cultura, la recreación, el trabajo. Al hilo de la temporalidad, podemos afirmar que la noción de interacción familiar y social no es más que la historia de un conjunto de constructos socio-culturales, políticos, económicos y jurídicos que nos revelan el grado de inclusión o participación que se confiere a las personas, y en particular en su vejez.

La idea de interacción nos permite visibilizar el lugar asignado a las mujeres en el entramado familiar y social para sacar a la luz situaciones de injusticia, desigualdad y discriminación históricamente arraigadas. El tema involucra un profundo deseo de cambio en torno a aquella construcción de *pertenencia, interacción y participación femenina* que tantas *desigualdades* ha generado a lo largo de la historia.

El Derecho de la Vejez en general proyecta la interacción de las personas mayores en la comunidad sobre la base del principio de *solidaridad e intercambio intergeneracional*, aquel mandato de optimización que ordena que en la mayor medida de lo posible se garantice un espacio de diálogo y reciprocidad entre las generaciones de manera que las personas en la vejez puedan compartir sus

saberes, experiencias, ideas con otros grupos etarios y a su vez, recibir de ellos sus propios conocimientos, aportes, pensamientos.

Referencias bibliográficas

- ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- AMADASI, Enrique y TINOBORAS, Cecilia (2015). “La capacidad de subsistencia de los hogares y las personas mayores”, en AMADASI, Enrique (Coord.). *Condiciones de vida e integración social de las personas mayores: ¿diferentes formas de envejecer o desiguales oportunidades de lograr una vejez digna?*, Buenos Aires, Fundación Universidad Católica Argentina.
- ARISTÓTELES (1989). *La Política* (Patricio de Azcárate, Trad., 18º ed.). Madrid: Espasa Calpe – Colección Austral.
- BELTRÁN, Alicia Judith y RIVAS GÓMEZ, Adalver, Intergeneracionalidad y multigeneralidad en el envejecimiento y la vejez, *Tabula Rasa*, 18, 303-320.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2020). *Una teoría trialista del mundo jurídico*. Buenos Aires: Astrea.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2020a). *Méritos y merecimientos: filosofía de los títulos en el mundo jurídico y otros estudios*. Buenos Aires. Astrea.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2010). ¿Convertirse en persona?. *Derecho de Familia y de las Personas*, 1, 202.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2023). Aportes a la protección civil y penal de los ancianos (adultos mayores o viejos). *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, 40, 195-196.
- DABOVE, María Isolina (2018). *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*. Buenos Aires: Astrea.
- DABOVE, María Isolina (2002). *Los Derechos de los Ancianos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- DABOVE, María Isolina (2000). Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad. *Jurisprudencia Argentina*, 4, 17-23.
- DABOVE, María Isolina (2008). Derecho y Multigeneracionismo: los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. *Derecho de Familia*, 40, 4.
- DABOVE, María Isolina (2021). Discriminación y Desigualdad en la Vejez: enfoque jurídico de los viejismos. *Revista Derechos en Acción*, 6 (20), 125-180.

- DABOVE, María Isolina (2021a). “Mujeres mayores: pasado, presente y porvenir de sus derechos”, en FERNÁNDEZ ANDREANI, Patricia y BOQUIN, Gabriela Fernanda (dirs.). *Igualdad real de las mujeres. El derecho a la paridad efectiva*, Buenos Aires: Astrea.
- FACIO, Alda y FRIES, Lorena (1999). *Género y Derecho*. Santiago de Chile: La Morada.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.
- FORTEZA MÉNDEZ, José (1990). La preparación para el retiro. *Anales de psicología*, 6 (2), 101-114.
- GEBRUERS, Cecilia (2021). La noción de interseccionalidad: desde la teoría a la ley, y la práctica en el ámbito de los derechos humanos. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 11 (1), 55-74.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2015). *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1995). *Introducción filosófica al Derecho*. Buenos Aires: Depalma.
- GROSMAN, Cecilia (1996). “Los derechos del niño en la familia. Ley, creencias y realidades”, en WAINERMAN, Catalina. (Dir.). *Vivir en Familia*. Buenos Aires: Losada, 73-114.
- HERRERA, Marisa (2014). La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del Derecho de Familia contemporáneo. *Derecho de Familia*, 66, 1-35.
- HUENCHUAN, Sandra y GUZMAN, José Miguel (2007). Seguridad económica y pobreza en la vejez: tensiones, expresiones y desafíos para el diseño de políticas. *Notas de Población*, 83.
- HUENCHUAN, Sandra (2018) (ed.). *Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: perspectiva regional y de derechos humanos*. Santiago de Chile: CEPAL.
- IACUB, Ricardo (2013). Nuevas reflexiones sobre la posgerontología. *Revista Kairós Gerontología*, 16 (4), 295-311.
- IACUB, Ricardo (2015). “Familia y Vejez a propósito de la abuelidad”, en KRASNOW, Adriana (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley, 769-789.
- JELIN, Elizabeth (1996). “Familia: crisis y después”. En WAINERMAN, Catalina (comp.). *Vivir en Familia*. Buenos Aires: Losada, 23-48.
- KROTZ, Esteban (1994). “Alteridad y pregunta antropológica”, *Alteridades*, 4 (8), 5-11.

- LA BARBERA, María Caterina (2016). Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea. *Interdisciplina*, 8, 105-122.
- PAUTASSI, Laura (2007). El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos. *Serie Mujer y Desarrollo*, 87, 1-50.
- PÉREZ CONTRERAS, María Monserrat (2005). Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 113, 845-867.
- RODRÍGUEZ ZOYA, Paula (2015). Visualidades antiaging. La producción imaginal. *Culturales*, 3 (2), 229-262.
- SÁEZ CARRERAS, Juan, PINAZO, Sacramento y SÁNCHEZ MARTINEZ, Mariano (2007). “El fomento de las políticas intergeneracionales”, en SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Mariano (Dir.). *Programas intergeneracionales. Hacia una sociedad para todas las edades*. Barcelona: Fundación “la Caixa”, 211-232.
- SCOLICH, Natalia Verónica (2005). Pensar la Vejez. *Cartapacio de Derecho*, 9, 1-55.

Documentos

- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (2022). *La sociedad del cuidado: horizonte para una recuperación sostenible con igualdad de género*, LC/CRM.15/3.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2023). *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*.

Participación social de las personas mayores en Chile: una mirada de gobernanza

Social Participation of Older People in Chile: a Governance Approach

 **Ángela Arenas Massa**

Universidad Finis Terrae, Chile
aarenas@uft.cl

 **Jaime Phillips Letelier**

Universidad de Chile, Chile
jphillips@derecho.uchile.cl

Resumen: Chile es uno de los países más envejecidos de Latinoamérica. El 18,4% de la población total es mayor de 60 años y el 14% de la población de 65 años. El país tiene el desafío de fomentar la participación de las personas mayores en el diseño de políticas, el ámbito productivo y social, considerando también que en 2017 se ratificó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que en su artículo 8° establece el derecho a una participación activa, productiva, plena y efectiva de las personas mayores. Las políticas públicas en materia de participación social tienen una data mayor a 10 años y se hace necesario revisarlas a la luz de la Convención. El presente artículo se propone evaluar las políticas públicas referidas a las personas mayores con una mirada de gobernanza, es decir, que considere la participación del Estado, de actores económicos privados y de asociaciones privadas sin fines de lucro o grupos de interés en la promoción de los derechos humanos y bienestar de las personas mayores. Para ello, hubo una revisión bibliográfica de documentos jurídicos, políticas públicas sociales y artículos científicos de referencia. Se concluye que el enfoque de las políticas territoriales chilenas debería robustecer instituciones como la familia alargada y el trabajo formal como medidas realistas que promuevan la integración plena de las personas de edad y que prevengan el aislamiento social y la soledad no deseada.

Palabras clave: PERSONAS MAYORES; GOBERNANZA; PARTICIPACIÓN; POLÍTICAS PÚBLICAS

Abstract: Chile is one of the most ageing countries in Latin America. 18.4% of the total population is over 60 years old. Having ratified the Inter-American Convention on the Protection of the Human Rights of Older Persons in 2017, Chile has the challenge of promoting the social participation of older persons in policy design, production and social spheres. Article 8 of the Convention establishes the right to active, productive, full and effective participation of older persons. Public policies on social participation are more than 10 years old and need to be reviewed in the light of the Convention. The purpose of this article is to evaluate such public policies from a governance perspective, i.e., considering the participation of the State, private economic actors and private non-profit associations or interest groups in the promotion of the human rights and well-being of older persons. For this purpose, a literature review of legal documents, social public policies and scientific reference articles was carried out. It is concluded that the Chilean territorial policy approach should strengthen institutions such as the extended family and formal work as realistic measures to promote the full integration of older persons and to prevent social isolation and loneliness.

Keywords: OLDER PEOPLE; GOVERNANCE; PARTICIPATION; PUBLIC POLICY

Fecha de recepción: 03/10/2024

Fecha de aceptación: 07/02/2025

Identificador doi: 10.62169/rg.i34.2545



Participación social de las personas mayores en Chile: una mirada de gobernanza*

Ángela Arenas Massa y Jaime Phillips Letelier

I. Introducción

La sociedad chilena enfrenta un importante desafío, su envejecimiento. El porcentaje de personas de 60 años y más que vive en Chile, respecto a la población total, ha ido aumentando progresivamente en las últimas décadas. En 1992 este grupo etario equivalía al 9,5% del total de habitantes del país. En 2022 aumentó al 18,1% y se espera que en 2050 las personas mayores equivalgan al 32,1% de la población (Alvear y Rodríguez, 2023). La mayoría de esas personas seguirían siendo las de la tercera edad (60 a 79 años). Pero la proporción de este segmento, dentro del total de personas mayores, tendería a descender, pasando de 83,6% en 2022 a 72,0% en 2050. En este sentido, la cantidad de personas en la cuarta edad (80 y más años) aumentaría más de tres veces su tamaño en igual período y representaría el 28,0% del total de personas mayores en 2050 (Rojas y Rodríguez, 2022). En consecuencia podemos hablar de que se está produciendo un envejecimiento de la vejez.

En forma adicional, en esta población se vive una feminización de la vejez, lo que se relaciona a su mayor esperanza de vida. En Chile un 55,4% de las personas mayores son mujeres. Superados los 80 años, hay casi dos mujeres por un varón (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2023a).

Las políticas públicas vigentes en materia de vejez ya tienen más de diez años de desarrollo en Chile. Con todo, en la actualidad es necesario enfrentar los

* Los autores agradecen a la Unidad de Estudios del Servicio Nacional del Adulto Mayor, representado en la persona de Cristián Massad Torres y a la profesional de la Unidad de planificación Carmen Luz Belloni Simon, por su colaboración y entrega anticipada de datos CASEN 2022 en septiembre 2023, los que posteriormente ratificaron en noviembre del mismo año.

problemas que supone una población ya envejecida y que se dirige al envejecimiento de la vejez. Las condiciones de vida y desarrollo han evolucionado en estos diez años. Es necesario reconsiderar la realidad y situación de vida de las personas mayores con datos actuales.

Por otro lado, el Estado de Chile también ha asumido nuevos compromisos en materia de derechos humanos de las personas mayores ratificando la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en 2017 (CIDHPM). Un aspecto importante de esta convención es el ámbito de la participación e integración comunitaria de los mayores y ofrecimiento de oportunidades para el desarrollo de sus capacidades y potencialidades, consagrados en el artículo 8°.

Este artículo se centrará en analizar la obligación del mencionado artículo 8° sobre participación de las personas mayores y en evaluar las políticas públicas que promueven dicha participación a la luz de esa normativa.

Para esto, se realizará una caracterización de la realidad socio-demográfica de las personas de edad en Chile basada en el concepto de pobreza multidimensional. Este concepto tiene por finalidad establecer un panorama de las condiciones de vida de este grupo etario, entregando insumos sobre los potenciales escenarios de necesidad y vulnerabilidad social, en base a instrumentos internacionales como el Plan de Acción de Madrid (Naciones Unidas, 2002) y la CIDHPM (Organización de Estados Americanos, 2017) que se estructura en temáticas de Educación, Salud, Trabajo y Seguridad Social, Vivienda y Entorno, y Redes y Cohesión social (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2023a; Unidad de Estudios, 2023).

A la luz del artículo 8° de la CIDHPM y de la caracterización sociodemográfica, se hará un análisis de las políticas públicas sobre participación. Lo anterior permitirá ver los aspectos positivos y avances que se han logrado con estas políticas y los desafíos pendientes en materia de participación social de las

personas mayores. Para elaborar propuestas de mejora, se asumirá una mirada de gobernanza que ayude a un rediseño de las políticas públicas. Gobernanza es un concepto puente que permite integrar una mirada interdisciplinar y holística en la resolución de un problema (Diez Sastre, 2018). Además, permite integrar a las distintas capas sociales involucradas en un problema y concebir soluciones más allá de la actividad de gobierno-reguladora propiamente tal, que integre el aporte de actores económicos privados y organizaciones del llamado “tercer sector”, es decir, asociaciones, grupos de interés y la familia (Nickel, 2014).

El objetivo del artículo es replantear la consideración de realidades de las personas mayores para el abordaje de su participación social en clave de gobernanza. Esta mirada permitirá integrar la labor del Estado, grupos económicos, asociaciones privadas y a las personas mayores. Para ello hubo una revisión bibliográfica de documentos y artículos científicos de referencia, que cruzan información sociodemográfica con políticas centradas en la participación social, desarrolladas por el Servicio Nacional del Adulto Mayor. Se excluye el análisis de las políticas dirigidas a servicios sociales y cuidados sociosanitarios, ejecutadas por la misma institución.

El trabajo tendrá el siguiente desarrollo. Primero, se analizarán algunos aspectos de la caracterización sociodemográfica de las personas mayores a la luz del concepto de pobreza multidimensional. Luego se analizará la norma del artículo 8° de la CIDHPM y las políticas públicas existentes en materia de participación. En tercer lugar, tomando una mirada de gobernanza, se analizarán dichas políticas y se propondrán mejoras destinadas a profundizar la participación social de las personas mayores. Se concluirá con unas reflexiones sobre los desafíos futuros.

II. Desarrollo

La sociedad chilena enfrenta un importante desafío, su envejecimiento. El porcentaje de personas de 60 años y más que vive en Chile, respecto a la población total, ha ido aumentando progresivamente en las últimas décadas. En 1992 este grupo etario equivalía al 9,5% del total de habitantes del país. En 2022 aumentó al 18,1% y se espera que en 2050 las personas mayores equivalgan al 32,1% de la población. (Alvear y Rodríguez, 2023). La mayoría de esas personas seguirían siendo las de la tercera edad (60 a 79 años). Pero la proporción de este segmento, dentro del total de personas mayores, tendería a descender, pasando de 83,6% en 2022 a 72,0% en 2050. En este sentido, la cantidad de personas en la cuarta edad (80 y más años) aumentaría más de tres veces su tamaño en igual período y representaría el 28,0% del total de personas mayores en 2050 (Rojas y Rodríguez, 2022). En consecuencia podemos hablar de que se está produciendo un envejecimiento de la vejez.

II. 1. Aspectos de la caracterización sociodemográfica de las personas mayores en Chile

Para efectos de la caracterización sociodemográfica de las personas mayores se han seleccionado variables asociadas a la pobreza multidimensional. Se trata de (i) la seguridad económica, (ii) vivienda y entorno, (iii) educación, y (iv) acceso al trabajo.

La seguridad económica se entiende como la capacidad de disponer y usar de forma independiente una cierta cantidad de recursos económicos regulares y en montos suficientes para asegurar una buena calidad de vida. Supone una situación económica determinada por el poder adquisitivo y una posición económica con relación a otros grupos que componen la población/generación (Díaz Tendero Bollain, 2015). Del total de personas mayores del país, el 3,1% se encuentra bajo la línea de la pobreza, lo que implica una disminución respecto a la medición del año

2020, en la que llegaba al 5,6%. (Unidad de Estudios, 2023). Esto ha sido explicado por los subsidios directos entregados por el Estado durante la pandemia COVID 19 al grupo de mayores (Kornfeld Matte y Arenas Massa, 2023). Sin embargo, el 9% de las personas de edad se encuentra en situación de pobreza multidimensional. A nivel del territorio, los mayores índices de pobreza y de pobreza multidimensional, se encuentran en el sur del país (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2023).

Respecto de la vivienda y el entorno, el porcentaje de personas mayores que viven solas es el 14,6%. El resultado puede explicar, por un lado, la capacidad de las personas de edad de vivir solas y, por otro lado, la vulnerabilidad eventual en que se encontrarían estas personas si requieren cuidados de salud, o están alejadas de servicios básicos (Unidad de Estudios, 2023, p.9). Cabe destacar que el 85,5% de las personas mayores viven en hogares no unipersonales, es decir, con otras personas que en general suelen ser de su entorno familiar, según reportan otros instrumentos como la Encuesta Calidad de Vida (Pontificia Universidad Católica - Caja Los Andes, 2023).

En materia de educación, se puede observar que el mayor porcentaje de personas mayores (24,5%) no terminó la educación básica, lo que sumado al 4,3% que señaló no poseer educación formal, da cuenta que el 28,8% de las personas mayores no contaría con el nivel básico de instrucción. La media de años de escolaridad equivale a los 9,4 años en varones y 8,7 años en mujeres. La variable de analfabetismo, es decir, no saber leer, escribir o ambas, reporta un porcentaje de 6,8% de la población de hombres mayores y un 7,4% de las mujeres de edad. Como se puede corroborar, existe una importante brecha de género en educación formal. Al 2022, en ninguna de las regiones del país las mujeres mayores presentan una media de años de escolaridad superior a la de los hombres mayores (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2023a; Unidad de Estudios, 2023)

Un último factor relevante para la prevención del aislamiento social y la soledad es el acceso al trabajo. En el país parece existir una relación inversa entre

edad y formalidad laboral (Observatorio envejecimiento UC, 2022). Con el paso de los años crece la probabilidad de obtener trabajos informales para hombres y mujeres, independiente del nivel educativo, estado de salud o ingresos no laborales (Montt y Contrucci, 2022). Los niveles de informalidad laboral posterior a la pandemia (2022) alcanzan su máxima tasa luego de los 70 años, tanto para hombres como para mujeres. Luego de los 70 años, cerca de 6 de cada 10 mujeres trabaja desde la informalidad. Para las personas mayores de 70 años se observa la mayor proporción de informalidad, que además alcanzó su punto más alto en 2022 con un 58,6%, un incremento de 3,4 puntos porcentuales respecto del año 2019 (Observatorio Laboral Nacional SENCE, 2023).

Según las últimas estadísticas nacionales, la informalidad nacional en el año 2022 alcanzó un 26,6%, y para personas mayores de 65 años esa cifra alcanza al 51,8%, lo que da cuenta de la focalización del problema en este grupo de la población. Dentro del grupo de mayores que trabajan en informalidad el 58,7% son mujeres de 65 o más años y el 42,3% varones. En relación con los ámbitos en que las personas mayores desarrollan sus actividades remuneradas el 40% es trabajador por cuenta propia, el 35% se desempeña en el sector privado, el 9% en sector público, el 7% son empleadores, el 5% se dedica al servicio doméstico y el 2% reporta trabajar con un familiar de manera no remunerada (Instituto Nacional de Estadísticas, 2023).

La informalidad es preocupante, porque no cumple con el pago de impuestos, no tiene cobertura de protección social y carece de prestaciones relacionadas al empleo. Si bien la persona mayor no cotiza para efectos de recibir una pensión dado que está jubilada y también adscrita al sistema de salud, si es propensa a sufrir una enfermedad profesional o accidente de trayecto, los cuales deberían ser cubiertos por el sistema de seguridad social, por ejemplo.

En materia de participación social, las personas mayores son el grupo más organizado de la sociedad civil, llegando a un porcentaje de 35% entre quienes

tienen 60 y 79 años. Las juntas de vecinos y agrupaciones de mayores son las organizaciones más comunes (Ministerio de Desarrollo Social, 2017). También se detectan clubes deportivos, grupos folclóricos, grupos religiosos, grupos de salud, clubes de personas mayores, voluntariados. Se han reportado 319,018 organizaciones de la sociedad civil de las cuales 214,064 estarían activas al 2022. De ellas, 13,310 son conformadas por personas de más de 60 años, es decir, el 6%. (Observatorio envejecimiento UC, 2022).

II. 2. Compromiso del Estado y políticas públicas con enfoque en participación social de las personas mayores

Chile suscribió la Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores en 2017 (Organización de Estados Americanos, 2017). En materia de participación social el artículo 8° dispone:

“La persona mayor tiene derecho a la participación activa, productiva, plena y efectiva dentro de la familia, la comunidad y la sociedad para su integración en todas ellas.

Los Estados Parte adoptarán medidas para que la persona mayor tenga la oportunidad de participar activa y productivamente en la comunidad, y pueda desarrollar sus capacidades y potencialidades. A tal fin:

- a) Crearán y fortalecerán mecanismos de participación e inclusión social de la persona mayor en un ambiente de igualdad que permita erradicar los prejuicios y estereotipos que obstaculicen el pleno disfrute de estos derechos.
- b) Promoverán la participación de la persona mayor en actividades intergeneracionales para fortalecer la solidaridad y el apoyo mutuo como elementos claves del desarrollo social.
- c) Asegurarán que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de la persona mayor y tengan en cuenta sus necesidades” (Organización de los Estados Americanos [OEA], 2017, art. 8).

Como se puede observar, esta norma promueve una integración radical de la persona mayor. Es decir, no se trata de sujetos pasivos que deben recibir beneficios y cuidados. Establece más bien un derecho a participar de modo amplio en la vida social, ya sea familiar, comunitaria, económica y política, y de modo intergeneracional en igualdad de condiciones que el resto de la población.

Las políticas públicas vigentes en Chile tienen un origen anterior a la ratificación de la citada convención. La mayoría de ellas están concentradas en la Red del Servicio Nacional del Adulto Mayor. Se pueden destacar las siguientes propuestas:

a) Escuela de formación para dirigentes mayores : su origen data del año 2009 y tiene por objetivo aumentar la participación de los dirigentes e integrantes de organizaciones de personas mayores en diferentes ámbitos, promoviendo una valoración positiva de la vejez, así como el conocimiento y ejercicio de sus derechos, a fin de que sean protagonistas activos de la sociedad y puedan aportar su experiencia y conocimientos. El programa se realiza mediante convocatoria directa a dirigentes de organizaciones de adultos mayores y a través de jornadas con metodologías participativas, diálogos e intercambio de experiencias entre las personas mayores (miembros de organizaciones de mayores). (Chile Atiende, 2023).

b) Voluntariado País de Mayores : se inicia en el año 2016 y busca que adultos mayores jubilados o pensionados, que se encuentran inactivos (ni ocupados ni desocupados) ejerzan labores sociales de voluntariado, aumentando su autoimagen y autovaloración. El programa vincula a voluntarios mayores y niños pertenecientes a familias que participan del Sistema Seguridades y Oportunidades que cursen entre 2° y 8° año básico que presentan un desempeño escolar deficitario, el cual será mejorado a través de apoyo escolar entregado por las personas mayores. El programa entrega un estipendio durante nueve meses para el voluntario con el objetivo de cubrir los gastos de movilización y/o traslado,

además de acciones que permitan mejorar su labor y visibilizar el aporte que realiza este grupo etario. El programa es ejecutado por municipios, es decir, por terceros. (Dirección de Presupuesto, 2019).

c) Envejecimiento Activo : el programa se desarrolla desde el año 2013 y busca contribuir al envejecimiento activo de personas mayores en situación de vulnerabilidad social, proporcionando conocimientos y oportunidades para el desarrollo personal, cognitivo, biológico, físico y de participación social, para lo cual se requiere fomentar y equilibrar la responsabilidad personal, el encuentro, la solidaridad intergeneracional y la creación de entornos favorables, que aporten a la calidad de vida y retrasen los niveles de dependencia.

d) El programa contiene tres componentes: Talleres para fortalecer habilidades en la vejez (1), Jornadas y Seminarios para fortalecer habilidades en la vejez (2) y, Espacio Mayor con el propósito de contribuir al envejecimiento activo de las personas mayores (3). Estas líneas de trabajo proporcionan conocimientos y oportunidades para el desarrollo personal de las personas mayores, además brinda oportunidades de acceso a la cultura, recreación y esparcimiento (Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2023).

e) Turismo Social para el Adulto Mayor : desde el año 2009, el programa apoya a personas adultas mayores vulnerables que enfrentan exclusión social y se encuentran desvinculadas de las redes sociales, otorgándoles financiamiento para viajes por el día con el fin de facilitar su acceso a lugares de interés turístico y cultural. Se incluyen actividades que fomentan la integración social y actividades significativas para las personas mayores. El Servicio Nacional del Adulto Mayor efectúa licitaciones públicas en base a requerimientos de servicios de alimentación y traslado. Los beneficiarios preferentes son las personas mayores participantes del programa Vínculos, Condominios de Viviendas Tuteladas y Establecimientos de Larga Estadía. Se atienden en base a criterios regionales factores como: alta vulnerabilidad y ruralidad de la comuna, dispersión geográfica, ejecución de

programas de SENAMA en la comuna, entre otros (Dirección de Presupuesto, 2019a).

f) Buen Trato al Adulto Mayor: Este programa se inicia el año 2012 y abarca el área de participación y servicios sociales, es decir, es transversal dentro de las políticas públicas emanadas del Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Su objetivo es prevenir el abuso, violencia y maltrato que afecta a este grupo etario. Desarrolla acciones de prevención, promoción y sensibilización de la temática en la misma línea de trabajo intersectorial y de coordinación con los dispositivos locales y territoriales, especialmente con municipios, centros de salud, policías, organismos auxiliares de justicia, universidades, entre otros. Del mismo modo, desarrolla acciones mediante la asesoría, articulación y coordinación en caso de maltrato al adulto mayor. El programa atiende en las 16 regiones del país como un articulador que facilita la prestación del servicio jurídico, dado que el Servicio Nacional del Adulto Mayor, no cuenta con facultades legales de intervención directa (patrocinio en juicio). Para ello, el Servicio celebra convenios con Clínicas Jurídicas de Universidades, Corporaciones de Asistencia Judicial y profesionales que dan respuesta directa (Dirección de Presupuesto, 2021).

g) Fondo Nacional del Adulto Mayor: es un programa creado por la Ley N°19.828 en el año 2002, como un fondo que contiene tres líneas de acción, a través de fondo autogestionado (por concurso en que postulan organizaciones de mayores), de ejecutores intermedios y de convenios institucionales desarrollados por instituciones que trabajan con personas mayores que se encuentran en situación de alta vulnerabilidad social.

El objetivo de este programa es favorecer la autonomía, autogestión, integración social e independencia de los adultos mayores, como, asimismo, entregar servicios de calidad para la atención de personas en situación de dependencia y/o vulnerabilidad que contribuyan a satisfacer sus necesidades

básicas y que mejoren su calidad de vida (Ministerio General de la Presidencia, 2002).

h) Programa Vínculos: El origen de este programa se encuentra en la Ley N° 19.949 que crea el Sistema de Protección Social Chile Solidario en año 2004, dirigido a “las familias y sus integrantes en situación de extrema pobreza” con el objetivo de “promover su incorporación a las redes sociales y su acceso a mejores condiciones de vida”, promoviendo su autonomía y participación social (Ministerio de Planificación y Cooperación, 2004). Posteriormente, la Ley N°20.595 en su artículo 3° prescribe que las personas que integran el subsistema “Chile Solidario”, podrán ingresar al subsistema “Seguridades y Oportunidades”. Además, según el artículo 4° podrán acceder al Subsistema las personas y sus familias cuando corresponda, que se encuentren en situación de vulnerabilidad por cumplir con cualquiera de las siguientes condiciones: a) Tener 65 o más años de edad, vivir solo o con una persona y estar en situación de pobreza. Para la calificación de condición de pobreza no se considerarán los beneficios que le hayan sido otorgados de conformidad a la Ley N° 20.255 (es decir, recibir pensión básica solidaria) (Ministerio de Desarrollo Social - Subsecretaría de Evaluación Social, 2012).

Los ejes del programa son el acompañamiento a la trayectoria durante su permanencia en “Vínculos” (1); acompañamiento psicosocial a cargo de un monitor comunitario, con sesiones individuales y grupales durante 24 meses de duración del programa (2); acompañamiento sociolaboral por 20 meses, a partir del quinto mes del acompañamiento psicosocial, con sesiones individuales y grupales. La persona mayor elabora y aplica un plan ocupacional que promueve la realización de actividades básicas de la vida diaria (3); gestión de servicios y prestaciones sociales de la red, tales como, ayudas técnicas del Servicio Nacional de Discapacidad, acceso al agua potable, habitabilidad, etc. (4) y; bonos y transferencias monetarias transitorias a partir del tercer mes de ingreso al programa y se mantiene durante 24 meses (5) (Capablanca Ltda., 2018).

III. Reflexiones en base a la realidad sociodemográfica y las políticas sociales chilenas de participación en clave de Gobernanza Global

De las políticas sociales descritas en materia de promoción de la participación social y prevención del aislamiento social y soledad de las personas mayores, un aspecto positivo a resaltar es que casi la totalidad de los programas tienen un desarrollo de diez años y más, es decir, son de largo plazo. Por consiguiente, habría una política de Estado independientemente de la voluntad del gobierno de turno por la salvaguardia del artículo 8° de la CIDHPM, en lo que le corresponde o abarca.

La norma en comento propone la participación e inclusión efectiva de la persona mayor en la familia, comunidad y sociedad. Detrás de esta norma existe lo que se conoce como una mirada de gobernanza, es decir, que promueve la elaboración de políticas públicas desde una mirada que integre a las personas mayores en la elaboración de políticas desde el sector estatal, pero también su inclusión en el sector productivo, en las asociaciones privadas de mayores y en la familia (Nickel, 2014).

Sin embargo, se observa que las políticas diseñadas por el Ejecutivo son de dos tipos. Unas son de servicio público de carácter prestacional, en las cuales el Estado se obliga a entregar beneficios gratuitos y focalizados en las personas mayores (Camacho Cepeda, 2008). Aquí se encuentra una amplia gama de prestaciones que va desde el programa *Vínculos*, hasta los múltiples ejemplos encontrados en la “Guía con los principales beneficios del Estado para las Personas Mayores” como son el defensor mayor, las tarifas rebajadas de transporte en diversas zonas del país, la rebaja de las contribuciones, el acceso gratuito a parques y reservas nacionales, etc. (Servicio Nacional del Adulto Mayor de Chile, 2021).

El segundo tipo de políticas, se basan en la denominada actividad del fomento del Estado (Camacho Cepeda, 2008). Por ellas crean estímulos en forma principal dirigidos a agrupaciones de personas mayores, para que realicen actividades entre personas de dicho grupo etario. Se trata de actividades de iniciativa pública o privada. Un motor de importancia es el Fondo Nacional del Adulto Mayor consagrado en la Ley 19.828, que por ejemplo ha considerado diversos clubes de adulto mayor a nivel país, con temáticas de coro, manualidades, música o deportivas como gimnasia, tenis de mesa, yoga, etc.

Detrás de estas políticas trasunta una mirada de la participación que deben tener las personas mayores que no sintoniza en forma completa con el artículo 8° de la CIDHPM (Organización de Estados Americanos, 2017). Desde el punto de la actividad prestacional del Estado, se mira a la persona mayor como pensionados cuya procura existencial está en peligro, lo cual debe ser solventado con la entrega de beneficios o transferencias directas gratuitas. Es decir, se trata de individuos que ya se encuentran fuera del mundo laboral o productivo, que requieren ser mantenidos. Y cuando el accionar público incentiva la participación social con otras edades, lo focaliza en espacios de ocupación no remunerada. Por ejemplo, con el programa voluntariado país de mayores y programa de líderes mayores.

Con todo, este diagnóstico no es del todo coherente con la encuesta nacional de empleo. Respecto a las actividades remuneradas, el trabajo por opción en los mayores es una de las áreas que permite su participación activa en la sociedad y fomenta la intergeneracionalidad más allá de la propia familia. La mayor cantidad de fuerza laboral mayor trabaja en sector privado (89%, si se suma trabajador dependiente, por cuenta propia, empleadores y servicios domiciliarios). Al año 2022, el 77,8% de las personas mayores resultan sin dependencia. Entre ellas, los tramos etarios 60-64 años alcanza un 87,2%, entre 65-69 llega a un 85,2% y entre 70-74 corresponde a un 81,9% (S. G. H. C. U. de C. Servicio Nacional del Adulto Mayor, 2023).

Dado que es un hecho que el trabajo informal realizado en el país, más de un 50% lo desarrollan las personas mayores, aparecería como desafío poder determinar con mayor exactitud cuántos trabajan (la informalidad por su naturaleza es una cifra no exacta), fortalecer los espacios laborales formales existentes y focalizar los esfuerzos que fomenten el trabajo decente. Se requiere activar la empleabilidad y retención de las personas mayores en sus empleos, crear directrices para promover la reconversión laboral previa a la jubilación y capacitación laboral de las personas de edad, potenciando el uso de tecnologías de la información y comunicación considerando sus niveles educacionales.

En ese sentido, los datos demográficos muestran que es posible intencionar la integración de las personas mayores en el sector económico-productivo antes de la cuarta edad, pero sería necesario generar condiciones de trabajo formales decentes y seguras. Esto también fomentaría las relaciones intergeneracionales. Se podría argumentar que la mayoría de los mayores trabaja por una necesidad económica. Sin embargo, la encuesta de calidad de vida indica que también una mayoría importante (71%) tiene la intención de seguir trabajando a pesar de no tener una necesidad económica (Pontificia Universidad Católica - Caja Los Andes, 2023). Por otro lado, a la luz del artículo 8° de la CIDHPM, tal integración sería deseable para lograr la plena participación de este sector de la población.

Desde el punto de vista de la actividad de fomento del Estado, se mira a la persona mayor como parte de un colectivo socio-cultural denominado “persona de edad”. A la luz de lo anterior, las ayudas del Estado se dirigen a fomentar a las organizaciones de mayores, pues el bienestar del mayor se asegura en forma principal integrándolos en organizaciones de pares etarios. Esto tiene un impacto positivo. Las políticas de asistencia a las personas mayores y de fomento a las organizaciones de personas mayores han logrado que este sea el colectivo social más organizado, con una participación de un 35%. Sin embargo, es preciso

profundizar en esta línea, porque la mayoría de las personas mayores no está organizada.

En este sentido, se observa que estas políticas considerarían a la familia como algo importante, pero contingente. Es decir, una red de apoyo eventual, incierta, circunstancial, casual, que en definitiva podría estar o no estar. Con este supuesto, habría que diseñar políticas sociales como si la persona mayor no contara —a priori— con una red familiar que le de soporte.

Estas proposiciones no tendrían un basamento adecuado, si se advierte la realidad reportada por las mismas personas mayores en las estadísticas nacionales. En gerontología y derechos humanos, es ampliamente aceptado el criterio de que la intergeneracionalidad es un bien para la sociedad, que se considera como base para todas las etapas de la vida (y no solo para los más grandes), (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2021; Dabove, 2013). Por consiguiente, el focalizar los programas hacia individuos aislados o grupos colectivos de mayores no considera su realidad relacional cotidiana con otras edades al interior de su hogar y en particular, en el ámbito familiar.

Un 85,5% de los chilenos de edad informa que vive en hogares no unipersonales (Unidad de Estudios, 2023) y cuándo reportan de su realidad familiar comunican en la Encuesta calidad de Vida, un buen funcionamiento de dicha unidad en un 77% de los mayores encuestados. Los resultados se midieron según escala APGAR que incluye cinco componentes: adaptabilidad, cooperación, desarrollo, afectividad y capacidad resolutiva; no encontrando diferencias significativas por género, edad o nivel educacional. (Pontificia Universidad Católica - Caja Los Andes, 2023). Entonces, a nivel de Gobierno y diseño de políticas públicas, está el desafío de considerarlos como miembros de una familia y ciudadanos con derecho a participación, y no solo como sujetos aislados receptores de beneficios.

Mirar a la persona mayor como un sujeto con una red familiar contingente y que debe asociarse entre pares para afrontar sus problemas podría producir aislamiento social y sentimiento de soledad. El aislamiento social se refiere a la ausencia o insuficiencia de lazos familiares, de amistades y redes de apoyo, ya sea por carencia de contacto o de alguna persona que apoye. El sentimiento de soledad se trata de una experiencia subjetiva, de sentirse solo, excluido o alejado de otras personas (Pontificia Universidad Católica - Caja Los Andes 2023). El aislamiento social sería una cifra objetiva, que a su vez puede ser activada por varios factores de riesgo como las enfermedades crónicas, la pérdida de la autonomía, la progresiva reducción de actividades o intereses, la pérdida de relaciones significativas, el vivir solo, entre otras. La soledad en cambio aparece como un auto-reporte en que las personas mayores dan cuenta que estar con otros físicamente, no es sinónimo de “común-uniión”. En este sentido, la calidad del vínculo puede ser más importante que la cantidad de estos.

IV. Reflexiones finales

Desde la caracterización sociodemográfica hecha y desde una mirada de gobernanza se puede observar que es necesario incorporar en el desarrollo de políticas públicas el hecho de que las personas mayores viven en forma mayoritaria en hogares no-unipersonales y que realizan actividades remuneradas. Esto para integrar en el diseño de la política los ámbitos de la familia y el sector productivo, junto con el fomento de las relaciones entre pares que ya abordan las políticas públicas vigentes. Junto a seguir fomentando y profundizando la asociatividad entre pares, es posible avanzar hacia promover la intergeneracionalidad a la que apunta el artículo 8° de la CIDHPM.

Es una buena señal la continuidad que los distintos gobiernos han proporcionado a los programas de participación social. Para asegurar su

continuidad habría que avanzar hacia proyectos de evaluación (y continua) de los programas. Esta evaluación hasta el momento es escasa o no ha existido. Sería positivo favorecer que ellos, en vez de ser discutidos anualmente en la Ley de Presupuestos, sean asegurados por una ley especial que robustezca los fondos del Servicio Nacional del Adulto Mayor. Hoy algunos están asegurados, como el Fondo Nacional del Adulto Mayor y Vínculos.

Las políticas sociales consideran la familia con un recurso meramente contingente. No obstante, eso no se condice con la configuración del hogar de las personas mayores. Entendiéndose que las políticas de participación social deben apuntar al grupo que vive una situación más desfavorable dentro del mismo colectivo, en este caso respecto a quienes viven en hogares unipersonales (14,5%), habría que profundizar sobre su condición, porque el hecho de que vivan solas no es sinónimo de aislamiento social y/o soledad, por lo que el número puede ser menor. Lo mismo puede ocurrir con quienes viven con otros (85,5%) respecto del sentimiento de soledad, que podría ser mayor. Pero lo que no resulta conveniente es asumir como regla general que los mayores viven aislados, porque los datos muestran lo contrario.

Desde el punto de vista del trabajo, la mirada del Ministerio de Desarrollo Social y Familia hasta el momento se habría centrado en fomentar ocupaciones asociadas al voluntariado. Los esfuerzos por ampliar opciones de los mayores generando buenas condiciones de trabajo han estado dados por las iniciativas de los diversos gobiernos de turno, que no han logrado avanzar de manera robusta hacia el objetivo del empleo pleno, productivo y libremente escogido en este grupo (Ministerio del Trabajo, 2019). Para lograr esto, sería positivo considerar que al menos hasta antes de la cuarta edad la mayoría de las personas de edad, si bien trabaja por una necesidad económica, lo seguiría haciendo a pesar de no existir esa necesidad, pero una porción significativa trabaja de modo informal.

La mirada de gobernanza que proponemos va en la línea de lo señalado por la CIDHPM, pues permite considerar a la familia y al sector productivo en la inclusión de las personas de edad y el fomento de la intergeneracionalidad. La empresa también tiene un impacto directo en la salud física y mental de las personas. La inclusión de los más grandes en el mundo del trabajo implica asumir que su heterogeneidad y autonomía, lo que requiere una cultura organizacional inclusiva que contrarreste los estereotipos negativos sobre la vejez.

Referencias bibliográficas

- ALVEAR, Sandra y RODRÍGUEZ, Patricia (2023). “La gestión sanitaria hacia las personas mayores en contexto COVID-19. Realidad y desafíos para Chile”, en ARENAS MASSA, Ángela (ed.). *Derecho sanitario de las personas mayores en contexto COVID 19 en Chile. Una mirada desde los Derechos Humanos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 343–362.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2008). “Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado”, en PANTOJA BAUZA, Rolando (Coord.). *Derecho administrativo, 120 años de cátedra*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 241–276.
- DABOVE, María Isolina (2013). Ciudadanía y derechos fundamentales de las personas mayores: de las políticas gerontológicas al derecho de la vejez. *Revista de La Facultad*, 4 (1), 19–36.
- DÍAZ TENDERO BOLLAIN, Aída (2015). El Estado y la seguridad económica de las personas adultas mayores. Marco conceptual en torno a las dimensiones de la solidaridad económica. *Papeles de Población*, 85, 79–108.
- DIEZ SASTRE, Silvia (2018). *La formación de conceptos en el derecho público*. Madrid: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ OLLINO, Daniela; REBOIRAS FINARDI, Leandro Diego y SOSA, Zulma (2021). *Las dimensiones del envejecimiento y los derechos de las personas mayores en América Latina y el Caribe. Textos seleccionados 2009-2020*. CEPAL.
- KORNFELD MATTE, Rosa, y ARENAS MASSA, Ángela (2023). Buen trato hacia las personas mayores. Preocupación internacional y Derechos Humanos en

- contexto COVID-19, en ARENAS MASSA, Ángela (ed.). *Derecho sanitario de las personas mayores en contexto COVID 19 en Chile. Una mirada desde los Derechos Humanos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 47-71.
- MONTT, Guillermo y CONTRUCCI, Isabel (2022). *Trabajo y personas mayores en Chile: desafíos y políticas para la promoción del trabajo decente*. OIT.
- NICKEL, Rainer (2014). Gobernanza, *Eunomía, Revista En Cultura de La Legalidad*, 7:184-190.
- ROJAS, Felipe Hugo; RODRÍGUEZ CANACHE, Luis; y RODRÍGUEZ LEÓN, Julibeth (2022). *Envejecimiento En Chile: Evolución, Características de Las Personas Mayores y Desafíos Demográficos Para La Población*. Santiago de Chile: Instituto Nacional de Estadísticas.

Documentos

- CAPABLANCA LTDA (2018). *Evaluación programa de vínculos del Subsistema de Protección y Promoción Social «Seguridades y Oportunidades» de la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social*. Santiago.
- CHILE ATIENDE (2023). *Programa de escuelas de formación para dirigentes mayores*.
- DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO – MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (2019a). *Monitoreo y seguimiento oferta pública 2019: Programa Turismo Social para el Adulto Mayor*. Santiago.
- DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO – MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (2019b). *Monitoreo y seguimiento oferta pública 2019: Voluntariado País de Mayores*. Santiago de Chile.
- DIRECCIÓN DE PRESUPUESTO – MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (2021). *Monitoreo y seguimiento de la oferta pública: Programa Buen Trato al Adulto Mayor 2021*. Santiago.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (2023). *Encuesta Nacional de Empleo: Resultados trimestre móvil diciembre 2022-febrero 2023*. Chile.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. (2025). *Resultados Nacionales del Censo 2024* Chile.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (2017). *Encuesta de caracterización socioeconómica*. Santiago de Chile.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL; SUBSECRETARÍA DE EVALUACIÓN SOCIAL (2012). *Crea el Ingreso Ético Familiar que establece bonos y transferencias*

condicionadas para las familias de pobreza extrema y crea subsidio al empleo de la mujer. Chile.

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (2023). *Pobreza multidimensional. CASEN 2022.* Santiago de Chile.

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (2023A). *CASEN 2022. Presentación interna de resultados.* Santiago de Chile.

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA (2023B). *Resumen de resultados: Pobreza por ingresos, pobreza multidimensional y distribución de los ingresos. CASEN 2022.* Santiago de Chile.

MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN Y COOPERACIÓN (2004). *Establece un sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado Chile Solidario.* Chile.

MINISTERIO DEL TRABAJO (2019). *Aprueba política nacional de intermediación laboral y crea Comité de Coordinación de Intermediación Laboral.* Chile.

MINISTERIO GENERAL DE LA PRESIDENCIA (2002). *Crea Servicio Nacional del Adulto Mayor.* Chile.

NACIONES UNIDAS (2002). *Declaración política y Plan de Acción Mundial sobre Envejecimiento de Madrid.* Madrid.

OBSERVATORIO ENVEJECIMIENTO UC (2022). *Participación política y social de las personas mayores (N° 2).* Santiago.

OBSERVATORIO LABORAL NACIONAL SENCE (2023). *Termómetro laboral nacional, marzo 2023.* Santiago de Chile.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (2017). *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.* Chile.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA – CAJA LOS ANDES (2023). *Sexta Encuesta Nacional de Calidad de Vida en la Vejez 2022. Chile y sus mayores* (M. S. Herrera, M. Rojas, C. Fontecilla & M. B. Fernández, Eds.). (1.ª ed.). Santiago: PUC.

SERVICIO NACIONAL DEL ADULTO MAYOR (2023). *Programa de envejecimiento activo.* Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

SERVICIO NACIONAL DEL ADULTO MAYOR (2021). *Guía con los principales beneficios del Estado para las personas mayores.* Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

SERVICIO NACIONAL DEL ADULTO MAYOR - SECCIÓN GERIATRÍA (2023). *Resultados de la encuesta de discapacidad y dependencia.* Santiago.

UNIDAD DE ESTUDIOS, SERVICIO NACIONAL DEL ADULTO MAYOR (2023).
Panorama regional de las personas mayores. CASEN 2023. Santiago de Chile.

Las personas mayores frente a la emergencia climática

Older persons in the context of the climate crisis

 **Martín Ava**

Universidad de Buenos Aires, Argentina
martinava@derecho.uba.ar

 **María Perla Goizueta**

Universidad de Buenos Aires, Argentina
perlagoizueta@yahoo.com.ar

Resumen: A pesar del creciente reconocimiento de los impactos desproporcionados que el cambio climático produce en los derechos humanos de las personas mayores, esta problemática ha recibido escasa atención. Mientras se avanza en el desarrollo de estrategias de adaptación y mitigación, es preciso comprender cómo se pueden lograr esos objetivos sin dejar de lado los intereses y necesidades de las personas mayores. Basándonos en el modelo de análisis trialista y usando como marco el Derecho de la Vejez, analizaremos los impactos diferenciales que genera la crisis climática en las personas mayores y sus derechos, así como las fortalezas y debilidades de la gobernanza climática en este ámbito. Asimismo, examinaremos la evolución normativa sobre esta temática, con especial referencia a las personas mayores, y reflexionaremos sobre los nuevos criterios axiológicos referidos a la longevidad y al cambio climático que deberían guiar esta materia.

Palabras clave: AMBIENTE; CAMBIO CLIMÁTICO; JUSTICIA CLIMÁTICA; PERSONAS MAYORES; EQUIDAD INTERGENERACIONAL

Abstract: Despite the growing recognition of the disproportionate impacts that climate change has on the human rights of older persons, this subject has received little attention from states. As countries develop climate change mitigation and adaptation strategies, it is necessary to understand how these objectives can be achieved without neglecting the interests and needs of older persons. Based on the trialist analysis and using the theoretical framework of Older Person's Law, we will analyze the differential impacts that the climate crisis generates on older persons

and their rights. We will also examine the developments and gaps of climate governance in this area, with special reference to older persons, and reflect on the new axiological criteria related to longevity and climate change that should guide this matter.

Keywords: ENVIRONMENT; CLIMATE CHANGE; CLIMATE JUSTICE; OLDER PEOPLE; INTERGENERATIONAL EQUITY

Fecha de recepción: 03/10/2024

Fecha de aceptación: 09/04/2025

Identificador doi: 10.62169/rg.i34.2546



Las personas mayores frente a la emergencia climática

Martín Ava y María Perla Goizueta

I. Introducción

El Derecho contemporáneo se enfrenta a desafíos inéditos y complejos, derivados de fenómenos de incidencia global y de largo plazo, que están reconfigurando las sociedades y el mundo en que vivimos. Entre ellos, la nueva longevidad humana y la degradación ambiental aparecen como los mayores desafíos para la gobernanza global, debido a su magnitud e impacto.

Por un lado, la expectativa de vida ha aumentado formidablemente a nivel mundial desde inicios del siglo pasado, gracias a los avances de la ciencia y la tecnología, la ampliación de la cobertura sanitaria, las reformas educativas, etc. Así, el ser humano pasó de tener una esperanza de vida promedio al nacer de 32 años en 1900, a poder aspirar a vivir hasta los 71 años y más en 2021 (Dattani *et al*, 2023).

Paralelamente, la ciencia ha puesto en evidencia que nuestras formas de producción y consumo están alterando el clima y los ecosistemas del planeta. En 1972, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano recogió estas preocupaciones e introdujo las cuestiones ambientales en la agenda internacional, abriendo un diálogo entre los estados sobre el vínculo entre el desarrollo, la degradación ambiental y el bienestar humano.

Una década más tarde, en 1982, las Naciones Unidas auspiciaron otra conferencia internacional para llamar la atención sobre la situación social de las personas mayores en todo el mundo, afectadas por la discriminación o viejismos¹;

¹ En 1969, el psiquiatra estadounidense Robert Neil Butler publicó un artículo en una revista especializada en gerontología para llamar la atención sobre un problema que percibía en la sociedad de su época: la discriminación basada en la edad (“age”) de las personas, que llamó “age-

la falta de acceso a bienes básicos, como la atención sanitaria, la vivienda o la justicia; la inseguridad económica; el desempleo, etc. Como resultado de esta conferencia se adoptó el Plan de Viena, que sentó las bases para la formulación de políticas públicas sobre envejecimiento, incorporando el paradigma gerontológico al campo del Derecho.

A pesar de estos avances, pocos trabajos se han ocupado de abordar el estudio conjunto de ambos fenómenos desde un punto de vista jurídico. El presente estudio es un intento de repensar el fenómeno del envejecimiento en el contexto de la actual crisis climática. En particular, nos interesa reflexionar sobre el enfoque jurídico que debería guiar los nuevos desarrollos sobre la materia.

Para esto, vamos a utilizar un marco conceptual que permita captar adecuadamente la complejidad de estas problemáticas. Hemos de recurrir, así, a las herramientas que proporciona la *Teoría Trialista del Mundo Jurídico* desarrollada por Werner Goldschmidt y Miguel Ángel Ciuro Caldani, entre otros.

En la primera parte de este trabajo analizaremos, desde una perspectiva sociológica, el fenómeno de la emergencia climática y su impacto en las personas mayores y sus derechos. En la segunda parte estudiaremos los marcos regulatorios existentes a fin de comprender si resultan suficientes para brindar una adecuada protección a las personas mayores en el contexto de la crisis climática. Finalmente, examinaremos los cambios valorativos que se han operado en la sociedad respecto

ism” y definió como “el prejuicio de un grupo etario respecto de otros grupos etarios” (p. 243). Según Butler, este fenómeno, que hoy se conoce como “edadismo”, refleja “un profundo malestar de parte de los jóvenes y de las personas de mediana edad –una repulsión personal y desagrado por el envejecimiento, la enfermedad, la discapacidad; y miedo a la impotencia, la ‘inutilidad’ y la muerte”. En 1988, el psiquiatra argentino Leopoldo Salvarezza, reconociendo y apoyándose en las investigaciones de Butler, recogió esta idea, pero para hacer referencia específicamente a la discriminación de las personas por ser viejas, fenómeno que llamó con un neologismo equivalente: “viejismo” (p. 23). Los viejismos son, entonces, todos los prejuicios y estereotipos, positivos y negativos, acerca de la vejez que circulan en el imaginario colectivo, y que dan lugar a prácticas sociales que pretenden justificar la discriminación de las personas mayores, por lo que conducen a su marginación y a la exclusión generalizada del pleno goce de sus derechos y libertades. Cabe señalar que, en nuestros días, el término “edadismo” o “ageism” se utiliza con frecuencia en el ámbito de las Naciones Unidas para hacer referencia a lo que nosotros llamamos “viejismo”, y así denominaremos siempre.

de la longevidad y la cuestión ambiental, a fin de identificar los nuevos criterios axiológicos que deben guiar el análisis jurídico de esta problemática.

II. La nueva longevidad en un ambiente en constante degradación

El envejecimiento poblacional es la principal tendencia demográfica de nuestros días (UNPFA & HelpAge International, 2012), y se registra en todos los países, fenómeno que se conoce como “gerontoglobalización” (Dabove, 2015; 2018). También está sucediendo a un ritmo acelerado: según la OMS, el número de personas mayores se duplicará para 2050, alcanzando los 2.1 mil millones (OMS, 2024).

En la región de América Latina y el Caribe viven hoy cerca de 90 millones de personas mayores, cifra que representa alrededor del 13% del total de la población, y se estima que dicha cantidad aumentará al 16,5% en 2030 (CEPAL, 2022). En Argentina, el censo nacional de 2022 reveló que viven en nuestro país 5.415.289 millones de personas mayores², es decir, el 11,8% de la población total, y se proyecta que este fenómeno se acentúe en las próximas décadas (INDEC, 2022).

Paradójicamente, al mismo tiempo que hemos logrado extender nuestra expectativa de vida de manera formidable, los seres humanos hemos estado llevando a cabo una serie de actividades que han provocado una severa degradación ambiental, como el vertido de sustancias tóxicas en cursos de agua, la deforestación, la quema de combustibles fósiles, etc. Todo esto ha tenido consecuencias muy graves para nuestro planeta y nuestras sociedades, como la contaminación del agua y el aire, la pérdida de biodiversidad, la extinción masiva

²De acuerdo con un consenso casi universal, se consideran “personas mayores” a aquellas que tienen 60 años o más. En América Latina y el Caribe, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores establece que se considera “persona mayor” a “aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor” (Artículo 2).

de especies y el calentamiento global, lo que ha intensificado fenómenos naturales como el cambio climático.

III. El cambio climático y el calentamiento global

Antes de adentrarnos en el análisis de la temática que es objeto de este trabajo, resulta importante aclarar que el cambio climático y el calentamiento global son dos fenómenos relacionados, pero diferentes.

El cambio climático es el cambio de las condiciones meteorológicas promedio que se registran en un lugar y durante un período determinado (generalmente, varias décadas)³ (IPCC, 2021). Comprende cambios en los diferentes elementos del sistema climático: la temperatura, las precipitaciones, los vientos, etc. (Herring y Lindsey, 2020).

El cambio climático es un fenómeno que se registra desde tiempos inmemoriales, incluso antes de que los seres humanos pobláramos la Tierra (Woodward, 2021), pero siempre asociado a causas “naturales”, como variaciones en los niveles de radiación solar o erupciones volcánicas (Naciones Unidas, s.f.a; Rivera-Olmos *et al.*, 2011; Woodward, 2021). El “cambio climático natural” ha provocado eventos trascendentales como las glaciaciones (Woodward, 2021).

Tras la primera Revolución Industrial (ocurrida entre 1750 y 1840), las actividades humanas de producción y consumo comenzaron a liberar grandes cantidades de ciertos gases en la atmósfera, como el dióxido de carbono y el metano. Estos gases ya se encuentran de forma natural en el ambiente, conformando un “manto” que rodea la Tierra, que actúa como el cristal de un invernadero y retiene la radiación calórica proveniente del Sol, impidiendo que se escape al espacio (Maslin, 2021). Por eso, estos gases se conocen como “GEI”.

Sin embargo, debido a que numerosas actividades humanas también liberan dichos gases, se ha producido un aumento de su concentración atmosférica, lo que

³ Esto es lo que se conoce como “clima” e incluye las precipitaciones, la temperatura y los patrones de los vientos (USGS, 28 de julio de 2022).

ha provocado el incremento de la temperatura global y la consecuente alteración del clima planetario, a una velocidad nunca vista (Naciones Unidas, s.f.b; Eggleton, 2013; IPCC, 2019; Maslin, 2021). Este fenómeno se denomina “calentamiento global”, y es uno de los efectos del “cambio climático antropogénico”⁴.

Entonces, el “cambio climático” es un concepto amplio, que se refiere, como se dijo antes, a las variaciones en los diferentes elementos del sistema climático (temperatura, precipitaciones, vientos, etc.), las que se pueden producir por causas naturales o humanas. Por su parte, el calentamiento global solo involucra la temperatura: es el aumento a largo plazo de la temperatura media global y es producto de la acción humana.

El calentamiento global afecta a todo el planeta, mientras que el cambio climático puede ser local, regional o global (Herring y Lindsey, 2020). El calentamiento global es un tipo de cambio climático, aunque no todo cambio climático es calentamiento global (Herring y Lindsey, 2020).

El cambio climático antropogénico es un hecho sin precedentes en la historia, debido a su escala, velocidad e impacto (Pearce, 2007; Harari, 2016). Por esto, una parte de la comunidad científica considera que nos encontramos transcurriendo una nueva era geológica⁵, denominada “Antropoceno”⁶, durante la cual el ser

⁴ La Convención Marco NUCC lo define como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables” (artículo 1.2).

⁵ La Geología divide el tiempo histórico en diferentes “eras”. Oficialmente nos encontramos en una fase que se denomina “Holoceno”, que habría iniciado hace unos 12 mil años (Servicio Nacional de Geología y Minería de Chile, 27 de julio de 2020), que se corresponde con un periodo de mejora climática general tras la última glaciación, y en la que la especie humana -y, en particular, el *Homo Sapiens*- ha sido dominante (López Aguilar, 2021, p. 94; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la República Argentina, 2022, p. 71). El nombre proviene de la unión de las palabras griegas *holos*, que significa “todo”, y *kainos*, que significa “nuevo” o “reciente”. Se puede consultar aquí: <https://bit.ly/3YT6R1F>.

⁶ Este concepto fue acuñado en el año 2000 por el químico neerlandés Paul J. Crutzen, galardonado con el Premio Nobel de Química en 1995. Según cuenta Fred Pearce, Crutzen se encontraba en una conferencia cuando escuchó que alguien hablaba del Holoceno. Entonces, pensó que era un término incorrecto, y que debería reemplazarse por “Antropoceno”, concepto que posteriormente utilizó en un trabajo escrito. Etimológicamente, la palabra derivaría de la unión del griego *antrophos*, que significa “ser humano”, y *kainos*, que significa “nuevo” o “reciente”.

humano es el principal agente de cambio del ambiente global (Harari, 2016; Rodríguez Garavito, 2017; Leija, 2024).

El cambio climático antropogénico se ha convertido en el problema ambiental más grave y urgente que enfrenta nuestro planeta en la actualidad.⁷ Sus efectos ya son perceptibles y se estima que durarán de siglos a milenios (IPCC, 2019).

La OMM ha dicho que el período 2015-2023 fue el más cálido jamás registrado a nivel mundial (2024). También ha confirmado que 2024 fue el año más cálido jamás registrado, y que superó por primera vez los niveles preindustriales en cerca de 1,55 °C (10 de enero de 2025). De esta manera, 2024 se convirtió en el primer año en superar el límite de calentamiento global de 1,5 °C, a pesar de que, tal como se verá más adelante, hace una década, los principales líderes mundiales suscribieron el Acuerdo de París, mediante el cual se comprometieron a evitar que esto sucediera (Poynting *et al*, 2025).

IV. ¿Cómo afecta el cambio climático las vidas de las personas mayores?

Las personas que transitan la vejez son especialmente vulnerables a una de las consecuencias más visibles del cambio climático, que son las temperaturas extremas, las que pueden ocasionarles diversos problemas de salud e incluso la muerte (Chen *et al*, 2022).

Esto se debe a que las personas mayores suelen tener disminuida la capacidad de reacción a las variaciones de la temperatura ambiental, a causa de factores como alteraciones en la capacidad de termorregulación; menor tolerancia

⁷ Así lo reconoce, por ejemplo, la Resolución 70/1 de la AGNU del 25 de septiembre de 2015, titulada *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*: “El cambio climático es uno de los mayores retos de nuestra época y sus efectos adversos menoscaban la capacidad de todos los países para alcanzar el desarrollo sostenible” (p. 6).

a temperaturas extremas; cambios en la sensación de sed; “comorbilidades”⁸ o condiciones crónicas; la acción de ciertos medicamentos, etc. (Senn *et al.*, 2022).

El cambio climático hace que los días de calor extremo sean más frecuentes durante el verano, e incluso provoca olas de calor⁹ (Suli, 2023), particularmente peligrosas para las personas mayores pues pueden producir impactos de diferente intensidad en la salud¹⁰, incluyendo la muerte (OMS, 2022).

Las muertes de personas mayores relacionadas con el calor han aumentado continuamente desde el año 2000 en la región de América Latina y el Caribe, y se estima que podrían duplicarse hacia 2030 y quintuplicarse hacia 2050 (Astorga *et al.*, 2023). Argentina ha sido uno de los países más afectados (Hartinger *et al.*, 2023). De hecho, el verano argentino de 2022-2023 acumuló 10 olas de calor en todo el país, un hecho sin precedentes desde que se registran las temperaturas (Hiba, 2024).

El frío intenso también representa un riesgo para las personas mayores, especialmente para quienes carecen de alimentación, vestimenta o calefacción adecuadas (OMS, 2022). Los riesgos del clima frío incluyen caídas en superficies congeladas, lesiones por congelación, hipotermia y muerte (National Institute on Aging, 2024).

⁸ El Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos define el concepto de “comorbilidad” como la presencia de dos o más enfermedades al mismo tiempo en una persona e indica que también se le llama “morbilidad asociada”. Se puede consultar aquí: <https://bit.ly/3V1Hf1s>

⁹ De acuerdo con la OPS, las olas de calor son períodos de tiempo durante los cuales se registran temperaturas inusualmente altas para una región y época del año, y pueden ocurrir en cualquier estación. Las olas de calor pueden tener graves impactos en la salud humana y en el ambiente. Los aumentos repentinos de temperatura no permiten que el organismo humano se aclimate y desencadenan la respuesta del centro termorregulador, que puede sobrecargar el sistema cardiovascular y provocar enfermedades relacionadas con el calor (OPS, 2021).

¹⁰ Los efectos de las olas de calor pueden ser: de leves a moderados, o graves. Entre los primeros se encuentran dolor de cabeza; deshidratación; calambres debidos a la pérdida de líquidos y electrolitos; agotamiento; edema de las extremidades inferiores; síncope, etc. Los efectos graves configuran un “golpe de calor”, que puede llevar a la muerte si no se trata a tiempo (OPS, 2021).

El impacto de las temperaturas extremas aumenta en personas mayores que viven en zonas urbanas¹¹ pobres y sobrepobladas, y en zonas rurales, debido a la falta de condiciones que permitan mantener el cuerpo y/o la casa cómodos y con buena temperatura (USEPA, 2016; OMS, 2022; IPCC, 2023b).

El cambio climático también altera los patrones de precipitación en todo el mundo (Corporación Andina de Fomento, 2013), provocando tormentas más intensas (Than, 2013), o sequías prolongadas.

Las tormentas pueden ocasionar inundaciones, daños económicos y materiales, lesiones y muertes. Las personas mayores son extremadamente vulnerables en estas situaciones porque suelen depender de redes de apoyo locales, que también se ven afectadas por estos eventos, por lo que enfrentan dificultades para adaptarse a situaciones de emergencia, lo que intensifica su vulnerabilidad.

En Estados Unidos, durante el huracán Katrina de 2005, el 74% de víctimas fatales correspondió a personas mayores, la mitad de las cuales tenía más de 75 años (HelpAge International, 2015). Algo similar sucedió durante las inundaciones en la ciudad de La Plata (Argentina) en 2013, donde el 70% de los fallecimientos correspondió a personas mayores¹². Recientemente, el 64% de las muertes en las graves inundaciones de Valencia (España) correspondió a personas mayores (Vega y Euronews en español, 2024).

Por otro lado, la alteración de los patrones de precipitación también puede provocar temporadas de sequía en áreas normalmente lluviosas, con la

¹¹ Según la OPS, la mortalidad relacionada a olas de calor entre las personas pobres es más frecuente en las zonas urbanas que tienen un efecto de “isla de calor” (áreas con temperaturas más altas que en la periferia), que la contaminación exagera, y en las que priman los hábitos nocivos como el consumo de drogas y las condiciones sociales precarias, como la marginación y el aislamiento. OPS. (2021). *Olas de calor: Guía para acciones basadas en la salud*. <https://bit.ly/4fzrCpE>

¹² El relato periodístico de esta noticia, a la vez que dramático, resulta ser muy ilustrativo de lo que venimos explicando: “La rapidez con la que subía el agua y la fuerza con la que avanzaba arrasando todo a su paso impidió que muchas personas mayores, algunas con movilidad reducida, pudieran buscar refugio en casas y departamentos de vecinos. La mayoría murieron ahogados, arrastrados por la corriente o tratando de ayudar a otros” (Muñiz, 11 de abril de 2013).

consiguiente mortalidad de animales y plantas, incluyendo pérdida de cultivos (Corporación Andina de Fomento, 2013). Esta situación puede generar inseguridad alimentaria¹³, respecto de la cual las personas mayores son más vulnerables, o incendios forestales, con humaredas que pueden afectar especialmente a las personas mayores con enfermedades crónicas como asma o enfisema pulmonar.

El cambio climático potencia la propagación de enfermedades infecciosas, como el dengue, el Zika o el chikungunya, e incluso desconocidas, como el COVID-19, lo que expone a las personas mayores a mayores riesgos (Romanello *et al*, 2022).

Finalmente, el cambio climático genera desplazamientos humanos que también afectan a las personas mayores (OACNUDH, 2021; Mahler, 2023). En 2020, el 12% de las 281 millones de personas que migraron correspondió a personas mayores (United Nations Population Division, 2020).

V. ¿Cómo afecta el cambio climático los derechos humanos de las personas mayores?

La protección del ambiente, el desarrollo sostenible¹⁴ y los derechos humanos son cuestiones interdependientes, en tanto la degradación ambiental

¹³ La ONU para la Alimentación y la Agricultura entiende que una persona padece “inseguridad alimentaria” cuando carece de acceso regular a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para un crecimiento y desarrollo normales, y para llevar una vida activa y saludable. Esto puede deberse a la falta de disponibilidad de alimentos y/o a la falta de recursos para obtenerlos. La inseguridad alimentaria puede experimentarse a diferentes niveles de severidad (FAO, 2024).

¹⁴ El Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, más conocido como “Informe Brundtland”, introdujo el concepto de “desarrollo sostenible” en 1987, al indicar que “el desarrollo duradero es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (p. 59). Las Naciones Unidas enseñan que el desarrollo sostenible hace referencia a cómo debemos vivir hoy si queremos un futuro mejor, atendiendo las necesidades del presente sin comprometer las oportunidades de las generaciones futuras de satisfacer las suyas. Asimismo, lo explican gráficamente como un acto de malabarismo, que requiere mantener en el aire tres bolas diferentes al mismo tiempo: crecimiento económico, inclusión social y protección del ambiente. Si una o dos caen al suelo, se acabó la función. El desarrollo sostenible importa acceso a un trabajo digno,

ocasionada por un progreso económico ilimitado vulnera aquellos derechos (Corte IDH, 2017).

El derecho a un ambiente sano encuentra amplio reconocimiento y protección en diferentes instrumentos del Derecho Internacional, tanto de carácter vinculante como no vinculante. En el ámbito regional americano, la Corte IDH sostuvo que este derecho se compone de una dimensión individual y otra colectiva (2017). La primera comprende las repercusiones (directas e indirectas) que su vulneración genera sobre las personas, debido a su conexidad con otros derechos (salud, alimentación, etc.). La segunda lo concibe como un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes como a las futuras.

Desde una perspectiva colectiva, un ambiente sano favorece la salud, el bienestar y el libre desarrollo de las personas, y les permite tener una vida más larga, plena y feliz. Por tanto, un ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de cada persona y de toda la humanidad (Corte IDH, 2017).¹⁵

Desde una perspectiva individual, el cambio climático amenaza la vida y la integridad física de las personas mayores, pues pone en riesgo su salud a causa de temperaturas extremas. Las afecciones habituales de la vejez o su declive esperable, como la sarcopenia o la osteoporosis, pueden afectar la movilidad de las personas mayores y sus posibilidades de ponerse a salvo o solicitar ayuda durante dichos eventos. También pueden dificultar hasta impedirles acudir a servicios sociosanitarios (Mahler, 2023).

atención sanitaria y educación de calidad para todas las personas, sin dejar a nadie atrás (Naciones Unidas, 8 de agosto de 2023).

¹⁵ Existen áreas geográficas con excelentes condiciones ambientales en las que se verifica una longevidad excepcionalmente larga (tales como Ogliastra en Italia; Okinawa en Japón; la península de Nicoya en Costa Rica y la isla de Icaria en Grecia) (Poulain *et al.*, 2013, p. 87]. Esas áreas se conocen como “zonas azules” (Yáñez-Yáñez y Mc Ardle Draguicevic, 2021) y han sido objeto de investigaciones que se han propuesto descubrir los secretos de aquella longevidad (Poulain, *id.*). Se ha podido determinar que la mayor longevidad en dichas comunidades responde a una multiplicidad de factores, en tanto, además de vivir en un ambiente sano, comparten un estilo de vida que promueve la actividad física, dietas saludables, fuertes lazos sociales, un contacto cercano con la naturaleza y un propósito diario de vida.

El cambio climático también amenaza la salud mental de las personas mayores (Falchetta *et al.*, 2024), pues les genera ansiedad, estrés (inclusive postraumático), trastornos por consumo de sustancias, fobias, depresión, demencia y puede incluso llevarlas al suicidio (US EPA, 2016; Ayalon *et al.*, 2021; Mahler, 2023). De igual manera, provoca sentimientos de impotencia por el mundo que dejarán a las generaciones futuras (OACNUDH, 2021a), y de culpa -en particular, la llamada “culpa del superviviente”-, cuando se han perdido afectos (Ayalon *et al.*, 2021, p. 2)¹⁶.

El cambio climático altera el ciclo del agua (Neo y Jah, 2023), pues induce patrones de precipitación impredecibles, que son causantes de inundaciones y sequías (Naciones Unidas, s.f.c). Esto afecta la producción, distribución y comercialización de alimentos, por lo que generan inseguridad alimentaria, violentando el derecho a la alimentación de las personas mayores, especialmente en comunidades rurales (OACNUDH, 2021a). También exacerba los problemas de inseguridad hídrica existentes (Urquiza y Billi, 2020). Las personas mayores tienen menos posibilidades de acceder a la infraestructura de servicios y son más propensas a la deshidratación y a contraer enfermedades asociadas a la mala calidad del agua y al saneamiento deficiente.

El cambio climático vulnera el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda de las personas mayores, pues son más propensas a sufrir pérdidas materiales durante eventos climáticos extremos. Esta situación se agrava por la imposibilidad de acceder a créditos o financiamiento, y contratar seguros por contingencias climáticas (OACNUDH, 2021b), debido a la pobreza y la falta de

¹⁶ De acuerdo con un reciente informe de la Cruz Roja Argentina, esta situación se da en un contexto de empobrecimiento de la calidad de vida de las personas mayores en nuestro país, y de crisis en el acceso a los cuidados y a los servicios de salud mental (2024).

recursos económicos que generalmente sufren, a causa de sus magras jubilaciones o pensiones y, en muchos casos, ante la ausencia de estas¹⁷.

Finalmente, el cambio climático obstaculiza el ejercicio de los derechos de participación¹⁸ de las personas mayores, en la medida en que las regulaciones ambientales y, en particular, las estrategias de adaptación y mitigación del cambio climático se elaboran sin su intervención.

VI. La hipervulnerabilidad climática de las personas mayores

La velocidad del cambio climático antropogénico y sus consecuencias rebasan la capacidad de los sistemas sociales y económicos para adaptarse a ese cambio, lo que produce una distribución muy regresiva de su impacto (Bárcena *et al.*, 2020).

El cambio climático tiene un impacto diferenciado en personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como las personas mayores, pues las afecta de manera desproporcionada (CIDH, 2021; Mahler, 2021).

Esas personas suelen estar sometidas, además, a formas múltiples e interseccionales de discriminación, como el género, la capacidad, la condición migratoria, la pertenencia a pueblos indígenas o a minorías étnicas, la pobreza, etc. (OACNUDH, 2021a; Mahler, 2023).

En este trabajo llamaremos “hipervulnerabilidad climática” a la afectación desproporcionada de derechos que ocasiona el cambio climático en personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

¹⁷ Las personas mayores en situación de pobreza son las principales damnificadas y presentan más riesgo de sufrir hambre por sequías, inundaciones, incendios, etc., lo que se conoce como “desigualdad climática” (Barra, 2024, p. 144).

¹⁸ Como explica Dabove, los derechos de participación forman parte de los derechos de inclusión, que son aquellos que promueven y protegen los vínculos intersubjetivos de las personas, y posibilitan las dos etapas que sustentan la vida en comunidad: la construcción del sentido de pertenencia y la participación. Los derechos de participación están encaminados a proteger su integración real en ámbitos como la comunidad, la familia, el trabajo, la educación, la recreación, la asociación, la toma de decisiones políticas, etc. Ver Dabove Caramuto y Prunotto Laborde (2006) y Dabove (2018).

En el ámbito jurídico, la "hipervulnerabilidad" se refiere a una condición de vulnerabilidad agravada que presentan ciertas personas, debido a características personales, sociales o económicas que les dificultan el ejercicio pleno de sus derechos¹⁹.

La edad avanzada no constituye por sí sola un factor que convierta a una persona en "vulnerable" o "hipervulnerable", sino que concurre con otros factores que, sumados, profundizan la situación de desventaja y/o marginalidad en que se encuentra (OPS, 2012). Durante la vejez, las personas pueden experimentar cambios físicos y psíquicos que, aunque esperables, las colocan en desventaja frente a quienes no los tienen (enfermedades crónicas, discapacidades, etc.). A esto se suman factores de carácter político (menor representatividad, discriminación, etc.), social (viejismos, marginación, desempleo, etc.); económico (pobreza, indigencia, recursos escasos, etc.) (OACNUDH, 2021a), que, en conjunto, determinan el grado de susceptibilidad que tendrá cada persona para sufrir un daño.

Para ponderar el grado de vulnerabilidad en que se encuentra una persona mayor, será preciso atender a la situación de la propia persona y las demás circunstancias que la rodean. Esto se debe a que, como explica Dabove, ninguna vejez se parece a otra. Para el enfoque del curso de vida, el envejecimiento es un proceso complejo, cuya evolución está marcada por valoraciones históricas y culturales, y por la capacidad de adaptación de cada sujeto a lo largo de la vida (Dabove, 2018).

¹⁹ Este concepto fue formalizado en Argentina mediante la Resolución N° 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación, que establecía que eran "hipervulnerables" las personas consumidoras que enfrentan barreras adicionales (a su condición de consumidoras) para acceder a sus derechos en las relaciones de consumo. Si bien esta norma fue derogada por la Disposición 137/2024 de la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial del Ministerio de Economía, ésta mantuvo la noción de "consumidor en situación vulnerable y de desventaja a toda persona humana que en atención a su edad, género, condiciones de salud u otras circunstancias sociales, económicas o culturales sea, o pueda ser en forma inminente, pasible de cualquier afectación a sus derechos como consumidor en razón de su particular condición".

Por eso, se ha dicho que la vulnerabilidad es un “presupuesto” que el Derecho reconoce como merecedor de tutela en abstracto, sin atender a ninguna situación particular a la hora de su configuración, y que recién cuando exista en concreto alguna situación personal de hiposuficiencia, dará lugar a la hipervulnerabilidad (Barocelli, 2020).

En este sentido, Dabove entiende que no se puede afirmar que todas las personas sean vulnerables en la vejez, en abstracto, sino que es más correcto pensar que existe, durante esta etapa de la vida, una presunción *juris tantum* de vulnerabilidad (2024).

Según la Ley N° 27.520 la “vulnerabilidad” en materia climática está determinada por tres factores (Artículo 3, inciso d): a) la sensibilidad o susceptibilidad de un grupo social a sufrir modificaciones negativas por los efectos del cambio climático; b) el carácter, magnitud y velocidad de la variación climática de que se trate; y c) la capacidad de adaptación que tenga ese grupo humano.

En el caso de las personas mayores, ya hemos explicado de dónde proviene su mayor susceptibilidad a sufrir los impactos negativos del cambio climático, de modo que tienen menor “resiliencia climática”²⁰ y, por ende, menor capacidad de adaptación.

El reconocimiento de la “hipervulnerabilidad” exige aplicar medidas de protección reforzadas en favor de las personas que se encuentran en dicha situación (AGNU, 2022), promoviendo “medidas de acción positiva”²¹, como procedimientos accesibles y claros para la resolución de conflictos, garantizando el acceso a la información y la participación, etc.

²⁰ El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo define a la “resiliencia climática” como “la capacidad de las personas y las comunidades para resistir, adaptarse y recuperarse frente a los impactos del cambio climático” [(31 de octubre de 2024). *Resiliencia climática: el compromiso del PNUD hacia un futuro sostenible y equitativo*. <https://bit.ly/3P5ljPP>].

²¹ Así lo requiere nuestra CN en su Artículo 75, inciso 23.

VII. Las mujeres mayores frente a la crisis climática

La emergencia climática afecta de manera desproporcionada a las mujeres en todo el mundo, debido a los roles y responsabilidades social y culturalmente construidos que se les imponen, así como a causa de las barreras estructurales que enfrentan y las dinámicas de poder que se desarrollan dentro de las comunidades (Bendlin, 2014; OACNUDH, 2021; Mahler, 2023).

Por un lado, las mujeres han ocupado históricamente una posición subalterna y subordinada en la sociedad, que les ha sometido a una fuerte discriminación, desventaja y violencia, privándolas, a su vez, del acceso a numerosos recursos y posibilidades (Help Age International, 2023). Por otra parte, la esperanza de vida de las mujeres es, actualmente, superior a la de los varones²², aunque se ven obligadas a convivir más tiempo con enfermedades crónicas, muchas de ellas incapacitantes.

La falta de recursos económicos hace que, muchas veces, las mujeres mayores vivan en zonas desaventajadas, que son especialmente propensas a los efectos adversos del cambio climático, como inundaciones o sequías. Estos mismos fenómenos, especialmente en áreas rurales, las privan del acceso a bienes y servicios esenciales, como el agua o los alimentos, así como de sus medios de vida, al destruir cosechas e impedirles trabajar. Inclusive, muchas veces las obligan a desplazarse en busca de lugares más adecuados para vivir, o de nuevas oportunidades laborales.

En este contexto, las mujeres mayores enfrentan un riesgo agravado de sufrir diversos tipos de violencia de género. En particular, las mujeres mayores pueden ser vistas como una carga en situaciones de desastre, lo que las expone a sufrir maltrato y abandono (Mahler, 2023).

²² En 2023, la esperanza de vida al nacer en la región de América Latina y el Caribe se ubicó en 79 años para las mujeres y 73 años para los varones. Se estima que dicha expectativa alcanzará los 83 años para las mujeres y los 78 años para los varones en 2050 (CEPAL, 2024).

Por eso, se recomienda la adopción de una perspectiva de género y un enfoque de derechos humanos en las estrategias destinadas a abordar el impacto de la crisis climática (Comité CEDAW, 2018). Asimismo, se recomienda tener en cuenta las necesidades específicas de las mujeres mayores en los planes y sistemas de alertas para la reducción de riesgos y respuestas en casos de eventos climáticos extremos (Comité CEDAW, 2018; Mahler, 2023).

Igualmente se recomienda asegurar la accesibilidad a la información de las mujeres mayores a las alertas tempranas relacionadas con eventos climáticos extremos (huracanes, tifones, etc.) mediante tecnologías de comunicación inclusivas (Comité CEDAW, 2018).

Por otra parte, muchas mujeres mayores viven con magros ingresos, sin acceso a jubilaciones o pensiones, incluso en situaciones de pobreza extrema, lo que les impide tomar medidas para contrarrestar los efectos del cambio climático, tales como tener vestimenta adecuada; proveerse de protección solar; adquirir ventiladores o artefactos de aire acondicionado; acceder al abrigo adecuado durante los inviernos gélidos, etc. Tampoco se debe olvidar que, tras fenómenos ambientales extremos y devastadores, estas mujeres pueden carecer de toda posibilidad para reconstruir sus viviendas o recuperar los bienes perdidos, a causa del escaso o nulo acceso a créditos y la imposibilidad de contratar seguros contra dichos riesgos.

VIII. Invisibilización y ausencia de datos

El discurso predominante en materia ambiental prioriza a grupos poblacionales como las infancias, las personas jóvenes, las mujeres, los pueblos indígenas, e incluso las generaciones futuras, sobre las personas mayores, ignorando la vulnerabilidad agravada que sufren frente a la crisis climática²³. Esta

²³ Véase, por ejemplo, la Declaración de Río de 1992, que se refiere a las mujeres (principio 20), a las personas jóvenes (principio 21), a los pueblos indígenas (principio 22) y a los pueblos sometidos a la dominación extranjera (principio 23).

escasa o nula representación de sus intereses respecto de estas cuestiones hace que sus necesidades y problemáticas específicas queden invisibilizadas en la agenda climática y en las estrategias de adaptación y mitigación.

Las personas mayores también suelen estar excluidas de los procesos formales de toma de decisiones ambientales, tanto en el ámbito nacional como internacional, lo que vulnera sus derechos de participación y autonomía. Existen numerosos ejemplos de estas omisiones, algunos incluso recientes, como ocurrió con el Pacto de Glasgow por el Clima²⁴ o el Pacto del Futuro²⁵.

A pesar de esto, la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre asuntos ambientales está plenamente reconocida por el Derecho Internacional, a través de instrumentos como la Declaración de Río de 1992²⁶, la Convención Marco NUCC y el Acuerdo de París²⁷, la propia CIPDHPM²⁸ o el Acuerdo de Escazú²⁹.

²⁴ Este instrumento menciona a infancias, personas jóvenes, mujeres, personas con discapacidad y pueblos indígenas como grupo particularmente afectados por el cambio climático, pero no a las personas mayores.

²⁵ Este documento se adoptó durante la Cumbre del Futuro 2024, auspiciada por Naciones Unidas, junto con el Pacto Digital Global y la Declaración de las Generaciones Futuras, todos orientados a fomentar la cooperación internacional en el abordaje de desafíos globales (como el cambio climático) y promover alianzas intergeneracionales. Aunque estos documentos buscan fomentar el diálogo intergeneracional, los tres se centran en las personas jóvenes, prescindiendo del rol y de las necesidades de las personas mayores, con total ausencia de una perspectiva inclusiva de vejez (Ferre, 17 de diciembre de 2024). Los documentos mencionados se pueden consultar aquí: Ver: <https://bit.ly/3PfYPLL>.

²⁶ El principio 10 establece que “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

²⁷ Estos instrumentos promueven la “acción para el empoderamiento”, a través de sus artículos 6 y 12, respectivamente, según los cuales dicha acción tiene 6 componentes clave: educación, formación, sensibilización, participación pública, acceso a la información y cooperación internacional.

²⁸ En particular, su Artículo 4, inciso f, dispone que los estados parte deben promover “la más amplia participación de la sociedad civil y de otros actores sociales, en particular de la persona mayor, en la elaboración, aplicación y control de políticas públicas y legislación dirigida a la implementación de la presente Convención”.

Algunos, incluso, se refieren concretamente a las personas mayores, como el Marco de Sendai de 2015³⁰.

Finalmente, las personas mayores también suelen quedar excluidas en las investigaciones y en la recolección de datos sobre cuestiones climáticas, lo que impide conocer el verdadero impacto que sufren a raíz de la emergencia climática (Mahler, 2020; CDHNU, 2021; OMS, 2022)³¹.

La falta de datos desagregados por edad perpetúa la invisibilidad de las personas mayores en las políticas públicas ambientales y climática, ya que impide que se diseñen intervenciones adecuadas a sus necesidades.

IX. ¿Víctimas o culpables del cambio climático?

La percepción de que las personas mayores son las principales responsables del cambio climático ha sido objeto de debate en medios de comunicación y foros internacionales (Span, 2019). Paralelamente, algunas investigaciones se han ocupado de profundizar sobre el tema (Ayalon y Roy, 2023).

Según la opinión generalizada, las personas jóvenes son las más afectadas por los efectos adversos del cambio climático (Thiery *et al.*, 2021). Esta perspectiva las

²⁹ Este acuerdo se propone garantizar, entre otras cosas, la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales, como un modo de contribuir a la protección del derecho de cada persona a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible (Artículo 1). Asimismo, el acuerdo está destinado especialmente a “personas o grupos en situación de vulnerabilidad”, que define como “aquellas personas o grupos que encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos de acceso reconocidos” en el acuerdo (Artículo 2).

³⁰ El apartado “I. Preámbulo”, punto 7, que establece que los estados deben adoptar un enfoque de prevención del riesgo de desastres centrado en las personas, con prácticas inclusivas y accesibles, e interactuando con actores relevantes, como las personas mayores y con discapacidad. Asimismo, este instrumento destaca que la reducción del riesgo de desastres requiere del involucramiento y la colaboración de toda la sociedad, así como una participación inclusiva, accesible y no discriminatoria, prestando especial atención a las personas afectadas desproporcionadamente por los desastres; que deberían integrarse perspectivas de género, edad, discapacidad y cultura en todas las políticas y prácticas; y que debería promoverse el liderazgo de las mujeres y de las personas jóvenes (apartado “III. Principios rectores”, punto 19, d). Como puede apreciarse, esta última recomendación contradice casi todo lo dicho anteriormente. A pesar de ello, el resto de los lineamientos resultan sumamente atendibles.

³¹ Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con los datos referidos a migraciones climáticas, que suelen enfocarse en grupos como mujeres o infancias (Migration Data Portal, 29 de septiembre de 2023).

coloca en el rol de “víctimas”, al tiempo que presenta a las personas mayores como culpables. Así, se ha dicho que “la generación de mayor edad ha fracasado y son los jóvenes quienes lo pagarán íntegramente, con su propio futuro” (Naciones Unidas, s.f.d).

Sin embargo, esta visión es reduccionista y no refleja la complejidad de las dinámicas de las emisiones de GEI. Es cierto que la edad y las generaciones son factores atendibles en el análisis de dichas contribuciones (Roy y Ayalon, 2023), que van mutando a lo largo del curso de vida. No obstante, existen importantes diferencias según las capacidades económicas y los estilos de vida.

Así, se ha comprobado que las personas con más recursos son las principales contribuyentes de emisiones de GEI (Crippa *et al.*, 2022; Oxfam, 2024)³². En 2019, el 1% más rico de la población mundial generó el 16% de dichas emisiones a nivel global (Oxfam International, 2023). Entre el 50% y el 70% de esas emisiones provienen de sus inversiones en grandes empresas (Oxfam Internacional, 2022).

También se ha comprobado que las personas más “ricas” del mundo, que representan poco más del 1% de la población planetaria, son varones mayores de 60 años³³. Ellos son propietarios o accionistas de empresas que emiten cantidades desproporcionadas de GEI, por lo que sus emisiones están muy por encima del

³² La cantidad de emisiones de gases de efecto invernadero que una persona, una organización, un producto o una actividad liberan a la atmósfera, ya sea de manera directa o indirecta, se mide mediante un indicador que se denomina “huella de carbono”. Esta se expresa en toneladas de dióxido de carbono equivalente, por ser el más abundante entre los gases de efecto invernadero, de modo que se utiliza como referencia para la medición [Greenpeace México. (26 de diciembre de 2020). *Huella de carbono: aprende a calcular tu impacto ambiental*. <https://bit.ly/3Vr8suA>]. Cuanto mayor es la huella de carbono, mayores son las emisiones. Las emisiones directas son aquellas que provienen de la quema de combustibles fósiles para la producción de energía, las viviendas, los transportes aéreo y terrestre. Las emisiones indirectas provienen de la producción y el desecho de alimentos, y el consumo de bienes manufacturados y servicios [Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) (2023). *El Diccionario Climático. Una guía práctica para el cambio climático*. <https://bit.ly/40R2Z3S>, 2023, p. 49].

³³ Se trata de: Jeff Bezos (60 años, Estados Unidos); Bernard Arnault (75 años, Francia); Lawrence Ellison (80 años, Estados Unidos); Warren Buffet (94 años, Estados Unidos); Bill Gates (69 años, Estados Unidos); y Steven Ballmer (78 años, Estados Unidos). Fuente: Forbes. (2 de septiembre de 2024). *Ranking actualizado: las 10 personas más ricas del mundo en septiembre de 2024 muestran el liderazgo tecnológico*. <https://bit.ly/4fVeLyV>

promedio. La misma situación se replica entre las personas más ricas de Argentina³⁴.

Sin embargo, fuera de estos casos, las mediciones de las contribuciones de GEI por grupos etarios, que toma en consideración factores como vivienda, transporte y consumo, demuestran que, en promedio, las personas mayores no son las principales contribuyentes³⁵.

Se ha descubierto que las emisiones de GEI por transporte y consumo aumentan gradualmente desde la infancia, alcanzan un máximo en la mediana edad y disminuyen en la vejez (Zagheni, 2009). Esto se debe a que las personas jóvenes y de mediana edad viajan y consumen más, de modo que producen más emisiones *per cápita* por dichos conceptos (Liu *et al.*, 2022). En cambio, las personas mayores no suelen viajar para trabajar y son más sedentarias, por lo que sus emisiones de GEI por transporte disminuyen hasta ser casi nulas en edades muy avanzadas (Liu *et al.*, 2022).

Las emisiones relacionadas con la vivienda muestran la tendencia opuesta. Según los hallazgos, el tiempo de permanencia en el hogar disminuye a medida que las personas crecen, pero se incrementa en la vejez, pues las personas pasan más tiempo en sus hogares. Además, como son más sensibles a los cambios de temperatura, tienden a consumir más energía para calefacción y refrigeración (Liu *et al.*, 2022). Por eso, sus emisiones relacionadas con la vivienda suelen ser mayores.

Gran parte de la energía que utilizan las personas mayores en sus hogares se relaciona con su salud y confort (Liu *et al.*, 2022). Sin embargo, también se ha visto

³⁴ De acuerdo con el ranking que elabora la revista *Forbes*, los dueños de las diez mayores fortunas de Argentina son: Marcos Galperin (53 años); Hugo Sigman (80 años) y Silvia Gold (72 años); Alejandro Bulgheroni (81 años); Luis Perez Companc (52 años); Paolo Rocca (72 años); Eduardo Eurnekian (92 años); Ricardo Luis Rey Rodríguez; Lodovico Andrea Palú Rocca (50 años); Alberto (82 años) y Pablo Roemmers (63 años); Roberto Daniel Urquía (75 años). Ellos lideran sectores clave como el comercio electrónico, la energía, la alimentación y la industria farmacéutica (Perfil, 3 de diciembre de 2024).

³⁵ Este tipo de estudios aún no está disponible para Argentina. Sin embargo, los datos que se registran en otros países pueden ser ilustrativos de este asunto.

que su mayor consumo de energía puede obedecer a la falta de información acerca de cómo ahorrar energía y a la inercia para cambiar conductas (Liu *et al.*, 2022)³⁶.

En España, las emisiones por servicios energéticos también tienden a aumentar con la edad, mientras que las correspondientes al transporte presentan un máximo en el tramo de 35 a 40 años, tras lo cual empiezan a decaer (Barrutiabengoa, 2023). De igual manera, las emisiones relacionadas con la vivienda muestran una tendencia a la baja continua a lo largo del ciclo de vida, excepto en la etapa final (Barrutiabengoa, 2023). Aun así, la huella de carbono de las personas mayores resulta ser un 27% menor a la media del país (Barrutiabengoa, 2023).

X. Creencias, emociones y percepciones frente al cambio climático

La edad también incide en las creencias, emociones y percepciones sobre el cambio climático. Se suele decir que las personas jóvenes están más preocupadas y comprometidas con la causa ambiental (Schiffman, 2022; Restrepo y Méndez, 2021). Sin embargo, estudios recientes demuestran que esta afirmación tiene matices (Corner *et al.*, 2015).

No se han encontrado brechas generacionales relevantes acerca de las creencias sobre el cambio climático (sus causas, efectos, etc.), (Poortinga *et al.*, 2023). Sin embargo, se ha descubierto que las personas jóvenes tienen un mayor compromiso emocional con este tema (sobre todo, emociones negativas: miedo,

³⁶ En otros países asiáticos se registran patrones similares. En China, el mayor emisor mundial de GEI, la huella de carbono de las personas mayores es más baja en comparación con la de personas en edad laboral (15 a 64 años), y sus contribuciones alcanzan el 11,65% del total (Long *et al.*, 2023, p. 1). Dicha huella responde, principalmente, a la satisfacción de necesidades básicas, ya que pasan la mayor parte del tiempo en sus casas, consumiendo más energía residencial (Long *et al.*, 2023, p. 2). En cuanto al consumo, las personas mayores tienen más gastos en servicios sanitarios, y menos por ropa y transporte, con el consiguiente impacto en las emisiones (Long *et al.*, 2023, p. 2). Un estudio acerca del consumo de energía en Tokio (Japón) indica que las emisiones *per cápita* de GEI son más altas en hogares de personas mayores debido a la disminución de la temperatura ambiental y al uso ineficiente de la energía (Long *et al.*, 2019, p. 360). Este estudio concluye que las sociedades que envejecen enfrentarán aumentos en las emisiones a largo plazo si no toman medidas adecuadas.

culpa, rabia), lo que explicaría su liderazgo en el activismo ambiental (Poortinga *et al.*, 2023).

En cuanto a la percepción de riesgos, las personas mayores muestran una mayor tendencia a pensar que ya estamos sintiendo los efectos del cambio climático (Poortinga *et al.*, 2023). Esto se debe a que, al haber vivido más años, pueden comparar las temperaturas y eventos climáticos actuales con un período anterior, cuando los efectos de la crisis climática eran menos visibles (Poortinga *et al.*, 2023). En cambio, para las personas jóvenes, la anomalía climática es la nueva normalidad.

XI. Acción por el clima: ¿cosa de jóvenes?

Según la narrativa predominante, las personas jóvenes llevan el liderazgo de la acción climática. Generalmente se las presenta como “agentes de cambio” y se afirma que “a través de la educación, la ciencia o la tecnología, están aumentando sus esfuerzos y utilizando sus habilidades para acelerar las medidas climáticas” (Naciones Unidas, s.f.d)³⁷.

A su vez, los casos de litigación climática más importantes que se han presentado a la fecha tienen como protagonistas a jóvenes que reclaman por el incumplimiento de obligaciones estatales en cuestiones ambientales y de cambio climático, aduciendo el impacto que tendrán en sus vidas futuras³⁸.

Sin embargo, la generalización de esta creencia también resulta engañosa. Recientemente, el TEDH se pronunció en un caso llevado a su conocimiento por una ONG integrada mayoritariamente por mujeres mayores (casi todas,

³⁷ Durante los últimos años, los medios de comunicación han saturado las redes sociales con historias de jóvenes activistas, como la sueca Greta Thunberg, quien, aún siendo niña, se plantaba frente a organismos nacionales e internacionales exigiendo el cese inmediato de la degradación ambiental, y movilizando a millones alrededor del mundo.

³⁸ Por ejemplo: Juliana *et al v.* United States of America (2020); Neubauer *et al v.* Germany (2021); Sharma *et al v.* Minister for Environment (2022); Held *et al v.* State of Montana (2023); Duarte Agostinho *et al v.* Portugal and 32 others (2024).

ambientalistas), llamada *KlimaSeniorinnen Schweiz*, que demandó a Suiza por incumplir sus compromisos en materia de cambio climático.

Aunque la decisión del TEDH se centra en aspectos legales relacionados con el sistema europeo de protección de derechos humanos y carece de una perspectiva de vejez³⁹, el caso ilustra los esfuerzos de un grupo de mujeres mayores en su lucha por frenar la crisis climática y su rol como agentes y defensoras de las políticas sobre cambio climático (Mahler, 2023). Algunos observadores lo han considerado un caso revolucionario por su impacto y alcances, y han dicho que constituye un hito en materia de litigación climática (Norton Rose Fulbright, 2024; Climate Rights Database, 2024).

XII. Las personas mayores en la agenda climática argentina

En Argentina, el Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático de 2019 se propuso fortalecer la resiliencia y disminuir la vulnerabilidad frente al cambio climático, especialmente de ciertos grupos de población, con un enfoque de género y de equidad intergeneracional.

Sin embargo, el Plan adoptó una perspectiva sanitarista de la vejez, que se limita a asegurar la cobertura de ciertas necesidades de salud de las personas mayores frente al cambio climático, desatendiendo otros aspectos⁴⁰. En cambio, un

³⁹ El TEDH no formuló ninguna consideración especial acerca de la vulnerabilidad agravada que sufren las reclamantes en su calidad de personas mayores en el contexto del cambio climático. Por el contrario, enfatizó que las generaciones futuras son las más afectadas por los efectos nocivos del cambio climático, ya que los fracasos y omisiones actuales en la acción climática implican que se producirán daños irreversibles que las generaciones futuras deberán soportar. Además, el TEDH señaló que ellas no tienen la posibilidad de participar en los procesos de toma de decisiones que se llevan a cabo actualmente. A pesar de esto, el TEDH resolvió que Suiza había violado el Convenio Europeo de Derechos Humanos al no tomar medidas suficientes contra el cambio climático e hizo lugar al reclamo presentado por la ONG. Sin embargo, dado que en el contexto europeo no hay instrumentos que consagren el derecho a un ambiente sano, su decisión versó sobre los impactos del cambio climático en otros derechos de las reclamantes (vida, salud, etc.).

⁴⁰ El Plan reconoce que las olas de calor aumentan las hospitalizaciones y defunciones de personas mayores, y que el bajo nivel de cobertura y accesibilidad de la atención sanitaria de este grupo constituye una vulnerabilidad de base para todos los riesgos sanitarios asociados al cambio climático (p. 38). En este sentido, el Plan adopta una perspectiva compleja y transversal de la salud, a fin de abordar los desafíos sanitarios que trae consigo el cambio climático (p. 190). Según el Plan,

enfoque basado en los derechos humanos⁴¹ habría permitido no descuidar la atención de otros intereses de las personas mayores en el contexto de la crisis climática, como el financiamiento para la adaptación de sus estilos de vida a la emergencia climática o la promoción de su efectiva participación.

De manera similar, algunas jurisdicciones han elaborado planes locales de adaptación al cambio climático. Este es el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que presentó en 2021 su Plan de Acción Climática 2050, que identifica a las personas mayores como “uno de los actores más vulnerables a los efectos del cambio climático” (pp. 31, 49 y 92). Allí se informan las diferentes actividades que realiza el gobierno local para abordar este problema, como articular programas y proyectos para reducir la vulnerabilidad de las personas mayores a los fenómenos

el Gabinete Nacional de Cambio Climático se encuentra desarrollando una Estrategia Nacional de Salud y Cambio Climático, con el objetivo de disminuir la morbimortalidad asociada a este fenómeno, a partir de medidas de promoción y protección de la salud, y desarrollar un sistema de salud resiliente al clima, basado en evidencia de bajas emisiones (p. 190). Por eso, el Plan se propone fortalecer las capacidades del sistema de salud a fin de dar respuesta a las nuevas condiciones climáticas y a sus respectivas amenazas para la salud humana (p. 191). Para lograrlo, el Plan busca asegurar el funcionamiento de los servicios de salud durante emergencias climáticas, a fin de contribuir a la adaptación y a la resiliencia de las comunidades ante eventos de temperaturas extremas, inundaciones, sequías y enfermedades sensibles al clima (p. 193). En el caso de eventos de temperatura extrema y sequías, el Plan propone la implementación de planes de prevención de los riesgos para la salud asociados a esos eventos, con énfasis en poblaciones vulnerables, como las personas mayores (p. 193). El Plan también contempla la transición laboral justa (en el proceso de transformación de los sistemas productivos), señalando que requiere tomar consciencia de los impactos del cambio climático en el mercado laboral (p. 198). En este aspecto, el Plan adopta un enfoque sociosanitario que busca garantizar el acceso a un nivel adecuado de protección social, salud y seguridad en el trabajo, con medidas específicas para poblaciones en situación de mayor vulnerabilidad, como las personas mayores y las personas con discapacidad (p. 201). El Plan también se propone contribuir a la reducción de los riesgos para la salud relacionados con inundaciones, a través de la implementación de medidas de promoción y protección de la salud (p. 470). Para ello, propone el desarrollo de lineamientos y recomendaciones destinados a la intervención sanitaria antes, durante y después de las inundaciones, incluyendo, entre otras medidas, inmunizaciones y abordaje integral de la salud de las comunidades, con énfasis en las poblaciones en situación de mayor vulnerabilidad, como las personas mayores (p. 470). El Plan también busca fortalecer la capacidad del sector sanitario para reducir los riesgos relacionados con las sequías. Para esto, propone el desarrollo de recomendaciones sanitarias para la actuación en casos de afectación de la provisión de agua, incendios forestales y afectación de la producción de alimentos asociados a sequías, con énfasis en poblaciones en situación de mayor vulnerabilidad, como las personas mayores (p. 473). Ver: <https://bit.ly/4gQbwsr>

⁴¹ Conforme lo recomienda la Resolución 3/2021 de la CIDH y basado en la CIPDHPM.

climáticos, habilitar procesos de escucha de sus necesidades y brindar espacios para recibir sus propuestas en relación con la acción climática inclusiva (p. 49).

En particular, el Plan de Acción Climática 2050 incluye, entre veinticinco acciones prioritarias, una que se refiere específicamente a las personas mayores, y que consiste en brindarles información sobre cambio climático, temperaturas extremas y olas de calor (pp. 92 y 93). En el marco de dicha acción se creó en 2017 el Programa de Adaptación frente a Eventos Climáticos Extremos, que busca reducir el riesgo del impacto del cambio climático en las personas mayores y aumentar su capacidad de respuesta. El programa se desarrolla a través de talleres de prevención y cuidado personal frente a olas de calor, que se dictan en espacios donde se congregan personas mayores, y se complementa con campañas de mensajes masivos a través de correos electrónicos, llamadas y mensajes telefónicos.

Asimismo, el Plan de Acción Climática 2050 informa que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con un Plan Prevención del Calor, a través del cual se organizan operativos especiales durante las olas de calor para alertar a la población sobre cómo cuidarse. Este plan consiste en un equipo de aproximadamente 120 profesionales, 3 postas sanitarias móviles y más de 30 Estaciones Saludables, ubicadas en plazas y parques, que trabajan en acciones de prevención, con refuerzo en la franja horaria de mayor radiación solar y con especial atención en los sectores de riesgo, como las personas mayores (Buenos Aires, s.f.).

El Plan de Acción Climática 2050 también menciona los programas “Mayores Promotores” y “La Tercera en la Calle”, a través de los cuales las personas mayores se forman como agentes de cambio, transformándose así en multiplicadoras en centros de día y plazas. El plan también informa que el gobierno local capacita a su personal que trabaja con población vulnerable, a fin de que puedan ser transmisoras de estos mensajes.

El Plan de Acción Climática 2050 se propone ampliar el alcance del Programa de Adaptación frente a Eventos Climáticos para llegar a todos los centros de día y centros de jubilados de la ciudad, y robustecer el sistema de formación para que más personas mayores se conviertan en promotoras del cambio. A su vez, propone proyectar videos sobre prevención ante olas de calor en los lugares de acceso frecuente de personas mayores, como las sedes comunales y los centros de salud.

Sin embargo, el Plan de Acción Climática 2050 no brinda información acerca del alcance y la eficacia de estas medidas, por lo que se desconoce su real impacto.

Por su parte, las provincias de Misiones, Neuquén y Tucumán han elaborado planes sobre salud y cambio climático, en el marco del proyecto “Fortaleciendo la participación de salud en la acción climática de Argentina” (conocido como Readiness), auspiciado por la OPS/OMS, con el objetivo de sentar las bases para que Argentina cuente con un sistema de salud más resiliente al clima. Brevemente, estos planes identifican a las personas mayores como grupo vulnerable, pero se limitan a un abordaje sanitarista, con visos paternalistas y asistencialistas de las personas mayores, que les asignan un rol meramente pasivo.

Actualmente, la nueva conformación del gobierno nacional y las recientes medidas tomadas respecto de cuestiones que atañen a la agenda climática argentina, tanto en el ámbito interno como en el internacional, (Lorca, 13 de noviembre de 2024), impiden avizorar el rumbo que tomará dicha agenda, si se dará continuidad al Plan Nacional o se planteará uno alternativo, y qué lugar ocupan las personas mayores en las estrategias que se propongan⁴².

⁴² También genera otras incertidumbres, por ejemplo, si, como consecuencia de haber retirado la delegación de la 29° Conferencia de las Partes de la Convención Marco NUCC en Bakú (Azerbaián) (COP29), Argentina obtendrá financiamiento internacional como país en desarrollo para hacer frente a la crisis climática. O bien, si la disminución del estatus administrativo de responsabilidad primaria en cuestiones climáticas de “ministerio” a “subsecretaría” en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional (cfr. Decreto 8/2023, <https://bit.ly/3PdKJup>) tendrá consecuencias directas en la no adopción de actos administrativos con la finalidad de paliar la crisis climática.

XIII. El paraguas normativo frente a la tormenta climática

El Estado argentino ha acompañado el desarrollo de la agenda ambiental global desde sus inicios, a través de su participación en foros internacionales en los que se han debatido todo tipo de temáticas referidas al ambiente y su preservación, y en los que se han aprobado múltiples instrumentos (declaraciones, acuerdos, resoluciones, etc.) sobre aquellos temas y, en particular, relativos al cambio climático.

Las cuestiones ambientales comenzaron a tratarse internacionalmente en el seno de las Naciones Unidas. En 1968, el Consejo Económico y Social de dicha organización propuso la celebración de una conferencia internacional sobre el Medio Humano, que se concretó en 1972. Esta conferencia adoptó una Declaración que enunciaba una serie de principios para la conservación y mejora del ambiente, así como un Plan de Acción con recomendaciones para la acción internacional.

Dicho Plan de Acción se refirió, por primera vez, al cambio climático, al advertir a los gobiernos que debían tener presentes aquellas actividades que pudieran provocar “efectos sobre el clima”, así como evaluar la probabilidad y magnitud de dichos efectos (Recomendación 70). También recomendó a los estados establecer “estaciones base” en zonas alejadas de fuentes de contaminación, a fin de vigilar posibles modificaciones en la atmósfera que provocaran cambios climáticos (Recomendación 79).

Más adelante, en 1981, las crecientes advertencias científicas sobre la progresiva destrucción de la capa de ozono llevaron a la adopción del “Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono”⁴³, también en el marco de Naciones Unidas y abierto a la ratificación de todos los estados (PNUMA, 2016a). Como se trataba de una cuestión novedosa para la época, este acuerdo solo se enfocó en la

⁴³ Adoptado en Viena el 22 de marzo de 1985. Aprobado por el Congreso argentino el 13 de septiembre de 1989 a través de Ley N° 23.724, y ratificado por el Estado argentino el 18 de enero de 1990. Ver: <https://bit.ly/41mmbH9>

cooperación para la investigación y el intercambio de información sobre la degradación de la capa de ozono (PNUMA, 2016a).

En 1987, siguiendo con la misma preocupación y también con el auspicio de Naciones Unidas, se aprobó el “Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono”⁴⁴, que limitó la producción y consumo de productos químicos que destruyen el ozono, con gran éxito (PNUMA, 2016b). Si bien este acuerdo reconoció la necesidad de proteger la salud humana y el ambiente contra los efectos de actividades humanas que destruyen el ozono, su foco estuvo puesto en cuestiones técnicas.

En 1992, durante la Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, se adoptó la Convención Marco NUCC⁴⁵, que es el acuerdo internacional más importante en materia de cambio climático, ya que sentó las bases para la concertación internacional de medidas de adaptación a esta problemática y la mitigación de sus efectos (UNFCCC, 2006)⁴⁶.

El objetivo de la Convención Marco NUCC es estabilizar las concentraciones de GEI en la atmósfera a un nivel que impida interferencias “peligrosas” del ser humano en el sistema climático, y en un plazo que permita que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, que asegure la producción de alimentos y que permita el desarrollo económico sostenible (Artículo 2). Actualmente, este acuerdo cuenta con una membresía casi universal, que alcanza a 197 estados (United Nations Climate Change, s.f.). A su vez, la Conferencia de las Partes de la

⁴⁴ Adoptado en Montreal el 16 de septiembre de 1987. Aprobado por el Congreso argentino el 10 de mayo de 1990 a través de Ley N° 23.778, y ratificado por el Estado argentino el 18 de septiembre de 1990. Ver: <https://bit.ly/4f8BBlg>

⁴⁵ Adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992. Aprobada por Ley N° 24.295 del 7 de diciembre de 1993. Ratificada el 11 de marzo de 1994. Ver: <https://bit.ly/492hRhY>

⁴⁶ En esta convención, los Estados Partes manifiestan su preocupación por que las actividades humanas han ido aumentando sustancialmente las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, y por qué ese aumento intensifica el efecto invernadero natural. También reconocen que este proceso tendrá por resultado un calentamiento adicional de la superficie y la atmósfera de la Tierra, lo que puede afectar adversamente a los ecosistemas naturales y a la humanidad.

Convención Marco NUCC (más conocida como “COP”) es el principal foro internacional para negociar la respuesta mundial al cambio climático.

La Convención Marco NUCC se puso en marcha con el Protocolo de Kyoto⁴⁷ (1997), que propuso la reducción de emisiones de seis GEI, y se completó con el Acuerdo de París⁴⁸ (2016), que introdujo el compromiso de limitar el calentamiento global a 1.5 °C por encima de los niveles preindustriales (Artículo 2.1.a).

En el ámbito regional americano, la Asamblea General de la OEA adoptó en 1988 el Protocolo de San Salvador⁴⁹, que reconoce el derecho a un ambiente sano y obliga a los estados a promover la protección, preservación y mejoramiento del ambiente (Artículo 11). En 2015, dicha Asamblea adoptó la CIPDHPM⁵⁰, que también reconoce el “derecho a un medio ambiente sano” (Artículo 25)⁵¹ y adopta el paradigma del envejecimiento activo y saludable (Artículo 2), que obliga a garantizar una atención “integral” de la salud a las personas mayores (Artículo 19)⁵².

⁴⁷ Adoptado en Kyoto el 11 de diciembre de 1997. Aprobado por Ley N° 25.438 del 20 de junio de 2001. Ratificado el 28 de septiembre de 2001. Ver: <https://bit.ly/41WjSuJ>

⁴⁸ Adoptado en París el 12 de diciembre de 2015. Aprobado por Ley N° 27.270 del 1 de septiembre de 2016. Ratificado el 21 de septiembre de 2016. Ver: <https://bit.ly/41WjSuJ>

⁴⁹ Adoptado en San Salvador (El Salvador) el 17 de noviembre de 1988. Aprobado por Ley N° 24.658 del 19 de junio de 1996. Ratificado el 23 de octubre de 2003. Ver: <https://bit.ly/3DwYgLi>

⁵⁰ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 15 de junio de 2015. Aprobada por Ley N° 27.360 del 9 de mayo de 2017. Con jerarquía constitucional en virtud de Ley N° 27.700 del 9 de noviembre de 2022.

⁵¹ El Artículo 25 establece que: “La persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas: a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza. b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros”. Nótese que la redacción es similar a la del Artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (“Protocolo de San Salvador”), que establece que: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

⁵² Según el Artículo 19, la atención integral es aquella que no se limita al tratamiento de patologías, sino que incluye la promoción, la prevención y la atención de enfermedades en todas las etapas, así como su rehabilitación.

En 2018 los estados americanos adoptaron el “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe”, más conocido como Acuerdo de Escazú (por haberse adoptado en dicha ciudad costarricense)⁵³, que garantiza el acceso a la información y la participación ciudadana en cuestiones ambientales, así como acceder a justicia cuando se les hayan vulnerado estos derechos. El Acuerdo de Escazú hace especial hincapié en las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, a quienes define como aquellas que encuentren especiales dificultades para ejercer con plenitud los derechos reconocidos en el acuerdo, por las circunstancias o condiciones que se entiendan en cada contexto nacional y de conformidad con las obligaciones internacionales de cada parte (Artículo 3, inciso e).

Como puede apreciarse, las personas mayores rara vez aparecen contempladas en los acuerdos internacionales sobre cuestiones ambientales. Esta situación de desventaja se ve agravada por el hecho de que tampoco existe un tratado internacional de aplicación “universal” que proteja sus derechos humanos. Estos vacíos normativos contribuyen a reforzar el estado de invisibilidad e indefensión en que se encuentran las personas mayores frente a la emergencia climática (CDHNU, 2021).

En la región de América Latina y el Caribe la situación es sustancialmente diferente, porque aquí sí existe un tratado internacional protectorio de sus derechos, incluyendo su derecho a un ambiente sano: la CIPDHPM. Sin embargo, la baja adhesión que todavía existe por parte de los estados americanos y caribeños⁵⁴, sumada a la deficiente implementación que hasta ahora han hecho de

⁵³ Adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018. Aprobado por Ley N° 27.566 del 16 de octubre de 2020. Ratificado el 22 de enero de 2021. <https://bit.ly/4gr9xLt>

⁵⁴ Actualmente, apenas 12 de los 34 estados que integran la OEA han ratificado la CIPDHPM: Uruguay (2016); Costa Rica (2016); Bolivia (2017); Chile (2017); Argentina (2017); El Salvador (2017); Ecuador (2019); Perú (2021); Colombia (2022); México (2023); Surinam (2023), y Belice (2024). La información actualizada sobre el estado de ratificaciones de la CIPDHPM se puede consultar aquí: <https://bit.ly/3VQPb6m>

ella los estados que la han ratificado, evidencian que aún queda un largo camino por recorrer.

En el ámbito interno, nuestro país sometió a discusión del Congreso de la Nación todos los acuerdos internacionales señalados, los que fueron debidamente aprobados por el órgano legislativo y posteriormente ratificados. También procuró adecuar la normativa e instituciones locales para dar adecuado cumplimiento a los compromisos asumidos internacionalmente.

En 1993, el Congreso argentino declaró la necesidad de reformar la CN y habilitó los debates sobre la cuestión ambiental, siguiendo los desarrollos internacionales y los antecedentes de algunas constituciones provinciales⁵⁵. La nueva Constitución reformada, sancionada en 1994, reconoció “el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...” así como “el deber de preservarlo” (Artículo 41)⁵⁶. También obligó al Congreso a tomar medidas de acción positiva para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas mayores y las personas con discapacidad (Artículo 75, inciso 23).

En 2019, el Congreso argentino sancionó la Ley N° 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global⁵⁷, que tiene como objetivo establecer estrategias para estudiar el impacto del cambio climático en nuestro país, incluyendo el impacto que puede tener en las personas y grupos vulnerables (Artículos 2 y 3). Adicionalmente, busca establecer medidas de adaptación y mitigación al cambio climático. La adaptación consiste en prevenir,

⁵⁵ Ley N° 24.309, Artículo 3, inciso k. Cabe señalar que la Constitución de 1853/60 no contenía normas referidas a la degradación ambiental o al cambio climático, pues estos problemas se hicieron visibles recién a mediados del siglo XX. Tampoco existía en aquel tiempo una conciencia sobre la necesidad de preservar y proteger el ambiente.

⁵⁶ Los debates de los dictámenes en mayoría y minoría de la comisión de redacción en los despachos originados en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías se pueden consultar aquí: <https://bit.ly/3Pa5LdF>

⁵⁷ Reglamentada mediante Decreto N° 1030/2020.

atenuar o minimizar los daños o impactos del cambio climático (Artículo 3, inciso b). La mitigación procura reducir las emisiones de GEI (Artículo 3, inciso c).

La Ley N° 27.520 también creó el Gabinete Nacional de Cambio Climático (Artículo 7) para coordinar y articular políticas públicas climáticas en todo el país. Además, dispuso la “transversalización” de la cuestión climática en las políticas estatales (Artículo 4, inciso b), lo que significa que todas las acciones estatales deben contemplar la cuestión del cambio climático y medir el impacto que puedan tener en dicho fenómeno.

Sin embargo, el estado nacional ha omitido sancionar leyes que aborden la cuestión del cambio climático de manera integral, y que obliguen a tomar medidas concretas para contrarrestar los efectos adversos de la crisis climática respecto de grupos vulnerables, en materias no solo sanitarias, sino, además, referidas al hábitat y la vivienda (incluyendo a las residencias de larga estadía), a empleos, acceso a justicia, etc. Tampoco existen protocolos de actuación en relación con eventos climáticos extremos que incluyan un capítulo referido al impacto de dichos eventos en personas mayores.

Por otra parte, la nueva orientación ideológica del gobierno nacional, reflejada en varias declaraciones del presidente respecto de la cuestión del cambio climático y el Acuerdo de París, parecería vaticinar un posible retroceso legislativo en estos temas (La Nación, 2025).

Hasta aquí hemos visto los instrumentos vinculantes que se han desarrollado para la protección de la atmósfera y abordar la cuestión ambiental en general, y el cambio climático en particular. Existen, además, docenas de otros instrumentos que se ubican en la categoría de *soft law*⁵⁸, con el valor de recomendaciones, guías

⁵⁸ El concepto de “soft law” (o, como también se lo ha llamado, “derecho blando” o “derecho flexible”) se conoce y utiliza hace varias décadas. Sin embargo, todavía existe un gran debate doctrinario en torno a su contenido y alcances. Paula Vernet explica que, en general, dicho concepto hace referencia a principios, reglas o estándares que no provienen de las fuentes formales del Derecho Internacional ([2015]. La costumbre internacional. En S. González Napolitano [coord.]. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. [1a. ed, pp. 91-110]. Erreius.). Por su parte, Francis Snyder explica que son “normas de conducta que, en principio, no tienen fuerza legalmente

o lineamientos, que han jugado un papel crucial en el desarrollo del Derecho Internacional y local en esta materia. Algunos de ellos se refieren específicamente a las personas mayores.

En el ámbito de Naciones Unidas, el Plan de Viena (1982) estableció que la atención sanitaria de las personas mayores debe ir más allá de un enfoque puramente patológico y abarcar la totalidad de su bienestar, teniendo en cuenta que los factores físicos, mentales, sociales y ambientales son interdependientes (Recomendación 2). Del mismo modo, subrayó que los factores ambientales condicionan la salud de las personas mayores (Recomendación 14).

Posteriormente, el Plan de Madrid⁵⁹ (2002) volvió sobre estos conceptos, al señalar que los factores ambientales influyen en la salud de las personas mayores (párr. 64), quienes son más susceptibles a la contaminación ambiental (párr. 65), y que las afecciones que esta provoca reducen su productividad e inciden en su calidad de vida (párr. 65). Por eso, recomienda medidas para determinar los principales factores ambientales que contribuyen a la aparición de enfermedades y discapacidad en la vejez y hacerles frente (párr. 66, inc. d), así como reducir la exposición a contaminantes ambientales a lo largo de la vida (párr. 66, inc. g).

La Agenda 2030 (2015) incluye un ambicioso objetivo referido a la acción por el clima (ODS 13), que reconoce que hay sectores sociales altamente vulnerables a los efectos del cambio climático y que se debe adoptar un enfoque basado en los derechos humanos para abordarlo.

vinculante pero que, no obstante, pueden tener efectos prácticos" ([1995]. *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*. En M. Stephen [ed.]. *The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noël* [1a. ed., pp 197-225]. Springer.) Y, agregamos, que también pueden tener efectos jurídicos. Por tanto, aunque carece de obligatoriedad jurídica directa, su influencia es significativa, ya que establece estándares, guía la interpretación normativa y puede evolucionar hacia normas vinculantes ("hard law") a través de la costumbre jurídica o mediante su incorporación en marcos legales formales. Para más información sobre el concepto de "soft law" se puede consultar: *Del Toro Huerta, M. I., (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, VI, 513-549.*

⁵⁹ Se puede consultar aquí: <https://bit.ly/4fAynao>

Adicionalmente, diversos órganos y mecanismos de Naciones Unidas han emitido importantísimas resoluciones sobre la temática, como el Consejo de Derechos Humanos, que elaboró un estudio analítico al respecto⁶⁰, o la Experta Independiente sobre los Derechos Humanos de las Personas de Edad, que preparó un completo informe sobre este asunto⁶¹.

También se han elaborado importantes guías de actuación frente a “desastres”, entre los cuales se incluyen los eventos ambientales extremos, como el Marco de Hyogo (2005) y el Marco de Sendai (2015). Estas guías apuntan a que las políticas de reducción del riesgo de desastres que elaboran los estados prevean específicamente los riesgos que enfrentan los grupos vulnerables, como las personas mayores, en esos contextos.⁶²

En el ámbito regional americano existen tres instrumentos fundamentales sobre la cuestión ambiental y el cambio climático que, además, se refieren particularmente a las personas mayores. La OC23 de la Corte IDH (2017) realiza un estudio exhaustivo del derecho a un ambiente sano y de las obligaciones estatales respecto de la protección del ambiente. La Resolución N°3/2021 sobre Emergencia Climática de la CIDH⁶³ (2021) recomienda desarrollar políticas de atención médica preventiva para disminuir los impactos de las enfermedades asociadas al cambio climático en las personas mayores y con discapacidad (p. 17),

⁶⁰ Resolución A/HRC/47/46 de 2021.

⁶¹ Véase Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad. <https://bit.ly/3CrwwXG>

⁶² Por ejemplo, el Marco de Acción de Hyogo recomienda tomar en cuenta los diferentes grupos de edad y los grupos vulnerables en la elaboración de planes para la reducción de riesgos de desastres (Consideraciones Generales, párr. 13, “e”).

⁶³ Esta resolución realiza importantes consideraciones respecto de la cuestión climática. Reconoce que el cambio climático amenaza el disfrute de los derechos humanos (p. 5); recomienda aplicar un enfoque de derechos en el abordaje de la crisis climática (p. 11); señala que las problemáticas ambientales generan impactos diferenciados en personas o grupos en situaciones de vulnerabilidad o desigualdad estructural, respecto de los cuales existe una obligación reforzada de garantía y protección de sus derechos humanos (p. 15); y recomienda adoptar medidas que tengan en cuenta las perspectivas de igualdad de género e interseccionalidad, además de enfoques diferenciados que visibilicen los riesgos agravados sobre los derechos humanos contra dichas personas, grupos y colectividades (p. 15), entre otras.

así como generar programas de capacitación para quienes cuidan de ellas en situaciones de emergencia climática (p. 17).

Finalmente, la Resolución N°2/2024 sobre Movilidad Humana y Cambio Climático de la CIDH (2024) dispone que todas las acciones estatales sobre movilidad humana deben garantizar la protección integral de las personas que sufren un mayor impacto de los efectos adversos del cambio climático, incluyendo un apartado específico sobre las personas mayores (pp. 23 y 25).

La Resolución N°2/2024 recomienda que los estados velen porque los impactos del cambio climático, incluidos los desastres socioambientales, no amenacen los derechos a la vida, a la integridad personal y la salud de las personas mayores (párr. 71). Asimismo, recomienda que las medidas de movilidad climática incorporen planes y políticas de atención médica específicamente dirigidos a este grupo poblacional (párr. 71). Por otra parte, requiere a los estados que les procuren un acceso prioritario a servicios básicos como alojamiento adecuado y apoyo social durante procesos de desplazamiento, y que protejan su bienestar físico y mental, asegurando su inclusión y participación en decisiones sobre planes de adaptación y respuesta ante desastres (párr. 71). Finalmente, requiere que la información sobre estas medidas se adapte, facilite y sea acorde a la edad de las personas mayores (párr. 71).

XIV. Nuevos paradigmas valorativos

Durante el último medio siglo se han operado importantes cambios valorativos sobre la concepción de la longevidad y las relaciones del ser humano con su entorno. Estos nuevos paradigmas han propiciado el surgimiento de otras reivindicaciones de justicia, que han redefinido el plexo axiológico desde el cual examinar la cuestión climática.

Por un lado, desde mediados del siglo XX, hemos asistido al surgimiento de una nueva mirada sobre la vejez. Simone de Beauvoir fue pionera en denunciar que la sociedad “trata a los ancianos como parias” y los condena “a la miseria, a la

soledad, a la invalidez, y a la desesperación” (1970, p. 8). Las conferencias sobre envejecimiento de Viena (1992) y Madrid (2002) animaron a la comunidad internacional a trabajar para mejorar la situación social de las personas mayores. Al mismo tiempo, la OMS impulsó el paradigma del envejecimiento activo y saludable⁶⁴, que busca garantizar la salud mediante, entre otras, la transformación de las ciudades para que sean resilientes y sostenibles (OMS, 2019)⁶⁵.

Paralelamente se desarrolló una nueva concepción sobre la relación del ser humano con su entorno, que transitó desde un modelo “antropocéntrico”, que lo veía como centro y medida de todas las cosas (White, 1967), hacia un enfoque “geocéntrico” o “ecocéntrico”, que reconoce a la naturaleza como un valor en sí mismo, independientemente de su utilidad para las personas (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018).

El antropocentrismo considera las necesidades e intereses humanos por encima de todo⁶⁶. Los bienes ambientales (agua, animales, minerales, etc.) son

⁶⁴ El envejecimiento “activo” se define como “el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen” [World Health Organization. (2002). *Active aging: a policy framework*. United Nations, p. 12. <https://bit.ly/403fdpf>] (la traducción es nuestra). Este paradigma “permite a las personas realizar su potencial de bienestar físico, social y mental a lo largo del curso de su vida y participar en la sociedad de acuerdo con sus necesidades, deseos y capacidades, mientras que les proporciona protección, seguridad y cuidados adecuados cuando requieren asistencia” (World Health Organization, id.) (la traducción es nuestra). A su vez, el envejecimiento “saludable” se define como “el proceso de desarrollar y mantener la capacidad funcional que permite el bienestar en la vejez” [Organización Mundial de la Salud. (2015). *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*. Naciones Unidas, p. 15. <https://bit.ly/41HP54B>].

⁶⁵ Estos avances fueron acompañados por la aparición de nuevas disciplinas, como la gerontología comunitaria (Dabove, 2021, p. 262). Se pueden mencionar, además, como hitos de este cambio cultural, la “Carta a los ancianos” de Juan Pablo II, que valoriza a las personas mayores como “depositarios de la memoria colectiva”, y la reciente encíclica del Papa Francisco titulada *suli sí*, que habla de la “cultura del descarte”. En dicho texto, Francisco afirma que “la cultura del relativismo es la misma patología que empuja a una persona a aprovecharse de otra y a tratarla como mero objeto, obligándola a trabajos forzados, o convirtiéndola en esclava a causa de una deuda. Es la misma lógica que lleva a la explotación sexual de los niños, o al abandono de los ancianos que no sirven para los propios intereses” (p. 95).

⁶⁶ En el ámbito jurídico, el antropocentrismo se materializó en normas que regulan el uso de los recursos naturales priorizando su utilidad económica. En el Derecho Privado propició el surgimiento de un “paradigma dominial”, que imperó desde la época del Derecho Romano hasta mediados del siglo XX (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p. 40). En el Derecho Público dio lugar al

meros recursos que sólo tienen valor en cuanto sirve al ser humano para satisfacer sus propósitos (Boff, 2017). Para esta visión “utilitarista”, el ambiente se debe conservar por y para el ser humano (Rosa, 2014).

A mediados del siglo XX, las crecientes evidencias científicas sobre el impacto ambiental de las actividades humanas llevaron al cuestionamiento de aquel modelo. La Declaración de Estocolmo de 1972 reconoció, por primera vez, la gravedad del impacto de dichas actividades. En 1987 se creó el concepto de “desarrollo sostenible”, que introdujo una visión intergeneracional y llamó la atención sobre los límites del desarrollo. La “Declaración de Río” y el “Programa 21” de 1992 reconocieron la interdependencia entre desarrollo y protección ambiental, y consolidaron importantes principios sobre los que se asentó la perspectiva ecocéntrica.

En este contexto surgió el pensamiento ambiental latinoamericano, enmarcado en las reflexiones sobre la colonialidad del saber (Leff, 2009, p. 1). Uno de sus pilares es el concepto del “Vivir Bien” (Bolivia), “Buen Vivir” (Ecuador) o “Sumak Kawsay” en lengua quechua. Esta cosmovisión originaria promueve la armonía entre ser humano y ambiente, y ha influenciado constituciones como la ecuatoriana (2008) y boliviana (2009), que proclaman los derechos de la naturaleza como continentes de los demás derechos, un concepto único a nivel mundial (Zaffaroni, 2011).

El Sumak Kawsay se encuentra fuertemente asentado en ideas que promueven la solidaridad entre comunidad e individuos, así como entre generaciones jóvenes y personas mayores (Kowii, 2009).

“constitucionalismo antropocéntrico”, que imperó en los siglos XVIII, XIX y XX (Montalván Zambrano, 2020, p. 506).

XV. El paradigma de la intergeneracionalidad

La cuestión de las generaciones⁶⁷ es un tema de preocupación común del Derecho de la Vejez y el Derecho Ambiental. El Derecho de la Vejez reconoce el fenómeno sociológico del multigeneracionismo, que implica la coexistencia, en un mismo tiempo y espacio, de tres o más generaciones de personas, al interior de un grupo familiar o fuera de él (Dabove y Di Tullio, 2011)⁶⁸. Adicionalmente, se ocupa de las relaciones entre las diversas generaciones, a las que atribuye un componente valorativo afincado en la solidaridad, y un basamento normativo que proviene de la Declaración de Quebec sobre Equidad Intergeneracional⁶⁹, el Plan de Madrid⁷⁰ y la CIPDHPM⁷¹. De acuerdo con ellos, la solidaridad intergeneracional se basa en el diálogo respetuoso, la comprensión recíproca, la transmisión de valores humanos y del patrimonio cultural, la ayuda recíproca, el reparto equitativo de recursos, etc.

Por su parte, el Derecho Ambiental también se ocupa de las relaciones entre generaciones y, muy especialmente, del conflicto latente entre ellas (Lorenzetti, 2021), que proviene del hecho de que las generaciones actuales están tomando decisiones y conductas que tendrán un impacto en la existencia y bienestar de las

⁶⁷ De acuerdo con Marco Martín, una generación es “una sucesión de individuos signados por un conjunto de intereses comunes en el tiempo” (2008, p. 99). Para José Ortega y Gasset, la “generación” es una “variedad humana” cuyos miembros “vienen al mundo dotados de ciertos caracteres típicos, que les prestan una fisonomía común, diferenciándolos de la generación anterior” (1923, p. 22). Por tanto, cada generación recibe lo vivido por la antecedente (ideas, valoraciones, instituciones, etc.), pero también deja fluir su propia espontaneidad (Ortega y Gasset, 1923, p. 23).

⁶⁸ Muchas veces, inclusive, se registra la coexistencia de dos o tres generaciones envejecidas, fenómeno que se conoce como “envejecimiento multigeneracional” (Dabove, 2021, p. 38).

⁶⁹ Se puede consultar aquí: <https://bit.ly/4fCZiCL>

⁷⁰ Véase especialmente el apartado “II. Recomendaciones para la adopción de medidas”, “A. Orientación prioritaria I. Las personas de edad y el desarrollo”, “Cuestión 5: Solidaridad intergeneracional”.

⁷¹ Véase el Artículo 8, inciso b, que dispone que los estados deben promover la participación de la persona mayor en actividades intergeneracionales para fortalecer la solidaridad y el apoyo mutuo como elementos claves del desarrollo social.

generaciones futuras⁷², las cuales no pueden participar en la toma de dichas decisiones ni defenderse de esas acciones, muchas de las cuales ponen en riesgo el ambiente y, con ello, su misma existencia (Lorenzetti y Lorenzetti, 2021).

El principio de equidad intergeneracional es un modo de resolver ese conflicto, y exige que las actividades del presente no comprometan los recursos del futuro, justamente a fin de preservar los derechos e intereses de las generaciones futuras. En este sentido, el principio de equidad intergeneracional está ligado a la idea de desarrollo sostenible⁷³.

Sin embargo, se ha dicho que todas las generaciones deberían tener el mismo lugar en la teoría de la equidad intergeneracional, y que no hay fundamento para preferir a las generaciones futuras sobre la generación actual en términos de protección (Brown Weiss, 1992)⁷⁴. Especialmente, cuando se ha reconocido, como se hace actualmente, que la degradación ambiental tiene impactos desproporcionados en ciertos grupos poblacionales.

No obstante, cuando se habla de cambio climático, el principio de equidad intergeneracional suele enfocarse en las generaciones futuras, y dirigir la mirada del intérprete hacia un futuro distante, proyectado en 50 o 100 años. De esta manera, se pierde de vista que las generaciones actuales también tienen derecho a gozar de un ambiente en buenas condiciones. Por otro lado, una perspectiva tan alejada del presente resulta excluyente para las personas mayores, quienes no disponen de tanto tiempo para gozar de un ambiente sano, y, por tanto, no pueden permitirse pensar a tan largo plazo.

⁷² Los Principios de Maastricht sobre los derechos humanos de las generaciones futuras definen como “aquellas que aún no existen pero que existirán y heredarán la Tierra” (Artículo 1).

⁷³ La encíclica *Laudato Sí* lo reconoce expresamente: “Ya no puede hablarse de desarrollo sostenible sin una solidaridad intergeneracional” (2015, párr. 159).

⁷⁴ También se ha observado que esta premisa hunde sus raíces en el Derecho Internacional. Así, por ejemplo, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables vale para “todos los miembros de la familia humana”. Se dice que esta referencia “tiene una dimensión temporal, que incluye a todas las generaciones dentro de su ámbito”. A su vez, la Declaración de Estocolmo de 1972 establece, ya desde su principio 1, que el ser humano “tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

En el caso *KlimaSeniorinnen*, el TEDH se refirió a ese aspecto del principio de equidad intergeneracional, al señalar que, entre las generaciones actuales, hay grupos sociales que están en clara desventaja y requieren mayor protección (entre ellos, las personas mayores)⁷⁵. Sin embargo, el TEDH se pronunció decididamente a favor de la protección de las generaciones futuras, por considerar que deberán soportar la carga más pesada de los efectos del cambio climático y que no tienen la posibilidad de participar en los actuales procesos de toma de decisiones sobre este asunto.

Pensamos que esta decisión se podría haber enriquecido si el TEDH hubiera adoptado una postura más amplia en la aplicación del principio de equidad intergeneracional. Para esto, además de haberse apoyado en la normativa internacional, debería haber abrevado en los principios rectores del Derecho de la Vejez, cuya perspectiva intergeneracional requiere, como se señaló, del diálogo respetuoso, la comprensión recíproca, la empatía, la ayuda recíproca, etc. entre generaciones.

De esta manera, el TEDH habría podido reconocer el estado de hipervulnerabilidad climática en que se encuentran las personas mayores y exigir a las autoridades suizas su debida protección, incluyendo garantizar su participación en la toma de decisiones sobre temas ambientales.

Respecto de esta última cuestión, como se señaló anteriormente, las personas mayores parecen encontrarse en una situación similar a la de las generaciones

⁷⁵ El TEDH señaló que la cuestión del cambio climático exige distribuir la carga de sus efectos entre las generaciones (párr. 410), y que esa distribución de cargas se debe efectuar tanto entre las generaciones que viven actualmente, como en relación con las generaciones futuras (párr. 419). También sostuvo que estas últimas van a soportar una carga cada vez más severa de las consecuencias de los fracasos y omisiones actuales en la lucha contra el cambio climático y que, al mismo tiempo, no tienen posibilidad de participar en los actuales procesos de toma de decisiones sobre este asunto (párr. 420). Por otro lado, el TEDH reconoció que el cambio climático afecta con mayor fuerza a ciertos grupos vulnerables de la sociedad, que necesitan atención y protección especiales (párr. 410), pues están en clara desventaja representativa (párr. 484), y que, por eso, la acción colectiva a través de asociaciones u otros grupos de interés puede ser uno de los únicos medios a través de los cuales puedan hacer oír su voz y a través de la cual puedan tratar de influir en los procesos de toma de decisiones (párr. 489).

futuras, en la medida en que su opinión no suele ser requerida en la formulación de estrategias de adaptación al cambio climático, ni sus intereses suelen ser tenidos en cuenta por la normativa que se refiere a esta temática (más allá de algunos aspectos sanitarios).

XVI. La justicia climática

La “justicia climática” es un enfoque que aborda el cambio climático no solo como un problema ambiental, sino también como una cuestión de equidad y derechos humanos (UNDP, 2023).

El concepto surgió en el marco de las negociaciones internacionales sobre cambio climático (Pardo Buendía y Ortega, 2018), para hacer referencia al hecho de que el aumento del nivel de emisiones de GEI intensifica el cambio climático y sus consecuencias, en particular, en países que han contribuido escasamente a este fenómeno, pero que son muy vulnerables a sus efectos (Borras Pentinat, 2012).

Adicionalmente, este concepto implica que los principales contribuyentes de dichas emisiones, que a su vez son quienes más se han enriquecido con esas actividades (generalmente, del Norte Global), tienen mayores responsabilidades y deben ayudar a los países más vulnerables, que sufren los impactos de la crisis climática (generalmente, del Sur Global)⁷⁶.

La justicia climática también reconoce las desigualdades que, a nivel social, hacen que los efectos del cambio climático tengan mayor peso en poblaciones vulnerables y con medios limitados para adaptarse a ellos (UNDP, 30 de junio de 2023). Entre dichas desigualdades, se consideran las estructurales (como la edad), las socioeconómicas (como la pobreza) y las intergeneracionales (la edad, nuevamente).

⁷⁶ Por tal motivo, la Declaración de Río y la Convención Marco NUCC de 1992 introdujeron el principio de "responsabilidades comunes pero diferenciadas", que implica que todos los países tienen obligaciones compartidas a raíz de la degradación ambiental, pero las responsabilidades se deben distribuir en función de los aportes que hizo cada uno a dicha degradación (Lorenzetti y Lorenzetti, *op. cit.*, p. 22).

Respecto de estas últimas, hemos visto más arriba que se suele hacer hincapié en los graves perjuicios que sufrirán las personas jóvenes por los efectos del cambio climático a medida que avancen en su vida, al igual que las generaciones futuras, excluyéndose toda perspectiva de vejez. Sin embargo, las evidencias vertidas en este trabajo obligan a reconsiderar esta perspectiva de manera urgente.

La justicia, componente fundamental de una acción climática efectiva, puede adoptar múltiples formas. Entre ellas, la justicia distributiva, que conduce a tratar igualmente a quienes son iguales y desigualmente a quienes son desiguales, e implica repartir beneficios y cargas de manera proporcional entre las personas (Nino, 1993). El Derecho de la Vejez tiene una contribución importante que realizar en dicha tarea al exigir que las políticas climáticas no discriminen a las personas mayores, garantizando un apoyo proporcional al impacto que sufren y su inclusión en las estrategias destinadas a conjurar la emergencia climática.

XVII. Conclusiones

En orden a los objetivos planteados en este desarrollo, a modo conclusivo y teniendo en consideración los hallazgos habidos a lo largo del presente, podemos arribar a las siguientes reflexiones finales:

1.- Existe irrefutable y suficiente evidencia científica que acredita los efectos adversos del cambio climático sobre las personas mayores. Toda acción estatal debe basarse en estos conocimientos.

2.- La emergencia climática afecta múltiples derechos humanos de las personas mayores de manera desproporcionada, particularmente para quienes sufren formas interseccionales de discriminación.

3.- Las personas mayores han sido invisibilizadas frente a la crisis climática. Existen pocas investigaciones acerca de los impactos que esta provoca en sus vidas y derechos. Se las ha excluido de los procesos de toma de decisiones sobre esta problemática. Rara vez aparecen contempladas en los marcos ambientales

existentes. La falta de información desagregada por edad perpetúa este estado de invisibilidad.

4.- La percepción de que las personas mayores son las principales responsables del cambio implica una visión reduccionista y prejuiciosa, que no refleja la complejidad de las dinámicas de las emisiones de GEI. No obstante, algunas personas mayores con gran poder económico tienen mayor responsabilidad y posibilidades para accionar contra la crisis climática.

5.- El Derecho de la Vejez garantiza el derecho de las personas mayores a la participación activa en la vida comunitaria. Muchas de ellas tienen sabiduría, experiencia y valiosos conocimientos para afrontar la crisis climática. Por tanto, su rol no se debe limitar al de meras espectadoras, sino que es necesario facilitar su involucramiento efectivo en la toma de decisiones climáticas (tanto en políticas públicas como en iniciativas legislativas, e incluso en procesos judiciales). Esto fortalece la inclusión social de las personas mayores y aprovecha su experiencia en prácticas sostenibles.

6.- Resulta imperioso cuestionar el rol de las personas mayores como meras víctimas del cambio climático. Ellas también son agentes de cambio y están trabajando activamente para frenar la emergencia climática.

7.- Los estados tienen compromisos normativos suficientes que sustentan el deber de elaborar políticas públicas con perspectiva ambiental y de vejez, con un enfoque de derechos humanos, para contrarrestar los efectos adversos del cambio climático.

8.- La agenda ambiental ha sobrepasado los primigenios objetivos de conservación y preservación del ambiente, alcanzando actualmente una dimensión política, social, económica, sanitaria, tecnológica, financiera, etc. El enfoque de vejez se debe incorporar de manera transversal en todas esas dimensiones.

9.- El estudio del Derecho de la Vejez y del Derecho Ambiental constituye la clave de bóveda para acordar el ideal del valor de justicia que persigue el principio ético de la humanidad, que desea continuar cumpliendo años.

10. - El principio de equidad intergeneracional del Derecho Ambiental se debe leer en conjunto con el principio de solidaridad intergeneracional que nutre el Derecho de la Vejez, a fin de evitar que las personas mayores queden relegadas en los esfuerzos de adaptación al cambio climático.

11.- Se requiere de una justicia climática con perspectiva de vejez. Las nuevas demandas de justicia que plantea la longevidad en el contexto de la crisis climática global exigen que los actuales y futuros escenarios climáticos sean abordados teniendo en miras sus implicaciones para las personas mayores.

Referencias bibliográficas

- ASTORGA, Ignacio; SORIO, Rita y BAUHOFF, Sebastián (2023). *Salud y cambio climático: ¿cómo proteger la salud de las personas frente a la crisis climática?* BID.
- AYALON, Liat; KEATING, Norah; PILLEMER, Karl; RABHERU, Kiran (2021). Climate change and mental health of older persons: a human rights imperative. *The American Journal of Geriatric Psychiatry*, 29(10), 1038-1040.
- BÁRCENA, Alicia; SAMANIEGO, Joseluis; PERES, Wilson y ALATORRES, José Eduardo (2020). *La emergencia del cambio climático en América Latina y el Caribe: ¿seguimos esperando la catástrofe o pasamos a la acción?* CEPAL.
- BAROCELLI, Sergio Sebastián (2020). *La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumidor argentino*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- BARRA, Rodolfo Carlos (2024). *Capitalismo de Rostro Humano*. Segunda edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Ediciones RaP.
- BARRUTIABENGOA, Joxe Mari; BUDA, Gergely; CARVALHO, Vasco; CUBERO, Julián; HANSEN, Stephen; ORTIZ, Álvaro; Rodrigo, Tomasa y Rodríguez Mora, Sevi (2023). La desigualdad de la huella de carbono de los hogares españoles en alta definición y en tiempo real. BBVA Research.
- BENDLIN, Lena (2014). Women's human rights in a changing climate: highlighting the distributive effects of climate policies. *Cambridge Review of International Affairs*, 27(4), 680-698.
- BOFF, Leonardo (2017). *Sustentabilidad. La urgencia ante el grito de la tierra*. Buenos Aires: Editorial Santa María.

- BORRAS PENTINAT, Susana (2012). La justicia climática: entre la tutela y la fiscalización de las responsabilidades. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (XIII), 3-49.
- BROWN WEISS, Edith (1992). *Environmental change and International Law: new challenges and dimensions*. United Nations University Press.
- BUTLER, Robert (1969). Age-ism: another form of bigotry, *The Gerontologist*, N°9 (4), Winter, 243-246.
- CHEN, Kai *et al.* (2022). Impact of population aging on future temperature-related mortality at different global warming levels. *Nature Communications*, 15(1796).
- CORNER, Adam; ROBERTS, Olga; CHIARI, Sybille; VÖLLER, Sonja; MAYRHUBER, Elisabeth; MANDL, Silvia y MONSON, Kate (2015). How do young people engage with climate change? The role of knowledge, values, message framing, and trusted communicators. *WIREs Climate Change*, 6, 523-534.
- CRIPPA, Mónica *et al.* (2022). *CO2 emissions of all world countries – JRC/IEA/PBL 2022 Report*. Publications Office of the European Union.
- DABOVE, María Isolina (2014). La construcción judicial de la igualdad desde el Derecho de la Vejez. *Revista de Derecho de Familia*, V, 116-217.
- DABOVE, María Isolina (dir.). (2015). *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*. Buenos Aires: Astrea
- DABOVE, María Isolina (2018). *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*. Buenos Aires: Buenos Aires
- DABOVE, María Isolina (2024). ¿Somos todos vulnerables en la vejez? Aportes de la teoría del Derecho para la toma de decisiones judiciales. *Revista Derecho del Estado*, 59, 3-34.
- DABOVE, María Isolina y DI TULLIO BUDASSI, Rosana (2011). Familias multigeneracionales y derecho de alimentos en los geriátricos. Nuevos escenarios de responsabilidad jurídica familiar en la vejez. *Jurisprudencia argentina*, 3, 71-80.
- DABOVE CARAMUTO, María Isolina y PRUNOTTO LABORDE, Adolfo (2006). *Derecho de la Ansiedad. Perspectiva interdisciplinaria*. Juris.
- DATTANI, Saloni; RODÉS-GUIRAO, Lucas; RITCHIE, Hannah; ORTIZ-OSPINA, Esteban y ROSER, Max (2023). Life Expectancy. Our World in Data.
- DE BEAUVOIR, Simone (1970). *La vejez*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (VI), 513-549.

- EGGLETON, Tony (2013). *A short introduction to climate change*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FALCHETTA, G.; DE CIAN, E.; WING, I. S. & CARR, D. (2024). Global projections of heat exposure of older adults. *Nature Communications*, 15 (3678).
- GOLDSCHMIDT, Werner (1987). *Introducción filosófica al Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- HARARI, Yuval Noah (2016). *Homo Deus*. Buenos Aires: Debate.
- HARTINGER, Stella *et al.* (2023). The 2022 South America report of The Lancet Countdown on health and climate change: trust the science. Now that we know, we must act. *The Lancet Regional Health – Americas*, 20 (100470).
- KOWII, Ariruma (2009). “El Sumak Kawsay”, en HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis; GUILLÉN GARCÍA, Alejandro y DELEG GUAZHA, Nancy (eds.), *Sumak Kawsay Yuyay. Antología del Pensamiento Indigenista Ecuatoriano sobre Sumak Kawsay*, Centro de Investigación en Migraciones, Universidad de Huelva.
- LEFF, Enrique. (2009). Pensamiento ambiental latino-americano: patrimonio de un saber para la sustentabilidad.
- LIU, Wan; Luo, Zhechong; Xiao, De (2022). Age structure and carbon emission with climate-extended STIRPAT Model-A cross-country analysis. *Frontiers in Environmental Science*, 9, (719168).
- LONG, Yin; YOSHIDA, Yoshikuni; MENG, Jing; GUAN, Dabo; YAO, Liming y ZHANG, Haoran (2019). Unequal age-based household emission and its monthly variation embodied in energy consumption – A cases study of Tokyo, Japan. *Applied Energy*, 247, 350-362.
- LÓPEZ AGUILAR, Fernando (2021). Los episodios climáticos y las reorganizaciones culturales. Una mirada al Holoceno. *Cuicuilco Revista de Ciencias Antropológicas*, 28(80), 75-103.
- LORENZETTI, Ricardo (2021). *El nuevo enemigo. El colapso ambiental. Cómo evitarlo*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- LORENZETTI, Ricardo y LORENZETTI, Pablo (2018). *Derecho ambiental*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- LORENZETTI, Ricardo y LORENZETTI, Pablo (2021). *Justicia y Derecho Ambiental en las Américas*. Organización de los Estados Americanos.
- MAHLER, Claudia (2020). Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad. Los derechos humanos de las personas de edad: la falta de datos.

- MAHLER, Claudia (2023). Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad. Los derechos humanos de las personas mayores en el contexto de las catástrofes provocadas por el cambio climático.
- MARTÍN, Marco (2008). La teoría de las generaciones de Ortega y Gasset: una lectura del siglo XXI. *Tiempo y Espacio*, 17(20).
- MASLIN, M. (2021). *Climate change. A Very Short Introduction*. Oxford University Press.
- MONTALVÁN ZAMBRANO, Digno (2020). Antropocentrismo y ecocentrismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales* (23,46), 505-527.
- NINO, Carlos Santiago (1993). Justicia. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (14), 61-74.
- ORTEGA Y GASSET, José (1923). *El tema de nuestro tiempo*. Madrid: Editorial Calpe.
- PARDO BUENDÍA, Mercedes y LÓPEZ ORTEGA, Jordi. (2018). Justicia ambiental y justicia climática: el camino lento pero sin retorno, hacia el desarrollo sostenible justo. *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, (24), 83-100.
- PEARCE, Fred (2007). *With speed and violence. Why scientists fear tipping points in climate change*. Boston: Beacon Press Books.
- POORTINGA, Wouter; DEMSKI, Christina y STEENTJES, Katherine (2023). Generational differences in climate-related beliefs, risk perceptions and emotions in the UK. *Communications. Earth and environment*, 4, 229.
- POULAIN, Michel; HERM, Anne y PES, Gianni (2013). The Blue Zones: areas of exceptional longevity around the world. *Vienna Yearbook of Population Research*, 11, 87-108.
- RESTREPO, Ana María y MÉNDEZ, Bárbara (2021). ¡ESFUÉRCENSE MÁS!: Cómo los jóvenes activistas asesoran la acción climática en América Latina y el Caribe.
- RIVERA-OLMOS, Silvia; GÓMEZ-ESPINOSA, Catalina; VARGAS-IZQUIERDO, Clementina; TAPIA-ZAVALÁ, Anahí; GUADARRAMA-CRUZ, Francisco (2011). Cambio Climático Global a través del tiempo geológico. *Investigación Universitaria Multidisciplinaria*, 10(10).
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (2017). *Por un medio ambiente sano que promueva los derechos humanos en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

- ROMANELLO, Marina *et al.* (2022). The 2022 report of the Lancet Countdown on health and climate change: health at the mercy of fossil fuels. *The Lancet*, 400(10363), 1619 - 1654.
- ROSA, María Elisa (2014). Principio de equidad intergeneracional. ¿Sólo en beneficio del género humano? (Breves reflexiones sobre el Derecho Ambiental y el Derecho Animal). *Revista de derecho ambiental. Doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, 38, 37-45.
- ROY, Senjooti y AYALON, Liat (2023). Intergenerational relations in the climate movement: bridging the gap toward a common goal. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 20(1), 233.
- SALVAREZZA, Leopoldo. (1988). *Psicogeriatría. Teoría y clínica*. Buenos Aires: Paidós.
- SENN, Nicolas *et al.* (2022). *Santé et environnement vers une nouvelle approche globale*. RMS Editions, Chêne-Bourg.
- SNYDER, Francis (1995). "Soft Law and Institutional Practice in the European Community", en MARTIN, Stephen [ed.], *The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noël* (1a. ed.), Springer: 197-225.
- SS Francisco (2015). *Carta Encíclica Laudato Si' del Santo Padre Francisco Sobre El Cuidado de la Casa Común*. Libreria Editrice Vaticana.
- SULI, Solange; BARRIOPEDRO, David; GARCÍA HERRERA, Ricardo; RUSTICUCCI, Matilde Monica (2023). Regionalisation of heat waves in southern South America. *Elsevier. Weather and Climate Extremes*, 40(6), 1-14.
- THIERY, Wim; LANGE, Stefan; ROGELJ, Joeri; SCHLEUSSNER, Carl; GUDMUNDSSON, Lukas; SENEVIRATNE, Sonia; ANDRIJEVIC, Marina; FRIELER, Katja; EMANUEL, Kerry; GEIGER, Tobias; BRESCH, David; ZHAO, Fang; WILLNER, Sven; BÜCHNER, Matthias; VOLKHOLZ, Jan; BAUER, Nico; CHANG, Jinfeng; CIAIS, Philippe; DURY, Marie; WADA, Yoshihide (2021). Intergenerational inequities in exposure to climate extremes. *Science*, 374 (6465), 158-160.
- URQUIZA, Anahí y BILLI, Marco (2020). Seguridad hídrica y energética en América Latina y el Caribe: definición y aproximación territorial para el análisis de brechas y riesgos de la población.
- VERNET, Paula (2015). "La costumbre internacional", en S. González Napolitano [coord.]. *Lecciones de Derecho Internacional Público* (1a. ed, 91-110). Buenos Aires: Erreius.
- WHITE, Lynn (1967). The historical roots of our ecologic crises. *Science*, 155(3767), pp. 1203-1207.
- WOODWARD, John (2021). *Climate change*. DK London

- YANG, Ting y WANG, Qiang (2020). The nonlinear effect of population aging on carbon emission. Empirical analysis of ten selected provinces in China. *Science of The Total Environment*, 740(140057).
- YÁÑEZ-YÁÑEZ, Rodrigo y MC ARDLE DRAGUICEVIC, Nelson (2021). *Zonas azules: longevidad poblacional, un anhelo de la sociedad*. Revista Médica de Chile, 149(1), 147-148.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (epílogo de Bailone, Matías). (2011). *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ediciones Colihue.
- ZAGHENI, Emilio (2009). The Leverage of Demographic Dynamics on Carbon Dioxide Emissions: Does Age Structure Matter? *Demography*, 48, 371–399.

Documentos

- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (AGNU). (2022). *El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*. A/RES/76/300.
- BUENOS AIRES. (S.F.). *Plan Prevención del Calor*.
- CLIMATE RIGHTS DATABASE. (9 de abril de 2024). *Verein KlimaSeniorinnen et al. v. Switzerland*.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). (2022). *Envejecimiento en América Latina y el Caribe: inclusión y derechos de las personas mayores*.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). (2024). *Observatorio Demográfico América Latina y el Caribe 2024. Perspectivas poblacionales y cambios demográficos acelerados en el primer cuarto del siglo XXI en América Latina y el Caribe*.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). (2021). *Emergencia climática: alcance de las obligaciones interamericanas en materia de derechos humanos*. Resolución N° 3/2021.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). (2024). *Resolución sobre Movilidad Inducida por el Cambio Climático*. Resolución N° 2/2024.
- COMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS. (1994). *Debate de los dictámenes en mayoría y minoría de la Comisión de Redacción en los despachos originados en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías*. (Orden del Día N° 3).
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. (1987). *Nuestro futuro común*.

- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. (2018). *Recomendación General N° 37 sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático. Naciones Unidas.*
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS (CDHNU). (2021). *Estudio analítico sobre la promoción y protección de los derechos de las personas de edad en el contexto del cambio climático.*
- CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. (2013). *Programa de Adaptación al Cambio Climático.*
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). (2017). *Opinión Consultiva OC-23/17.*
- CRUZ ROJA ARGENTINA. (2024). *Calidad de vida de personas adultas mayores en Argentina 2024.*
- FERRE, JULIA. (17 de diciembre de 2024). *Pacto para el Futuro, enfoque intergeneracional, y el envejecimiento de la población.* Boletín Envejecimiento y Desarrollo N° 22. CEPAL.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO) (2024). *Hambre e inseguridad alimentaria.*
- GREENPEACE. (S.F.). *¿Sabías que la ganadería genera tantos gases de efecto invernadero como todos los coches, trenes, barcos y aviones juntos?*
- GREENPEACE MÉXICO. (26 de diciembre de 2020). *Huella de carbono: aprende a calcular tu impacto ambiental.*
- HELPAGE INTERNATIONAL. (2015). *El cambio climático en un mundo que envejece.*
- HELPAGE INTERNATIONAL. (2023). *Climate justice in an aging world. Discussion paper.*
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y Censos (INDEC). (2022). *Resultados del Censo 2022.*
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS (INDEC). (2023). *Dossier estadístico de personas mayores 2023 en conmemoración del 33º Día Internacional de las Personas de Edad Octubre de 2023.*
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). (2019). *Calentamiento global de 1.5 °C.*
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). (2021). *Cambio climático 2021: un resumen para todo el mundo.*
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). (2023a). *Climate Change 2022 – Impacts, Adaptation and Vulnerability: Working Group II*

- Contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge University Press.*
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). (2023b). *Climate change 2023. Synthesis Report. Summary for Policymakers.*
- LA NACIÓN. (6 de febrero de 2025). *Milei admitió ante un diario francés que analiza retirar a la Argentina del acuerdo de París.*
- MIGRATION DATA PORTAL. (29 de septiembre de 2023). *Older persons and migration.*
- MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. (2022). *Plan Nacional de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático.*
- NACIONES UNIDAS. (S.f.a). *Fast facts. What is climate change?*
- NACIONES UNIDAS. (S.f.b). *Qué es el cambio climático.*
- NACIONES UNIDAS. (S.f.c). *El agua: en el centro de la crisis climática.*
- NACIONES UNIDAS. (S.f.d). *La juventud en acción.*
- NACIONES UNIDAS. (8 de agosto de 2023). *¿En qué consiste el desarrollo sostenible?*
- NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION (NASA). (S.f.). *Do scientists agree on climate change?*
- NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION (NASA) (2024). *¿Qué es el efecto invernadero?*
- NATIONAL OCEANIC AND ATMOSPHERIC ADMINISTRATION. (8 de noviembre de 2024). *Climate change impacts.*
- NATIONAL INSTITUTE ON AGING. (24 de junio de 2024). *Clima frío y los adultos mayores.*
- NORTON ROSE FULBRIGHT. (2024). *European Court of Human Rights delivers ground-breaking climate change decision.*
- OBSERVATORIO HUMANITARIO DE CRUZ ROJA ARGENTINA. (2024). *Calidad de vida de personas adultas mayores en Argentina.*
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH). (2021a). *Estudio analítico sobre la promoción y protección de los derechos de las personas de edad en el contexto del cambio climático.* Res. A/HRC/47/46.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH). (2021b). *How climate change affects older persons.*

- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS). (2012). *Las personas mayores y los desastres*.
- ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL (OMM). (2024a). *State of the Climate in Latin America and the Caribbean 2023*.
- ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL (OMM). (2024b). *State of the Climate 2024 Update for COP29*.
- ORGANIZACIÓN METEOROLÓGICA MUNDIAL (OMM). (10 de enero de 2025). *La Organización Meteorológica Mundial confirma que 2024 fue el año más cálido jamás registrado al superar en cerca de 1,55 °C los niveles preindustriales*.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). (2019). *Década del envejecimiento saludable 2020-2030. Primer informe de progreso*. Marzo del 2019.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). (2022). *La década del envejecimiento saludable 2021-2030 en un mundo sometido al cambio climático*.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). (2024). *Envejecimiento y salud*.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU) - CEPAL (2015). *Euroclima - Medidas de adaptación y mitigación frente al cambio climático en América Latina y el Caribe. Una revisión general*. Luis Sánchez. Orlando Reyes.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2015). *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*. Naciones Unidas.
- OXFAM INTERNATIONAL. (2022). *Los milmillonarios del carbono*.
- OXFAM INTERNATIONAL. (2023). *Climate Equality: a planet for the 99%*.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS). (2021). *Olas de calor: Guía para acciones basadas en la salud*.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD). (2023). *El Diccionario Climático. Una guía práctica para el cambio climático*. Recuperado de: <https://bit.ly/40R2Z3S>
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA). (2016a). *Manual del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* (1985). Décima edición (2016).
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE (PNUMA). (2016b). *Manual del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la Capa de Ozono*. Décima edición (2016). PNUMA.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM (UNDP). (30 de junio de 2023). *Climate change is a matter of justice – here's why*.

- UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE Change (UNFCCC). (2006). *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*.
- UNITED NATIONS POPULATION DIVISION (2020). International Migrant Stock.
- UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA) y HELPAGE INTERNATIONAL. (2012). *Ageing in the Twenty-First Century: A Celebration and A Challenge*.
- UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (USEPA). (2016). *El cambio climático y la salud de los adultos mayores*.
- UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. (S.f.). *¿Qué es el Protocolo de Kyoto?*
- UNITED STATES GEOLOGICAL SURVEY (USGS). (28 de julio de 2022). *What is the difference between global warming and climate change?*
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. (2002). *Active aging: a policy framework. United Nations*.

Jurisprudencia

- ECHR. Grand Chamber. N° 39371/20. *Duarte Agostinho et al v. Portugal and 32 others*. 9 de abril de 2024.
- ECHR. Grand Chamber. N° 53600/20. *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*. 9 de abril de 2024.
- FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT. *BvR. 2656/18. Neubauer et al v. Germany*. 29 de abril de 2021.
- FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. VID 389 of 2021. *Sharma et al v. Minister for Environment*. 15 de marzo de 2022.
- SUPREME COURT OF THE STATE OF MONTANA. DA 23-0575. *Held et al v. State of Montana*. 18 de diciembre de 2024.
- UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. No.18-36082. *Juliana et al v. United States of America*. 17 de enero de 2020.

Artículos periodísticos

- BARDAN, Roxana (12 de enero de 2024). El análisis de la NASA confirma que 2023 fue el año más cálido registrado. *NASA News Release*.
- HERRING, David y LINDSEY, Rebecca (29 de octubre de 2020). Global warming frequently asked questions.
- HIBA, Jorgelina (1 de enero de 2024). Olas de calor sin precedente, el récord climático que rompió la Argentina durante 2023. *La Nación*.

- LEIJA, Lydia (1 de enero de 2024). ¡Feliz año 12, 024!: Qué es la era del holoceno, cuándo empezó y qué características tiene. *National Geographic en Español*.
- LORCA, Javier (13 de noviembre de 2024). Milei retira a la delegación argentina de la cumbre del clima COP29. *El País*.
- MATEU, Paula (24 de octubre de 2024). Estos son 20 conceptos clave del cambio climático que debes conocer. *National Geographic España*.
- MUÑIZ, Natalia (11 de abril de 2013). Los adultos mayores, un grupo vulnerable en catástrofes. *Diario Popular*.
- NEO, Gim Huay y JHA, Saroj Kumar (12 de octubre de 2023). Por qué la seguridad hídrica es nuestro desafío actual más urgente.
- PERFIL (3 de diciembre de 2024). ¿Quiénes son los argentinos más ricos según Forbes?
- POYNTING, Mark; RIVAULT, Erwan y DALE, Becky (10 de enero de 2025). 2024 first year to pass 1.5C global warming limit.
- SCHIFFMAN, Richard (30 de junio de 2022). La ansiedad por el cambio climático en los jóvenes: un problema creciente. *National Geographic*.
- SPAN, Paula (24 de mayo de 2019). Older people are contributing to climate change, and suffering from it. *The New York Times*.
- THAN, Ker (24 de septiembre de 2013). ¿Cuáles son las diferencias entre un huracán, un tifón y un ciclón? *National Geographic*.
- VEGA, Roberto Macedonio y Euronews en español (15 de noviembre de 2024). Más de la mitad de las víctimas de la DANA eran hombres y tenían más de 70 años). *Euronews*.

Abreviaturas

AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
CDHNU	Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIPDHPM	Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores
CN	Constitución Nacional
Convención Marco NUCC	Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
INDEC	Instituto Nacional de Estadística y Censos - Argentina

IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change
GEI	Gases de efecto invernadero
Marco de Hyogo	Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015
Marco de Sendai	Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030
OACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OC23	Opinión Consultiva N° 23 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
OEA	Organización de Estados Americanos
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMS	Organización Mundial de la Salud
OPS	Organización Panamericana de la Salud
Plan de Viena	Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento de 1982
Plan de Madrid	Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2002
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
SIDH	Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNFCCC	United Nations Framework Convention Change Climate
US EPA	United States Environmental Protection Agency

Los ecos de Weimar en Brasil: Francisco Campos y sus apropiaciones del pensamiento de Carl Schmitt

The echoes of Weimar in Brazil: Francisco Campos and his appropriations of Carl Schmitt's thought

 **Argemiro Cardoso Moreira Martins**

Universidad de Brasilia, Brasil
argemiromartins@gmail.com

 **Caio Henrique Lopes Ramiro**

Pontificia Universidad Católica de Paraná, Brasil
caioramiro@yahoo.com.br

Resumen: El objetivo principal de este trabajo es analizar la hipótesis de recepción de las ideas constitucionales y autoritarias de Carl Schmitt en Brasil a través de la obra de Francisco Campos. Campos fue un atento estudiante de la obra de Carl Schmitt y adoptó sus ideas de una manera original. La hipótesis de trabajo es que se trató de una apropiación crítica con el objetivo de pensar en los problemas del Brasil de su tiempo y que, en cierta medida, se proyectaría hacia el futuro político y constitucional del país. Así, el drama político que se vivió en la República de Weimar marcó la experiencia constitucional occidental de la primera mitad del siglo XX y también encontró eco en Brasil.

Palabras clave: CARL SCHMITT; FRANCISCO CAMPOS; PRIMERA REPÚBLICA BRASILEÑA; REPÚBLICA DE WEIMAR; TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN.

Abstract: The main objective of this work, based on a bibliographical review and a structural interpretation of texts by the reference author, is to analyze the reception of Carl Schmitt's constitutional and authoritarian ideas in Brazil through the work of Francisco Campos. Campos, an attentive student of Carl Schmitt's work, appropriated his ideas in an original and critical manner. The working hypothesis is that this appropriation was critical, aimed at addressing Brazil's issues at the time, and, to some extent, projected onto the country's political and

constitutional future. Consequently, the political drama experienced in the Weimar Republic not only shaped the Western constitutional experience of the first half of the 20th century but also resonated in Brazil.

Keywords: CARL SCHMITT; FRANCISCO CAMPOS; FIRST BRAZILIAN REPUBLIC; WEIMAR REPUBLIC; CONSTITUCIONAL THEORY.

Fecha de recepción: 08/08/2024

Fecha de aceptación: 26/03/2025

Identificador doi: 10.62169/rg.i34.1022



Los ecos de Weimar en Brasil: Francisco Campos y sus apropiaciones del pensamiento de Carl Schmitt

Argemiro Cardoso Moreira Martins y Caio Henrique Lopes Ramiro

I. Introducción

Este artículo analiza la recepción de las ideas constitucionales y autoritarias de Carl Schmitt en Brasil a través de la obra de Francisco Campos, principal responsable de la redacción de la Constitución brasileña de 1937, que ocupó el cargo de Ministro de Justicia durante la dictadura de Getúlio Vargas, conocida como "Estado Novo" (1937-1945). Campos fue un atento estudioso de la obra de Carl Schmitt y se apropió de sus ideas de una manera original. Una apropiación crítica con miras a pensar en los problemas del Brasil de su tiempo y que, en alguna medida, se proyectaría hacia el futuro político y constitucional del país. En efecto, algunas de las leyes que aún están vigentes en Brasil se remontan a la obra de Francisco Campos, como el Código Penal (1940) y el Código de Procedimiento Penal (1941).

El drama político que vivió la República de Weimar y que marcó la experiencia constitucional occidental de la primera mitad del siglo XX también encontró eco en Brasil. Al igual que Schmitt, Campos defendió la idea de un gobierno dictatorial como la solución a la crisis del modelo político liberal que colapsó después de la Primera Guerra Mundial, tanto en Alemania como en Brasil.

Para dar cuenta de esto, se presentan inicialmente algunas notas sobre la historia constitucional de Brasil, en las que se destacan las experiencias autocráticas nacionales desde el punto de vista de su organización jurídica, tanto

en el período del Imperio como en el de la República. A continuación, se despliega una breve nota biográfica de Francisco Campos, en la que se destaca su importante papel en la conformación de la dictadura de Getúlio Vargas, así como sus afinidades teóricas con Carl Schmitt. También se describe la influencia de otro jurista de Weimar en Brasil, Hans Kelsen, cuyo antagonismo con las ideas de Schmitt y las propuestas de Francisco Campos es notorio. Al final, se enuncian las conclusiones sobre el tema que permite esta investigación.

II. Las experiencias autocráticas en el Brasil imperial y republicano: desde el poder moderador del Emperador hasta el estado de sitio y la intervención federal presidencial

La evolución política y constitucional brasileña no se presenta como un proceso sencillo. A diferencia de la mayoría de los otros países de América, Brasil surgió como una nación independiente en 1822, tomando la forma de una monarquía parlamentaria y constitucional. Esta afirmación acompaña, en cierta medida, la reflexión de Paulo Bonavides, cuando dice que Brasil se puede considerar como un país constitucional pero con muchas peculiaridades y accidentes en el camino. Fueron innumerables los obstáculos creados por la resistencia de intereses comprometidos con la garantía permanente del *status quo* de dominación y desigualdad. El naciente constitucionalismo brasileño heredó los vicios del modelo constitucional del absolutismo europeo y de la sociedad esclavista (Bonavides, 2000, p. 155). Al considerar que el constitucionalismo europeo se basaba en la lucha y la oposición al absolutismo, Bonavides dice que:

“Nuestro constitucionalismo, en cambio, surgió sobre las ruinas sociales del colonialismo, heredando sus vicios y defectos, y al mismo tiempo, en la promiscuidad con la esclavitud que se trajo del interior de África y con el

absolutismo europeo, que tuvo la hibridez de las Braganças y las Cortes de Lisboa, que debieron ser el brazo de la libertad y sin embargo fueron para nosotros contradictoriamente el órgano que conjuró nuestra recaída en la dominación colonial” (Bonavides, 2000, p. 156).

En este sentido, Bonavides identifica que el constitucionalismo brasileño no tiene precisamente autonomía en su origen, ya que estuvo vinculado a los acontecimientos políticos que tuvieron lugar en su antigua metrópoli, Portugal (Bonavides, 2000, p. 158). Sin embargo, Brasil y su trayectoria constitucional se presentan con cierta singularidad en el contexto latinoamericano, no sólo porque la corte de Portugal se estableció en el territorio de la colonia, sino también por el hecho de que en el resto de América del Sur:

(...) “los constituyentes fundaron repúblicas; aquí, en esta parte del continente, la Asamblea Constituyente no pudo cumplir su tarea, disuelta como estaba por el Golpe de Estado de 1823. Sólo existió la metamorfosis de una monarquía absoluta en una monarquía constitucional” (Bonavides, 2000, p. 166).

Carl Schmitt menciona la primera Constitución del Imperio de Brasil de 1824 en su *Der Hüter der Verfassung* (El guardián de la Constitución). El interés de Schmitt se centra en examinar el concepto de poder neutral. Para ello, Schmitt analiza la historia constitucional del siglo XIX, especialmente la teoría de Benjamin Constant, que para el filósofo alemán es parte esencial de "la teoría constitucional del estado civil de derecho" y que influyó en las constituciones de Brasil (1824) y Portugal (1826) que mencionan el poder moderador de manera literal (Schmitt, 2007) ambos otorgados por la misma persona, Dom Pedro I de Brasil y IV de Portugal. De esta manera, se puede ver que el concepto de poder neutral -utilizado por Carl Schmitt en el debate weimariano sobre el guardián de la Constitución- remite a la experiencia constitucional brasileña, que no era desconocida para el controvertido jurista alemán.

En el período imperial, Bonavides menciona la distorsión de la idea institucional de un poder moderador, un concepto importado del universo constitucional francés y trabajado por pensadores y juristas como Clemond Ferrand y Benjamin Constant. Es interesante notar que la distorsión del concepto de poder moderador permitió que Brasil experimentara su primer tipo de "dictadura constitucional" (Bonavides, 2000, p. 167). Al respecto, Lynch y Souza Neto afirman:

“Este modelo político, caracterizado por un gobierno parlamentario y unitario, bajo la tutela de la Corona, se justificaba con dos argumentos básicos. El primero reclamaba la preeminencia democrática del Emperador: su aclamación popular, antes de que se convocara la Asamblea Constituyente de 1823, lo había convertido a él, y no de representación parlamentaria, en el intérprete privilegiado de la voluntad nacional” (Lynch; Souza Neto, 2012, p. 89).

Así, durante el largo período de la Constitución Imperial (1824-1889), sería posible constatar el advenimiento de una especie de “dictadura constitucional” operada por la adaptación del poder moderador a la realidad brasileña (Bonavides, 2000). La Constitución de 1824 es clara al establecer que “El Poder Moderador es la clave de toda organización política, y se delega privadamente en el Emperador, como Jefe Supremo de la Nación, y su Primer Representante” (Art. 98). Además, la “Persona del Emperador es inviolable y sagrada: no está sujeta a ninguna responsabilidad” (Art.99)” (Campanhole, 1983, p. 642). Se puede observar que el documento constitucional concentró poderes en la figura del Emperador, lo que configuró una distorsión del significado conceptual del instituto establecido por Benjamin Constant. En lugar de servir como una fórmula constitucional para la neutralización política del monarca, el poder moderador en Brasil sirvió como un instrumento para justificar la interferencia del Emperador en el gobierno de la nación. Aunque es discutible utilizar el concepto republicano de “dictadura” para

designar el gobierno del emperador en una monarquía constitucional, el poder moderador introdujo un importante elemento autocrático en la historia constitucional brasileña.

El Imperio de Brasil no se resistió a la abolición de la esclavitud, que ocurrió a finales de 1888. El movimiento republicano que existió durante el reinado de Don Pedro II llegó al poder tras el golpe militar del mariscal Deodoro da Fonseca, viejo monárquico y veterano de la guerra contra el Paraguay, quien proclamó la República en 1889 (Saraiva, 1995). A esto le siguió la creación de la Constitución Republicana de 1891, claramente inspirada en los Estados Unidos, que introdujo el presidencialismo, el federalismo y la tripartición de poderes en Brasil, abandonando la fórmula de moderar el poder. Según Lynch y Souza Neto, para los entusiastas de la República, el nuevo documento constitucional “preparó al país para una era de verdadera democracia, grandeza y prosperidad, que nos asoció definitivamente al movimiento del continente americano” (Lynch; Souza Neto, 2012, p. 87).

La Constitución fue, en gran medida, obra de Rui Barbosa, eminente político y jurista liberal que buscó inspiración para el modelo constitucional brasileño en los Estados Unidos. Su intención era abolir el centralismo imperial con la adopción del federalismo y del presidencialismo. Lo cual sucedió, pero no sin tensiones y desacuerdos. Parte del pensamiento constitucional de la época, en términos generales, afirmaba que Barbosa intentó trasplantar la Constitución de Estados Unidos a Brasil, lo que configuraría un cierto tipo de “idealismo constitucional” en la expresión de uno de los mayores críticos del liberalismo brasileño, Oliveira Vianna (1939). Para otro importante crítico de la Constitución de 1891, Alberto Torres, era posible afirmar que el documento constitucional garantizaba, de manera razonablemente suficiente, la unidad nacional, sin embargo, “esta es la verdad constitucional, pero no es la realidad política. En el terreno de los hechos, la

práctica del régimen invirtió la jerarquía de las instituciones: la hegemonía política pertenece a los Estados y no a la Unión” (Torres, 1982, p. 72). Para Oliveira Viana, el problema fundamental de Brasil concierne a la cuestión de la organización democrática y esta última “ha sido mal planteada, es porque ha sido planteada a la manera inglesa, a la francesa, a la americana; pero no a la manera brasileña” (Viana, 1939, p. XIV).

La vigencia de la primera Constitución republicana brasileña (1891-1930) estuvo marcada por luchas políticas, revueltas armadas y guerras civiles. Los presidentes eran elegidos en un sistema electoral notoriamente fraudulento gracias a un acuerdo político entre los gobernadores de los estados, especialmente los más poderosos. Lo único que les quedaba a las facciones regionales, alejadas del poder político local, era recurrir a las armas ante el corrupto sistema electoral de la Constitución de 1891. En este contexto, la oligarquía cafetalera, especialmente en el estado de São Paulo, se impone a los intereses del resto del país y, según Celso Furtado, busca compensar las pérdidas sufridas por el café en el escenario internacional con la intervención del Estado brasileño (Furtado, 2000).

El nacimiento mismo de la República fue turbulento. Después de intentar disolver el parlamento, el primer presidente de la naciente República, el mariscal Deodoro, se vio obligado a pedir la renuncia en 1891. En su lugar, el vicepresidente fue reemplazado por otro veterano de la guerra contra Paraguay, Floriano Peixoto, quien enfrentó dos guerras civiles, una en el sur del país (1893-1895) y otra en la propia capital, en ese momento, Río de Janeiro (1893-1894). Además, hubo verdaderas revueltas populares urbanas como la Revuelta de las Vacunas (1904) y la Revuelta del látigo (1910), ambas ocurridas en Río de Janeiro. Además de las revueltas campesinas populares de inspiración mesiánica, como las guerras de Canudos, en Bahía (1896-1897), y el Contestado en el sur de Brasil (1912-1916).

El período de la década de los años 20 fue aún más turbulento en términos de revueltas militares y desacuerdos entre las oligarquías, constituyendo así “el escenario para la desintegración de este pacto político” (Bonavides Y Andrade, 1990, p. 254). El año 1922 estuvo marcado más por la Revuelta de los Tenientes del Fuerte de Copacabana que por las celebraciones del centenario de la independencia del país. En 1923 estalló la revuelta de las facciones opositoras al gobierno del Estado de Rio Grande do Sul y, en 1924, estalló con más violencia la revuelta de los lugartenientes en la ciudad de São Paulo y en el sur del país. A pesar de la derrota de los jóvenes oficiales del ejército, los rebeldes llevaron a cabo una larga marcha militar conocida como la Columna Prestes - llamada así por su comandante, Luís Carlos Prestes- que mantuvo vivo el movimiento guerrillero por el interior de Brasil entre 1924 y 1927. Como resultado, los mecanismos constitucionales de excepción, como el estado de sitio y la intervención federal, se han convertido en “rutina institucional como instrumentos de gobierno, justificados por la necesidad de preservar el orden frente a la demagogia y la subversión” (Lynch y Souza Neto, 2012, p. 120).

La reacción del Estado brasileño a la crisis de la década de 1920 permite una primera aproximación al contexto político de la República de Weimar, ya que en ambos escenarios se utilizó el expediente del Estado de excepción como forma de hacer frente a la grave crisis política y social (Martins, 1996; Fulbrook, 2012; Kennedy, 2012; Vita, 2014). Al igual que en la Alemania de Weimar, en Brasil, el resultado será una dictadura.

III. Francisco Campos y la dictadura de Getúlio Vargas

En lo que sigue nos ocuparemos de la trayectoria de Francisco Luís da Silva Campos (1891-1968), con el fin de comprender mejor su acción política y sus

supuestos teóricos. Si bien es correcto asociar su pensamiento con el autoritarismo, es necesario evitar una lectura reduccionista y simplista del fenómeno. La historiografía jurídica percibe y destaca la filiación de Francisco Campos al pensamiento autoritario (Gargarella, 2014; 2016; Fausto, 2001; Medeiros, 1978; Lamounier, 1990; Lima Lopes, 2009). Esta caracterización se hace de manera muy inmediata y hasta automática, en vista del carácter autoritario de la Constitución de 1937 y de sus escritos en defensa de la dictadura de Getúlio Vargas. Sin embargo, el autoritarismo es un concepto amplio y complejo que tiene una serie de matices. Campos fue un lector de Schmitt, incorporando muchas de las ideas del jurista alemán. Sin embargo, esto no convierte a Campos en un mero seguidor de Schmitt en los trópicos. La personalidad intelectual de Francisco Campos es más maleable y más compleja de lo que podría sugerir este tipo de caracterización (Seelander; Castro, 2010; Capanema, 1969). Al igual que Schmitt, Campos fue un jurista controvertido y polémico, al punto de que el carácter autoritario de su pensamiento lo colocó en la lista de autores malditos que fueron condenados al ostracismo (Castelo Branco, 2014).

Francisco Campos provenía de una familia católica tradicional de la ciudad de Dores do Indaiá, ubicada en el oeste del estado de Minas Gerais. Gustavo Capanema ha advertido que “la biografía de Francisco Campos se tejerá a partir de estos dos elementos: la carrera jurídica y la carrera política, siempre entrelazadas, influyendo una sobre la otra y ninguna de ellas abandonada jamás” (Capanema, 1969, p. 6). Además de ser profesor universitario en la Facultad Libre de Derecho de Minas Gerais (actualmente Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais) y, más tarde, en la Facultad de Derecho de Brasil (actualmente Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro), también fue lo que se puede llamar un hombre de acción. Al respecto, Paulo Bonavides señala que:

201

“Comenzó su carrera política en el estado de Minas Gerais, siendo elegido diputado estatal en 1917. Cuatro años más tarde, en 1921, fue miembro de la representación federal de Minas Gerais en la Cámara de Diputados durante los gobiernos de Epitácio Pessoa y Artur Bernardes. Luego marcó su paso por el Congreso con demostraciones de talento y cultura jurídica, lo que más tarde le valdría el apodo de "Chico Ciência", tal era la inmensidad de conocimientos patentados en las diferentes esferas de actividad donde su inteligencia había sido privilegiada. En 1927 su principal campo de acción era Minas Gerais. Secretario de Educación, impulsó, en el ámbito de la educación primaria y normal, una profunda reforma pedagógica, coronando su nombre con la reputación de ser un profundo conocedor de los problemas educativos. Pero no rehuyó la política, que, en los años inmediatamente anteriores a 1930, lo atrajo al movimiento de ideas y renovación contenido en el programa y la campaña de la Alianza Liberal. Ejerciendo las funciones de Secretario del Interior de Minas Gerais, desempeñó un papel de vanguardia en su estado, en 1930, en la conducción de aquella cruzada política y cívica, que finalmente salió victoriosa, con la deposición del presidente Washington Luís” (Bonavides, 1979, pp. xxviii/xxix).

El diputado por Minas Gerais Francisco Campos, en sus intervenciones en la Cámara de Diputados, no dudó en oponerse a los movimientos de rebelión que devastaron a Brasil en los años 20 del siglo XX, denunciando la crisis generada por las revueltas, así como su inconstitucionalidad. En un discurso pronunciado el 7 de julio de 1922, afirmó que “lo que los disidentes, en última instancia, esperaban lograr en el país, no era la revolución democrática a través de procesos legales y morales, sino la revolución inconstitucional, a través de los procesos materiales de violencia” (Campos, 1979, p. 62). Campos critica a los representantes de Rio Grande do Sul por su ausencia en la votación sobre el estado de sitio. Campos afirmó que “no se explica que, en la votación del estado de sitio, un representante de la Nación no esté aquí para votar a favor o para protestar contra él. Para votarlo,

se entiende que de él depende la salvación nacional” (Campos, 1979, p. 66). Es evidente que Campos caracterizó el momento como crítico, como una situación límite que requiere la intervención de la autoridad para salvaguardar el orden.

En otro discurso en la Cámara de Diputados, el 31 de julio de 1924, Campos defendió una vez más el gobierno del presidente Arthur Bernardes y justificó el estado de sitio en Bahía. En la opinión de Francisco Campos, la Constitución de 1891 “estableció el estado de sitio del imperio excepcional, resultante del estado de sitio” (Campos, 1979, p. 79). De esta manera, el documento constitucional perfila normativamente el estado de sitio en un sentido que concierne a la suspensión de las garantías constitucionales, por lo tanto, “el estado de sitio es una medida preventiva de tal orden, por su carácter excepcional como medida urgente y de pronta e inmediata ejecución” (Campos, 1979, p.79).

En estos pronunciamientos parlamentarios, es posible constatar que el joven diputado Francisco Campos ya se presenta como un defensor del Estado, de la autoridad y del orden. A su entender, las medidas excepcionales están justificadas cuando “la libertad individual fue tan groseramente socavada por los intereses supremos del orden” (Campos, 1979, p. 82). Así, el concepto de crisis se presenta como una referencia importante para examinar la década de los 30 en Brasil y la fuerte influencia y presencia política de Francisco Campos en el período posterior a la Revolución de 1930.

Thomas Skidmore entiende la Revolución de 1930 como una conspiración dirigida por Getúlio Vargas y con la participación de los gobernadores de Rio Grande do Sul, Minas Gerais y los “estados rebeldes del nordeste” (Skidmore, 1998, p. 154) que pretendían y lograban tomar el poder con un programa que contenía críticas a la Primera República (1891-1930) y a su régimen político oligárquico fraccionado por luchas internas y corroído por el fraude electoral (Skidmore, 1998). De esta manera, defendían “la renovación de las costumbres políticas, cuyo

objetivo principal era el establecimiento de la verdad electoral” (Bonavides, 2000, p. 172). Para Skidmore, sin embargo, la revolución desde arriba auspiciada por la llamada Alianza Liberal hizo poco para cambiar la realidad de la mayoría de los brasileños, porque “Brasil seguía siendo un país en el que terratenientes, comerciantes, industrias y banqueros controlaban el poder” (Skidmore, 1998, p. 155).

Para Francisco Campos, la Revolución de 1930 fue una obra densa de la política, es decir, “fue capturada por la política” (Campos, 2001a, p. 41), sin embargo, sufrió la resistencia de los viejos engranajes de poder de la Primera República, por lo tanto, “fue arrastrada a ellos a través de las insidiosas maniobras de quienes tenían interés en desvirtuarla y reducirla a la impotencia” (Campos, 2001a, p. 41). En opinión del filósofo del derecho de Minas Gerais, la política de la vieja República ya se había instalado en el poder, aunque la percepción de los líderes de la Revolución fue tardía, lo que se puede verificar por la reconstitucionalización del país y evidenciado por la aparición del documento constitucional de 1934 (Campos, 2001a).

Francisco Campos ocupó, como se mencionó, importantes cargos desde la cátedra de la Facultad Libre de Derecho de Minas Gerais (1917), pasando por la Asamblea Legislativa de Minas Gerais (1917-1921), a partir de entonces la Cámara Federal (1922-1926) y, posteriormente, nombrado Secretario del Interior de Minas Gerais en el gobierno de Antônio Carlos (1926-1930) (Medeiros, 1978; Seelander; Castro, 2010). Después de la Revolución de 1930, “Francisco Campos fue un hombre de toda la confianza política del presidente Getúlio Vargas” (Bonavides, 1979, p. xxix) con el cual ocupó cargos en el gobierno federal como Ministro de Educación y Salud Pública (1930-1932), Ministro de Justicia durante tres períodos, a saber, 6/12-26/12/1930; 4/3-17/09/1932 y 9/11/1937-

17/7/1942 y, además, se desempeñó como Consejero General de la República (1933-1935) (Seelander, Castro, 2010; Medeiros, 1978).

A partir de estas líneas biográficas, es posible señalar que el filósofo del derecho de Minas Gerais fue un pensador, pero también un hombre de acción y un “defensor convencido del orden” (Medeiros, 1978, p. 10), así como un “reformador de las instituciones jurídicas” (Medeiros, 1978, p. 18). Por lo tanto, fue una importante figura política que sería reconocida como “el cerebro legal del llamado Estado Novo” (Bonavides, 1979, p. xxix).

Francisco Campos, al igual que Carl Schmitt, tenía un profundo interés por el tema de la Dictadura. Campos, sin embargo, no propuso una sistematización en términos teóricos de la cuestión del estado de excepción. El interés de Francisco Campos estaba más fuertemente ligado a pensar la dictadura como una forma jurídica que, en última instancia, sirve para fundar un orden político en Brasil capaz de gobernar a las masas (Campos, 2001a; 2001b). Francisco Campos fue uno de los protagonistas del golpe de Estado de 1937, que inauguró la dictadura del Estado Novo en el país, vigente entre 1937 y 1945, lo que se evidencia en el hecho de que fue el principal redactor de la Constitución dictatorial de 1937. Sin embargo, su influencia se produjo no sólo como intelectual, sino también como articulador político (Medeiros, 1978; Bonavides, 1996).

Sería un error pensar que la influencia del pensamiento constitucional de Weimar en Brasil se redujo a la recepción de Carl Schmitt por parte de Francisco Campos. Después de la Constitución republicana de 1891 y antes de la Constitución autoritaria de 1937, Brasil experimentó una Constitución diferente que reconocía los derechos sociales y postulaba un gobierno democrático y representativo. La breve Constitución de 1934 contó con la participación puntual e inusual de otro notable jurista de Weimar, Hans Kelsen.

IV. La Asamblea Constituyente de 1933-1934 y la influencia de Weimar: Hans Kelsen llega a los trópicos

Bajo la primera Constitución republicana de Brasil de 1891, la cuestión social o los derechos sociales era más bien “un caso policial”, en palabras del presidente Washington Luís, quien fue derrocado por la Revolución de 1930 (Saraiva, 1995, p. 63). Existe un consenso dentro de la historiografía constitucional brasileña sobre la influencia de la Constitución de Weimar en la formación del documento constitucional brasileño de 1934 (Bonavides, 2000; Franco, 1982, p. 125), especialmente en lo que se refiere a la inauguración de los derechos sociales en el constitucionalismo brasileño, un cambio significativo que pretendía una ruptura con el pasado. Según Gustavo Siqueira:

“En 1932, el nombre de Kelsen ya se mencionaba en Brasil como uno de los redactores de la Constitución austriaca y uno de los teóricos del Estado de Derecho. Gustavo Capanema, por ejemplo, abogado e importante político del momento, presidente del Estado de Minas Gerais en 1933, ministro de Educación en 1934, cita a Kelsen en 1932 en varios artículos publicados en periódicos” (2015, pp. 353-354).

Ya en 1933, el nombre de Hans Kelsen fue mencionado en el periódico *Correio da Manhã* como el mayor constitucionalista contemporáneo (Siqueira, 2015, p. 354), lo que habla de la presencia de sus ideas en Brasil, y explica la consulta que se le hizo a Kelsen con motivo del proceso constituyente iniciado el mismo año. En efecto, el filósofo vienés, que contribuyó en gran medida al debate constitucional de la República de Weimar, ofreció una opinión a la Asamblea Nacional Constituyente brasileña de 1933. A pedido de los juristas Flávio da Silveira y Romam Poznansk, Kelsen examinó el decreto que estableció la Asamblea Constituyente, a saber: Decreto N° 22.621, del 7 de abril de 1933 (Losano, 2016). Las preguntas que se le hicieron a Hans Kelsen (2016) fueron:

Pregunta I: El Gobierno Provisional, mediante Decreto 22.621 del 7 de abril de 1933, determinó el Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente. 1. ¿Tiene derecho el Gobierno Provisional, que es un gobierno de hecho, originado en una revolución, a imponer un reglamento a la Asamblea Nacional Constituyente? 2. El hecho de que el Gobierno Provisional impusiera un reglamento a la Asamblea Nacional Constituyente, ¿no representa una ofensa a la soberanía de dicha Asamblea, que por definición, siendo una asamblea constituyente, es soberana? 3. ¿Es este reglamento jurídicamente vinculante para la Asamblea Nacional Constituyente, y no puede ésta rechazar el reglamento y adoptar uno elaborado por ella?

Pregunta II: El reglamento del Gobierno Provisional en sus artículos. Los artículos 101 y 102 (Disposiciones generales) limitan la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente al prohibirle que debata y vote cualquier “proyecto de ley”. La Asamblea Nacional Constituyente sólo se ocupará de los asuntos relativos a la redacción de la Constitución, la elección del Presidente de la República y la aprobación de los actos del Gobierno Provisional. 1. ¿No constituye la limitación de la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente una nueva ofensa a la soberanía de dicha Asamblea? 2. La elección del Presidente de la República, prevista en el Reglamento, ¿no prejuzga la adopción obligatoria por la Asamblea Nacional Constituyente del régimen “republicano”, un nuevo régimen impuesto por el Gobierno Provisional? ¿No representa esta imposición una nueva ofensa a la soberanía de la Asamblea Nacional Constituyente?

Pregunta III: El artículo 14 del mismo decreto, que establece la forma del compromiso que deben asumir los diputados ante la Asamblea Nacional Constituyente, contiene el compromiso de observar la Constitución “Federal” que se apruebe. 1. ¿No prejuzga la expresión Constitución “Federal” la adopción obligatoria por la Asamblea del régimen “federativo”? 2. ¿No representa la

imposición del régimen federativo una nueva ofensa a la soberanía de la Asamblea?

Pregunta IV: Un Gobierno Provisional, originado en una revolución, que no tenía por objeto la institución de un régimen dictatorial “permanente”, al haber convocado la Asamblea Nacional Constituyente, ¿no ha transmitido por esta circunstancia la plenitud de sus poderes a dicha Asamblea, que se convertirá así en soberana?

Pregunta V: Con la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, ¿puede el Gobierno Provisional seguir conservando los poderes dictatoriales que había conquistado mediante la revolución victoriosa?

Al parecer, “se trataba de una opinión privada, es decir, científica, y no de una opinión solicitada por un Estado o una institución política” (Losano, 2016, p. 630). Así, Hans Kelsen aborda la cuestión desde el método positivista y descriptivo, es decir, el examen de la cuestión se realizará dentro de un riguroso marco epistemológico de apoyo, tal y como se presenta en sus trabajos sobre la teoría del derecho (Kelsen, 1990; 1991; 2016; Chahrur, 2017), con el fin de describir bien las facultades que tiene la asamblea constituyente, considerando lo que se le planteó como objeto de consulta (Kelsen, 2016).

En un breve resumen, Hans Kelsen argumenta que las respuestas a las preguntas se llevarán a cabo desde el punto de vista jurídico-positivo, tomando así como premisa normativa el propio decreto mencionado, ya que su promulgación no implica una limitación de la soberanía de la asamblea constituyente, ya que “el concepto de soberanía en sentido estricto no está, en modo alguno, presente en el ámbito del derecho positivo” (Kelsen, 2016, p. 639). Kelsen explica que no existe una diferencia sustancial entre el gobierno de hecho y el de jure en el ámbito del derecho internacional y del derecho constitucional (Kelsen, 2016). Así, en lo que respecta a la Asamblea Nacional Constituyente, la pregunta a observar sería si

“tiene la característica de un órgano originario y supremo competente para legislar, y si su competencia legislativa es limitada” (Kelsen, 2016, p. 239).

Sin embargo, tal condición solo se daría “si la propia Asamblea Constituyente se deriva directamente de la revolución” (Kelsen, 2016, p. 239), lo que no ocurre en el caso brasileño en el contexto de 1933, por lo tanto, “la existencia legal y la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente se basan en el Decreto del 7 de abril de 1933. Por lo tanto, se trata de un órgano legalmente instituido por otro órgano” (Kelsen, 2016, p. 640), y “el hecho de que se llame 'Asamblea Nacional Constituyente'” (Kelsen, 2016, p. 640) es irrelevante.

En este sentido, el Decreto 22.621 es el marco normativo para la actuación de la Asamblea Constituyente, ya que le impone obligaciones funcionales, en particular la atribución de su competencia (Kelsen, 2016). Por lo tanto, “la llamada 'Asamblea Nacional Constituyente' no puede instituir normas constitucionales, sino sólo seguir normas constitucionales. Si viola las prescripciones del decreto, viola la constitución vigente” (Kelsen, 2016, p. 640). Por lo tanto, la norma fundamental está plasmada en el decreto del 7 de abril de 1933, que asigna competencia a la Asamblea Constituyente. Kelsen también señala que los poderes de un gobierno nacido de la revolución no pueden deducirse por medio del derecho positivo, sino más bien “de los fines políticos originalmente perseguidos por un movimiento revolucionario” (Kelsen, 2016, p. 642).

Por último, a la hora de definir el gobierno como provisional (1930-1933), en opinión de Kelsen, sólo se evidencia su aspecto político y no jurídico. En cuanto a sus poderes, un gobierno surgido de la revolución ostenta la plenitud de poderes que ésta atribuye al gobierno que se instituirá (Kelsen, 2016).

Teniendo en cuenta la presencia intelectual de Hans Kelsen en el contexto de la Constitución de 1934, es posible intuir que el filósofo jurídico vienés será uno de los autores considerados por Francisco Campos en su análisis de este proceso

constituyente. Para Campos, el papel de la Constitución de 1934 era sabotear la marcha revolucionaria, ya que “frustraba a la Revolución de su oportunidad, canalizando sus impulsos por los mismos cauces que había pretendido romper e inutilizar” (Campos, 2001a, p. 41). Francisco Campos hace estas observaciones en “La política y nuestro tiempo”, una conferencia pronunciada en 1935. Sin embargo, al leer y examinar las teorías de los juristas extranjeros, Campos no siempre anuncia con quién está entablando su “diálogo”. Sin embargo, teniendo en cuenta su acceso a los autores de Weimar, gracias a su conocimiento de la lengua alemana, no parece arbitrario asumir que conociera la opinión escrita por Hans Kelsen.

V. Campos y Schmitt, un enfoque teórico-constitucional

El período en el que Francisco Campos ofreció su apreciación de la revolución de 1930 se califica como un tiempo de transición. En este sentido, es importante considerar que esta caracterización se acerca a otra que, desde hace algún tiempo, presenta los escenarios políticos y económicos de Brasil como en situación de crisis. Desde una perspectiva histórica, el concepto de crisis aparece entre los griegos en la meditación de Hipócrates, que se sitúa en términos médicos como diagnóstico de patologías, es decir, adquiere el significado de examen. El imaginario romano presenta la categoría conceptual analizada en el sentido de un criterio. En definitiva, se puede ver que la idea de crisis, en un sentido jurídico, está ligada al acto de juzgar, de decidir, ya que deriva de *krisis*, es decir, “de krino, que etimológicamente significa 'separar, decidir'” (Agamben, 2014, p. 33). Además de los sentidos médicos y jurídicos, también está la comprensión teológica que está vinculada al día del juicio (*in emerai kriseos; en emerai ote crinei*, en el día en que Dios juzgará – Rom. 2:16).

Es posible afirmar que Francisco Campos considera a la Teología Política como una importante matriz de pensamiento para reflexionar sobre las cuestiones político-jurídicas de su tiempo, especialmente el período histórico de los años 1930-1940 (Campos, 2001a). Sin embargo, es importante señalar que si hay una lectura y presencia velada de Carl Schmitt en la reflexión de Campos en la década de 1930, esta perspectiva cambia en la década de 1940. En algunos de los capítulos de su libro *Derecho Constitucional*, Francisco Campos no sólo hace mención directa al nombre de Schmitt, sino que también utiliza su *Teoría de la Constitución*, así como se nutre, a su manera, de textos de otros autores, como, por ejemplo, Hans Kelsen, Rudolf von Ihering, Georg y Walter Jellinek y Rudolf Smend, por citar sólo a los juristas alemanes. De esta manera, es muy interesante la observación de Norma Goés Monteiro cuando afirma que Campos era un admirador de la intelectualidad alemana y “tenía toda su cultura jurídica formada entre sus máximos exponentes como Laband, Gierk, Georg y Walter Jullinek [sic], Anschütz, Fleiner, Smend, Carl Schmitt” (Monteiro, 1981, p. 185).

Francisco Campos hace un análisis del concepto de Constitución utilizando la reflexión de Schmitt y situando al filósofo alemán en el contexto weimariano. Así dirige duras críticas a los defensores de una idea formalista que enfatiza los aspectos lógicos de la Constitución, que se presenta como una lectura crítica de Kelsen. Para Campos, la Teoría del Estado y la Constitución de Alemania eran una referencia, sin embargo, “era necesario profundizar en el análisis de esta doctrina, buscando descubrir su verdadero rostro a través de su máscara teórica” (Campos, 1956b, 58).

Inicialmente, la preocupación de Francisco Campos concierne al concepto de Constitución y se centra en alejarse de una concepción de interpretación lógico-formalista del documento constitucional, es decir, “sin embargo”, toda constitución carece de este carácter de unidad absolutamente lógica y sistemática. Una

constitución no se construye, de hecho, “más geoméricamente” (Campos, 1956a, p.213). Para Campos, es necesario observar la situación política concreta para que la constitución “de una obra práctica y política no se transforme en una creación teórica, lógica o formal” (Campos, 1956a, p. 213). En este sentido, parece que Campos acompaña a Carl Schmitt frente a los ideales normativistas de Hans Kelsen.

Francisco Campos no oculta su reconocimiento de la importancia de Carl Schmitt cuando afirma que “su autoridad en la interpretación del Derecho Constitucional vigente en Alemania hasta enero de 1933, cuando la Revolución Nacionalsocialista destruyó la Constitución de Weimar, no era otra que la autoridad que se le reconoce universalmente en el dominio del Derecho Público general” (Campos, 1956b, p. 24). Sin embargo, la consideración de Schmitt como un referente importante del Derecho Público no puede entenderse como si Francisco Campos fuera algo así como una imagen gemela del filósofo jurídico alemán en tierras brasileñas (Gargarella, 2014), dado que Campos adopta una postura crítica frente a las reflexiones de Schmitt. Según Francisco Campos:

“La dirección, el sentido, la intencionalidad deciden no sólo la materia que será objeto o contenido de la Constitución, sino también la forma en que debe ser tratada política y jurídicamente, de modo que resulte de la pluralidad de normas de una planificación política y jurídica, no sólo desde el punto de vista formal, sino también desde el punto de vista material. La materia se ha distribuido según las afinidades lógicas, técnicas y jurídicas de sus diversas partes, y las normas se han formulado de tal manera que, aunque estén aparentemente inconexas, convergen hacia un único objetivo, que es garantizar ciertos valores, el tipo de cultura y el modo de vida, un tipo histórico o ideal de cultura o de convivencia humana, que al legislador constituyente le parecen los valores, el tipo de cultura, la forma de vida o el sentido de convivencia hacia los cuales tiende o gravita la colectividad nacional (1956b, p. 59).

Es posible constatar, en este pasaje, la presencia de la concepción schmittiana de la constitución como una decisión existencial del pueblo, así como el rechazo a la idea de constitución como pluralidad de leyes, porque "según este punto de vista no habría Constitución" (Campos, 1956b, p. 59). El interés de Francisco Campos por la comprensión de Schmitt de la Constitución como una decisión existencial que da visibilidad política a un pueblo (Schmitt, 1982; 2014) puede entenderse como un punto de convergencia cuando se considera el objetivo del filósofo de Minas Gerais de meditar críticamente sobre los problemas que atraviesan el debate jurídico-constitucional brasileño, en particular, las cuestiones que han surgido desde el acercamiento de la Constitución de 1891 y que conciernen a la importación de modelos constitucionales para Brasil.

En este sentido, la idea de la Constitución como una decisión existencial de un pueblo permite sustentar una crítica de los modelos ideales y normativos de reflexión constitucional, además de tener en cuenta la realidad sociopolítica brasileña. Así, "la Constitución es el instrumento en el que el pueblo ha declarado, de una vez por todas, cómo consiente en ser gobernado", es decir, es el "instrumento en el que el pueblo ha manifestado su voluntad" (Campos, 1956a, p. 432).

Para Campos, es importante considerar la cuestión del elemento real y existencial en el concepto de constitución precisamente para advertir algo irracional, de esta manera, el intento de unificar y planificar una constitución sobre la primacía de la razón podría llamarse "realismo jurídico porque consiste en concebir dotado de existencia o realidad, que no es más que un nombre, cifra o signo" (Campos, 1956b, p. 60). Además, según Francisco Campos:

"Así, desde un punto de vista existencial, una norma constitucional tiene el mismo grado de realidad que la Constitución como sistema: ambas consisten en una estructura o un tejido de conceptos, y ambas consisten en lo existencial -vida,

movimiento, transición, experiencia, dado inmediato, totalidad y plenitud [...]” (1956b, p. 61).

A juicio de Campos, Carl Schmitt es el primero en cuestionar esta concepción lógico-normativa de la constitución. Sin embargo, se advierte una lectura crítica de Schmitt, porque en la opinión de Campos, más tarde, la posición central de Schmitt entre los teóricos del Estado “no sólo en Alemania en el período de descomposición del régimen democrático, sino también en la Alemania nazi, tuvo que inspirarle, tal vez sin que él fuera claramente consciente de ello, el pensamiento o, más bien, la tendencia a devaluar la Constitución de Weimar, que había intentado, con gran estilo, planificar o racionalizar la vida política del pueblo alemán” (Campos, 1956b, p. 61). Un punto importante de la Constitución de Weimar, en opinión de Campos, se refiere a la aparición con este documento de un sistema constitucional “en el que la parte relativa a la organización de los poderes era la parte relativa a los derechos fundamentales lo que el instrumento o el medio es al fin” (Campos, 1956b, p. 61).

Es posible verificar, en el planteamiento de Francisco Campos, una toma de posición respecto de Carl Schmitt, y se puede decir también de Kelsen, y sus posiciones en el debate político-constitucional en el período de Weimar. Para Campos, el modelo constitucional de Weimar no sólo se inspira en ideas democráticas y liberales, sino que también “la concepción de Weimar no sólo abrió una brecha decisiva en las tradiciones políticas de Alemania, sino que también rompió la continuidad secular de una filosofía política para la que el Estado constituía un fin en sí mismo, en el hecho bruto de su existencia encontrando su propia justificación o legitimación” (Campos, 1956b, p. 61).

Así, Campos se posiciona sobre la naciente teoría de la Constitución alemana, con el objetivo de comprender “el verdadero significado y las consecuencias inevitables del nihilismo de la teoría alemana de la Constitución” (Campos, 1956b,

p. 58). Así, no parece razonable afirmar a suposición (Gargarella, 2014) que el filósofo jurídico de Minas Gerais es una mera calcomanía brasileña de Carl Schmitt. Esta hipótesis no se confirma cuando se realiza una aproximación más detallada a los textos de Campos.

VI. Reflexiones finales

La hipótesis de este trabajo se centró en verificar la lectura de apropiación que Francisco Campos hizo de la teoría política y jurídica de Alemania en el período de la República de Weimar, en particular, los planteamientos críticos de Hans Kelsen y Carl Schmitt, para pensar en los problemas jurídicos y políticos brasileños.

Con respecto a la presencia de las ideas de Schmitt en Brasil, esta hipótesis ya la había planteado Vamireh Chacón (1997), quien expone una noción de “recepción” de las ideas de Schmitt en el sentido de una lectura brasileña (Chacón, 1997, p. 58). Para Chacón, Campos fue un discípulo falso de Carl Schmitt en Brasil (Chacón, 1997, p. 62), porque no tuvo el coraje de asumir su filiación teórica, dado que Schmitt ya estaba camino hacia el ostracismo en la coyuntura alemana. El diagnóstico es, en parte, similar al de Gargarella cuando presenta a Campos como una imagen gemela de Carl Schmitt en Brasil (Gargarella, 2014, p. 220; 2016).

Sin embargo, entendemos aquí que la observación de Pedro Villas Boas Castelo Branco parece más acertada, en tanto afirma que, definitivamente, se produce la apropiación crítica de algunas categorías conceptuales del filósofo jurídico alemán con el objetivo de pensar en la coyuntura nacional (Castelo Branco, 2014, p. 118).

Por lo tanto, es necesario considerar las posibilidades de significado de un texto. En consecuencia, Campos procede a interpretar el texto schmittiano, lo que

significa que su enfoque no pretende seguir a Carl Schmitt, ya que uno de los aspectos de su crítica al constitucionalismo de la Primera República (1891-1930) apunta precisamente a que este rastrea las experiencias constitucionales de otros países y no considera la realidad brasileña.

No es menos importante la comprobación de la presencia intelectual de dos de los juristas más importantes del período weimariano en el debate constitucional brasileño del período 1920- 1940. Nos referimos tanto a la lectura que Schmitt hizo del artículo 98 de la Constitución brasileña de 1824 como, además, el cuestionario que respondió Hans Kelsen sobre el Decreto N° 22.621 del 7 de abril de 1933, examinando la cuestión de los poderes de la Asamblea Constituyente de 1933.

Es posible encontrar, por lo tanto, una proyección de la reflexión constitucional de Weimar en Brasil. Aún más, hay consenso sobre la influencia del constitucionalismo de Weimar en los documentos constitucionales brasileños de 1934 y 1937. Francisco Campos estaba interesado en el debate constitucional alemán de la época y del examen de sus textos, es posible encontrar una lectura de apropiación crítica de autores que destacaron en el debate de Weimar como ser Schmitt. La lectura de apropiación significa que no hay una mera recepción pasiva por parte de Francisco Campos, ni siquiera una pretensión mimética de los juristas alemanes, especialmente de Carl Schmitt. Lo que este trabajo se ha propuesto demostrar es que esa hipótesis de la imitación es endeble y no se puede confirmar.

De un examen más detallado de los textos de Francisco Campos, es posible rechazar una lectura de recepción pasiva o calcomanía en la medida exacta en que las coyunturas de Brasil y Alemania en el período son muy diversas. El pensamiento constitucional de Weimar se desarrolló a partir de los escombros de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), una guerra de magnitud planetaria que tuvo a Alemania como uno de sus exponentes más destacados. Con respecto a la

coyuntura brasileña, lo que se verifica es un pensamiento constitucional que se desarrolla marcado por la sombra de la esclavitud dentro de un primer período republicano que estuvo, durante gran parte del tiempo, en cautiverio del estado de sitio. Así, es posible entender que existen aproximaciones de linaje teórico y conceptual desde el punto de vista de intereses en los mismos conceptos: estado de excepción, dictadura y derechos sociales. Sin embargo, hay distancias en el horizonte de acción, sobre todo cuando se compara a Campos con Schmitt.

Un examen más detenido de los textos de Francisco Campos, da cuenta de una lectura comprensiva y apropiada de los juristas más destacados del período de la República de Weimar, con un enfoque crítico especial hacia Hans Kelsen y Carl Schmitt. En cuanto a este último, entonces, no parece razonable identificar al filósofo jurídico de Minas Gerais con una mera calcomanía brasileña de Schmitt. No hay una recepción pasiva del marco categórico schmittiano, de una pura y simple transposición de sus análisis sobre la República de Weimar y la teoría de la constitución al contexto brasileño, sino una apropiación a través de conceptos que serán asimilados por Campos y que servirán de anclaje para sus propias ideas conceptuales.

Referencias bibliográficas

- ARANTES, Paulo Eduardo (2004). A fratura brasileira do mundo: visões do laboratório brasileiro da mundialização. In: Zero à esquerda. São Paulo: Conrad Editora do Brasil. 2004.
- BARSALINI, Glauco (2020) Teologia Política no Brasil. In: Interações, Belo Horizonte, v. 15, nº 01, 8-11.
- BONAVIDES, Paulo (1979) Francisco Campos – o antiliberal. In: CAMPOS, Francisco. Discursos parlamentares. Brasília: Câmara dos Deputados.

- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes (1990) História constitucional do Brasil. 2ª Ed. Brasília: Paz e Terra. 1990.
- BONAVIDES. Paulo (1996). A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros.
- BONAVIDES, Paulo (2000). A evolução constitucional do Brasil. In: Estudos Avançados, n° 14, 155-176.
- BONAVIDES. Paulo (2004) Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros.
- BUARQUE de HOLANDA, Sérgio. (1995) Raízes do Brasil. São Paulo: Cia. das Letras.
- BUENO, Roberto (2014) Schmitt: pensando à exceção desde uma crítica à democracia parlamentar weimariana. In: Bueno, R. (Org.). Filosofia & política: tensões entre liberdade, poder e democracia. Uberlândia-MG/Madrid: EDUFU/Editorial Dykinson.
- BUENO. Roberto (2016). Francisco Campos e o autoritarismo brasileiro. Um diálogo oculto com Carl Schmitt. In: Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Politicas, vol. 19, n° 1, 77-98.
- BUENO, Roberto (2017). Antiliberalismo e conservadorismo teológico: de Donoso Cortés a Carl Schmitt. In: Bueno, R; Ramiro, C H L. Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar: tensões entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. São Paulo: LiberArs.
- BUENO, Roberto (2018). Schmitt em Weimar: o intelectual na história e o espectro da ditadura. In: Chahrur, A; Ramiro, C H L. Labirintos da filosofia do direito: estudos em homenagem a Oswaldo Giacoia Junior. São Paulo: LiberArs.
- BUENO, Roberto (2019). Francisco Campos e o conservadorismo autoritário. Brasília: Senado Federal.

- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (1983) *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (1916). *A doutrina da população*. Rio de Janeiro: TYP. Do jornal do commercio. 1916.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (1937). *O estado nacional e suas diretrizes*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1937.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (1940). *Educação e cultura*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio editora. 1940.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (1952). *Pareceres do consultor geral da República*. Volume III. Rio de Janeiro. 1952.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (1956a). *Direito constitucional*. Volume 1. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (1956b). *Direito constitucional*. Volume 2. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (1967). *A atualidade de Dom Quixote*. 2ª edição. Belo Horizonte: Imprensa oficial de Minas Gerais.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (1979). *Discursos parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (2001a). *A política e o nosso tempo*. In: *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (2001b) *Diretrizes do Estado nacional*. In: *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (2001c). *Problemas do Brasil e soluções do regime*. In: *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal.

- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (2001d). Estado Nacional. In: O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (2001e). O Estado Novo. In: O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal.
- CAMPOS, Francisco Luís da Silva (2001f). Segundo aniversário do Estado Novo. In: O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal.
- CAPANEMA, Gustavo (1969). Francisco Campos. Brasília: Câmara dos Deputados.
- CARONE, Edgar (1975). Revoluções do Brasil contemporâneo (1922-1938). Rio de Janeiro - São Paulo: DIFEL.
- CARONE, Edgar (1977). O estado novo (1937-1945). Rio de Janeiro - São Paulo: DIFEL.
- CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas (2014). Juristas de chumbo - o autoritarismo em Carl Schmitt e Francisco Campos. In: Insight. Inteligência, Julho-Agosto-Setembro, pp. 114-128.
- CHACON, Vamireh (1997). A recepção de Carl Schmitt no Brasil. In: Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, vol. XLVII, pp. 55-67.
- CHHRUR, Alan Ibn (2017). O positivismo crítico: continuidade e ruptura no pensamento de Hans Kelsen. Tese de Doutorado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas. 2017. Disponível em: <https://www.repositorio.unicamp.br/acervo/detalhe/989561>.
- DULTRA DOS SANTOS, Rogério (2007). Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. In: DADOS – Revista de Ciências Sociais, vol. 50, n.º. 2, 281-323. 2007.
- DULTRA DOS SANTOS, Rogério (2009). Constitucionalismo antiliberal no Brasil: cesarismo, positivismo e corporativismo na formação do Estado Novo. Tese

apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Rio de Janeiro.

DULTRA DOS SANTOS, Rogério (2019). À guisa de prefácio: circulação e apropriação do conceito de ditadura constitucional no Brasil. In: Bueno, R. Francisco Campos e o conservadorismo autoritário. Brasília: Senado Federal. 2019.

DUTRA, Eliana de Freitas (1997). O ardil totalitário: imaginário político no Brasil dos anos 30. Rio de Janeiro: editora UFRJ; Belo Horizonte: Editora UFMG.

ESPINOSA, José Ramón Díez (1996). La crisis de la democracia alemana: de Weimar a Nuremberg. Madrid: editorial Sintesis.

ESPINOSA, José Ramón Díez (1998). La democracia parlamentaria en la República de Weimar: entre el mito y la realidad. In: Investigaciones históricas, n° 18, p. 357-382.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo (1982). Direito constitucional: teoria da constituição e as constituições brasileiras. Rio de Janeiro: Forense.

FAUSTO, Boris (1997). A revolução de 1930: historiografia e história. São Paulo: Companhia das Letras.

FAUSTO, Boris (2001). O pensamento nacionalista autoritário (1920-1940). Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor. 2001.

FURTADO, Celso (2000). A formação econômica do Brasil. São Paulo: Publifolha.

GARGARELLA, Roberto (2014). La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores.

GARGARELLA, Roberto (2016). Doscientos años de constitucionalismo americano: los Estados Unidos y América Latina frente a frente. In: Maldonado, D. B. (compilador). El constitucionalismo en el continente americano. Editorial: Siglo de los Hombres; Universidad de los Andes. 2016.

- GAY, Peter (1978). *A cultura Weimar*. Trad. Laura Lúcia da Costa Braga. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- HELLER, Hermann (1963). *Teoria del Estado*. Trad. Luis Tobío. Pánuco-México: Fondo de Cultura Economica.
- IGLÉSIAS, Francisco (1993). *Trajetória política do Brasil: 1500-1964*. São Paulo: Companhia das Letras.
- KELSEN, Hans (1934). Über die Kompetenz der Konstituierenden Nationalversammlung (Verordnung vom 7. April 1933). In: *Política*. Revista de direito público, legislação social e economia, ano 1, número 1. Rio de Janeiro. 1934.
- KELSEN, Hans (1991). *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes.
- KELSEN, Hans (2000). *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti et. all. São Paulo: Martins Fontes.
- KELSEN, Hans (2014). Sulla competenza dell'Assemblea Nazionale Costituente (Decreto del 7 aprile 1933). In: *Archivio di Diritto e Storia Costituzionale*. Departamento de Ciências Jurídicas de la Universidad de Turín. Disponível na internet: [http:// www.dircost.unito/dizionario/pdf/Losano-Parere-Kelsen-Constituente-Brasile](http://www.dircost.unito/dizionario/pdf/Losano-Parere-Kelsen-Constituente-Brasile). Acesso em: 2014.
- KELSEN, Hans (2016). Sobre la competencia de la Asamblea Nacional Constituyente (Decreto del 7 de abril de 1933). In: *Direito e Práxis*, vol. 7, n° 14, pp. 638-643.
- KENNEDY, Ellen (2012). *Carl Schmitt en la República de Weimar: la quiebra de una constitución*. Trad. Pedro Lomba Falcón. Madrid: Técnos.
- KOSELLECK, Reinhart (2006). *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Trad. Wilma Patrícia Maas; Carlos Almeida Pereira. Rev. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto – ed. Puc-Rio.

- LAMOUNIER, Bolivar (1990). Formação de um pensamento político autoritário na Primeira República: uma interpretação. In: Fausto, B. (Org.). História Geral da Civilização Brasileira. Tomo III: O Brasil republicano: sociedade e instituições (1889-1930). 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand.
- LEAL, Victor Nunes (1975). Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Alfa-Omega.
- LYNCH Christian Edward Cyril; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (2012). O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio. In: Revista Quaestio Iuris, vol. 5, n° 1, pp. 85-136.
- LOSANO, Mario G. (2016). O parecer de Hans Kelsen de 1933 sobre a Assembleia Nacional Constituinte do Brasil. In: Direito e Práxis, vol. 7, n° 14, pp. 624-633.
- LOUREIRO, Isabel (2005). A revolução alemã: 1918-1923. São Paulo: editora da UNESP.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira (1996). O pensamento político-constitucional de Carl Schmitt no contexto histórico-político da república de Weimar. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira (2015). À sombra de Weimar: democracia e constituição no debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. In: Bueno, R. (org.). Carl Schmitt, hoje: política, direito e teologia. São Paulo: Max Limonadi.
- MEDEIROS, Jarbas (1978). Ideologia autoritária no Brasil: 1930-1945. Rio de Janeiro: editora FGV.
- MENEZES, Daniel Francisco Nagao (2017). Francisco Campos, Carl Schmitt e a atuação do Estado na economia. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie. 2013. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1281/1/Daniel%20Francisco%20Nagao%20Menezes.pdf>. Acesso em: 15/01/2017.

- MINEIRO, Bolivar Tinôco (1969) Francisco Campos. In: Revista do Ensino, n° 234-235, 131-134. Dezembro de 1968-Março de 1969.
- MONTEIRO, Norma Góes. (1981) Francisco Campos: trajetória política. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, n° 53, pp. 183-211.
- NEDER, Gizlene (1979). Os compromissos conservadores do liberalismo no Brasil. Rio de Janeiro: Achiamé.
- OLIVEIRA, Itamar de. (1991). Francisco Campos: a inteligência no poder. Ed. Libertas.
- PRADO JR, Caio (1987). Evolução política do Brasil. 16ª edição. São Paulo: editora Brasiliense.
- RAMIRO, Caio Henrique Lopes (2022). Em nome da ordem: Carl Schmitt, Francisco Campos e a apocalíptica da constituição. Tese de Doutorado. Brasília: Universidade de Brasília. 2022. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/45474/1/2022_CaioHenriqueLopesRamiro.pdf.
- RENAULT, Abgbar (1967). Prefácio. In: CAMPOS, Francisco. Atualidade de Dom Quixote. 2ª edição. Belo Horizonte: Imprensa oficial de Minas Gerais.
- RENAULT, Abgbar (1969). Atualidade de D. Quixote (de Francisco Campos). In: Revista do Ensino, n° 234-235, pp. 102-107.
- ROMANO, Roberto (1994). O pensamento conservador. In: Revista de Sociologia e Política, n° 3, p. 21-31.
- ROMANO, Roberto (1981). Conservadorismo romântico: origem do totalitarismo. São Paulo: editora Brasiliense.
- ROSENFELD, Luís (2019). Transformações do pensamento constitucional brasileiro: a história intelectual dos juristas da era Vargas (1930-1945). Tese (doutorado) apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

- SARAIVA, Paulo Lopo (1995). *Direito constitucional: a constituição deles não é a nossa*. São Paulo: Acadêmica.
- SCHWARTZMAN, Simon (2015). *Bases do autoritarismo brasileiro*. Campinas-SP: editora da UNICAMP.
- SCHMITT, Carl (1968). *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Trad. José Díaz Garcia. Madrid: Revista de Occidente. 1968.
- SCHMITT, Carl (1982) *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alanza Editorial.
- SCHMITT, Carl (1992) *O conceito do político*. Trad. Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes.
- SCHMITT, Carl (1996a) *Teologia Política*. Trad. Inês Lohbauer. In: *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta.
- SCHMITT, Carl (1996b) *A situação intelectual do sistema parlamentar atual*. Trad. Inês Lohbauer. In: *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta. 1996b.
- SCHMITT, Carl (1998). *Catolicismo romano e forma política*. Trad. Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Hugin. 1998.
- SCHMITT, Carl (2001). *La teoría política do mito*. In: Aguilar, H. O. *Carl Schmitt, teólogo da política*. México: Fondo de Cultura Económica. 2001.
- SCHMITT, Carl (2007a). *Legalidade e legitimidade*. Trad. Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey. 2007a.
- SCHMITT, Carl (2007b). *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: del Rey. 2007b.
- SCHMITT, Carl (2013). *Dictadura y estado de sitio*. In: Schmitt, C. *Ensayos sobre la dictadura. 1916-1932*. Trad. José Díaz Garcia; Pedro Madrigal Devesa. Madrid: Tecnos. 2013.

- SEELANDER, Airton Cerqueira Leite (2009). Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In: Fonseca, R. M; Seelander, A. C. L. (Orgs.). História do direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá.
- SEELANDER, Airton Cerqueira Leite; CASTRO, Alexander Rodrigues de. (2010). Um jurisconsulto adaptável: Francisco Campos (1891-1968). In: Mota, C. G; Salinas, N. (Coord.). Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: 1930-dias atuais. São Paulo: Saraiva.
- SIQUEIRA, Gustavo Silveira (2015). O parecer de Kelsen sobre a constituinte brasileira de 1933-1934. In: Direito & Práxis, Rio de Janeiro, vol. 6, n° 11, pp. 348-374.
- SKIDMORE, Thomaz E. (1998). Uma história do Brasil. Trad. Raul Fiker. Rio de Janeiro: editora Paz e Terra.
- TAVARES, José Nilo (1991). Getúlio Vargas e o Estado Novo. In: Werneck da Silva, J. L. (1991). O feixe e o prisma: uma revisão do estado novo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor.
- TORRES, Alberto (1982). A organização nacional. Brasília: editora Universidade de Brasília.
- TOTA, Antônio Pedro (1987). O estado novo. São Paulo: editora Brasiliense.
- VIANA, Francisco José de Oliveira (1939). O idealismo da constituição. São Paulo: Companhia Editora Nacional.
- VIANA, Francisco José de Oliveira (1999). Instituições políticas brasileiras. Brasília: editora Senado Federal.
- VIEIRA, Rafael (2011), A constituição de 1891 e o laboratório jurídico-político brasileiro do estado de sítio. In: História constitucional, n° 12, pp. 327-349.
- VITA, Leticia (2014). La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar. Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller. Buenos

Aires, Eudeba-Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

VITA, Leticia (2018). Entre Weimar y Buenos Aires: Ernesto Katz y la recepción de Hugo Sinzheimer em el derecho laboral argentino. In: Revista de Historia del Derecho, n° 56, 105-137.

Responsabilidad internacional del Estado por la comisión de ciberoperaciones: violación de los principios de soberanía y no intervención

International responsibility of the State for cyber-attacks: the principles of sovereignty and non-intervention

 **Rosa Amilli Guzmán Pérez**

Universidad de Monterrey, México
rosa.guzman@udem.edu

 **Daniela Monserrat Estrada Sáenz**

Universidad de Monterrey, México
daniela.estradas@udem.edu

Resumen: La seguridad cibernética concierne todos los ámbitos de regulación del Estado: protección de datos personales, resguardo de información sensible, control de infraestructura privada o pública, operaciones de información, funcionamiento de sistemas informáticos y aplicación de tecnología en general. La mayoría de las ciberoperaciones no manifiestan consecuencias físicas, por lo que no constituyen en términos estrictos un “uso de la fuerza” prohibido en el derecho internacional. Este trabajo analizará en primer lugar la ilicitud de ciberoperaciones como comportamientos contrarios a los principios de soberanía y de no intervención y, en segundo lugar, los criterios de atribución ante las complicaciones que supone la identificación y la persecución de quien ejecuta estos actos.

Palabras clave: CIBEROPERACIONES; SOBERANÍA; INTERVENCIÓN; HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS.

Abstract: Cybersecurity encompasses all areas of state regulation, including personal data protection, the safeguarding of sensitive information, the control of private and public infrastructure, information operations, the functioning of computer systems, and the application of technology in general. Most

cyberoperations do not have physical consequences and, therefore, do not strictly constitute a "use of force" prohibited under international law. This paper will first analyze the illegality of cyberoperations as conduct that violates the principles of sovereignty and non-intervention and, second, examine the criteria for attribution, considering the challenges involved in identifying and prosecuting those responsible for such acts.

Keywords: CYBEROPERATIONS; SOVEREIGNTY; INTERVENTION;
INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS

Fecha de recepción: 01/10/2023

Fecha de aceptación: 02/02/2024

Identificador doi: 10.62169/rg.i34.2449



Responsabilidad internacional del Estado por la comisión de ciberoperaciones: violación de los principios de soberanía y no intervención

Rosa Amilli Guzmán Pérez y Daniela Monserrat Estrada Sáenz

I. Introducción

El Informe de Riesgos Globales 2024 del Foro Económico Mundial considera las fallas en la seguridad cibernética como una de las diez principales amenazas críticas para el mundo, a corto y mediano plazo. El riesgo de sufrir perjuicios por operaciones cibernéticas aumenta a medida que la tecnología invade todos los ámbitos: personal, económico, social, administración de justicia, elecciones, salud pública, servicios. Esto aunado a que los ejecutores de estos actos suelen ser difíciles de identificar y detener. Una persona con acceso a internet y los conocimientos adecuados puede causar daños importantes a otras personas, su información o, incluso, a la infraestructura de una empresa, organización o institución, sin ser detectada.

Es importante diferenciar los términos “ciberataque”, “cibercrimen” y “ciberoperaciones”, pues se refieren a diferentes conductas que pueden impactar, o no, el ámbito del derecho internacional. Los ciberataques pueden ser definidos como cualquier acción que socava las funciones de una red informática con un propósito político o de seguridad nacional (Hathaway et al., 2012b), estas acciones pueden llegar incluso a calificarse como “ataques armados” o realizarse en un contexto de guerra. Por otro lado, el cibercrimen se refiere a los delitos cometidos en el ciberespacio o con la utilización de herramientas de internet o tecnologías de la información, ya sea que repliquen los delitos ya existentes en el espacio físico o que emerjan como nuevos tipos penales; su calificación dependerá entonces del derecho interno de los Estados (Miró, 2012).

En este trabajo se empleará el término “ciberoperaciones” que comprende un catálogo más amplio de actividades cibernéticas que, además de variado, es cambiante en función de nuevas tecnologías y formas de utilización. Las ciberoperaciones pueden consistir en intrusiones no autorizadas, ataques de denegación de servicio (DoS) – que limitan o evitan que los usuarios accedan a los recursos de la red –, programas maliciosos (malware) como virus, gusanos o troyanos, e incluso Operaciones de Información (Information Operations, IO) que buscan manipular el discurso público o alterar el flujo de información entre individuos y grupos. Estas operaciones pueden tener como objetivo la destrucción o la alteración de datos, la obtención de información, la paralización de empresas o instituciones, entre otros, y pueden dirigirse contra personas o entes privados, o contra Estados.

Las ciberoperaciones pueden tener un impacto importante en las relaciones entre Estados. En julio de 2021 Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido acusaron a China de uno de los peores ataques a la seguridad informática del que Microsoft había sido víctima. Aun cuando los responsables del ciberataque fueron identificados como entes privados, se argumentó que habían sido utilizados y financiados por el Ministerio de Seguridad de China, quien negó cualquier vinculación con el ataque. Derivado de estos hechos la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) emitió un comunicado llamando a todos los Estados, incluida China, a respetar sus compromisos y obligaciones internacionales y actuar de manera responsable en el sistema internacional, incluido el ciberespacio (OTAN, 2021).

En el contexto de la guerra entre Rusia y Ucrania, el espacio cibernético se ha vuelto parte del campo de batalla. En febrero de 2022, Estados Unidos acusó a Rusia de los ciberataques que afectaron al sector bancario y al Ministerio de Defensa ucraniano. Anne Neuberger, vice-asesora de Seguridad Nacional de la Casa Blanca para Ciberseguridad y Tecnologías Emergentes, aseguró contar con información técnica que vinculaba esos ataques al servicio de inteligencia militar

ruso, el GRU; esto a través del análisis de dominios de internet y direcciones IP. Ucrania fue blanco del mayor ataque distribuido de denegación de servicio (DDoS) de su historia, afectando al Ministerio de Defensa, a las Fuerzas Armadas y a importantes entidades financieras del país como el Banco Estatal de Ahorros de Ucrania (U.S. Department of State, 2022).

Estas ciberoperaciones pueden ser consideradas hechos internacionalmente ilícitos y, por lo tanto, motivar la reclamación de la responsabilidad de un Estado. De acuerdo con los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (AREHII) – elaborados por la Comisión de Derecho Internacional y acogidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 56/83 –, la responsabilidad internacional surge cuando el hecho en cuestión constituye una violación de una obligación internacional y es atribuible a un Estado (AREHII, artículo 2). Estos Artículos serán tomados como referencia a lo largo de este trabajo ya que constituyen una codificación de la práctica estatal en materia de responsabilidad y han sido reconocidos y aplicados por los Estados y por tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia (Crawford, 2013).

Atendiendo a la ilicitud del hecho, una ciberoperación podría constituir una violación a la prohibición del uso de la fuerza conforme al artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas, que comprende cualquier uso de la fuerza, independientemente del arma o medio de guerra empleados (“Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares”, 1996). El uso de la fuerza supone la existencia de un ataque armado, lo que implicaría asimilar la ciberoperación a las armas tradicionales; esto requiere la penetración en sistemas de infraestructura nacional crítica y el análisis de sus consecuencias físicas, como la destrucción o la muerte de personas (Delerue, 2020c).

Sin embargo, la mayoría de las ciberoperaciones de los Estados tienen lugar por debajo del umbral del uso de la fuerza (Moynihan, 2019), ya que sus consecuencias no se manifiestan de manera física, asimilables a un ataque

convencional. Incluso, como puede observarse en el ataque a Microsoft, pueden estar dirigidas contra empresas o servicios particulares, ajenos a las instituciones o servicios propios del Estado. El Manual de Tallin 2.0 – elaborado por iniciativa de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) – aborda estas actividades de manera limitada debido a la falta de consenso en cuanto a su calificación como hechos internacionalmente ilícitos. Además, si bien es un texto de gran influencia que pretende reflejar el derecho internacional existente al momento de su elaboración, no es un instrumento vinculante, ni prueba del desarrollo progresivo del derecho internacional. Este trabajo de investigación abordará entonces la responsabilidad del Estado derivada de operaciones cibernéticas que, aún teniendo un bajo grado de severidad, podrían calificarse como hechos internacionalmente ilícitos.

Un hecho es internacionalmente ilícito cuando constituye la violación de una obligación internacional; es decir, una obligación que se desprende de las fuentes formales del derecho internacional – tratados internacionales, costumbre o principios – o de otras con carácter obligatorio de forma particular – como las decisiones judiciales o los actos unilaterales –. Considerando la exclusión del estudio de la prohibición del uso de la fuerza, el primer análisis recaerá en la ilicitud de estas operaciones como comportamientos contrarios a los principios de soberanía y de no intervención.

Además de la acreditación del hecho como internacionalmente ilícito, para que surja la responsabilidad internacional, el comportamiento debe ser atribuible a un Estado. La atribución no es evidente si se considera, desde el punto de vista jurídico, la rigidez del derecho internacional y, desde el punto de vista técnico, las complicaciones que supone la identificación y la persecución de quien ejecuta la operación cibernética, especialmente si se trata de actores no estatales. Así pues, este trabajo abordará en una segunda sección los criterios para la atribución de un hecho al Estado y su eficacia en el contexto cibernético.

II. La ilicitud de las ciberoperaciones: violación al principio de soberanía y de no intervención

II.1. La violación de la soberanía territorial por medio de ciberoperaciones

Se entiende por soberanía estatal, en su dimensión interna, el control completo y exclusivo del Estado sobre las personas y propiedades dentro de su territorio; en su dimensión externa, el poder de actuar en un plano de igualdad frente a otros Estados en la esfera internacional (Crawford, 2019). El artículo 2(1) de la Carta de las Naciones Unidas reconoce el principio de igualdad soberana de todos los miembros de la organización. Asimismo, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación, adoptada en 1970 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2625, establece que los Estados gozan de los derechos inherentes a la plena soberanía, y de la inviolabilidad de su integridad territorial e independencia política. Por su parte, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido tanto el origen convencional como consuetudinario del principio de soberanía (Actividades Militares y Paramilitares (Nicaragua v. Estados Unidos de América), 1986; Lotus (Francia v. Turquía), 1927, Ciertas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza, (Costa Rica v. Nicaragua), 2018), así como su carácter fundacional en el derecho internacional, en casos como Corfu Channel (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte v. Albania, 1949), así como en la Opinión Consultiva del 22 de julio de 2010 sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo.

Si bien la soberanía tiene una dimensión territorial que dificulta su delimitación en el ciberespacio, el Grupo de Expertos encargado de la elaboración del Manual de Tallin 2.0 concluyó que el ciberespacio y las operaciones cibernéticas del Estado no están fuera del alcance de este principio; su componente territorial permite vincular el poder estatal a infraestructuras, personas o actividades, así como a las restricciones de la actividad estatal en este ámbito

(Manual de Tallin 2.0, 2017, Regla 1). En su dimensión interna, la soberanía implica la autoridad soberana de un Estado con respecto a la infraestructura cibernética, así como a las personas y actividades cibernéticas ubicadas dentro de su territorio (Manual de Tallin 2.0, 2017, Regla 2); otorga al Estado el derecho – y en algunos casos la obligación – de regular y controlar las actividades cibernéticas y la infraestructura en su territorio (Schmitt, 2014). En su dimensión externa, se refiere a las actividades cibernéticas del Estado en sus relaciones internacionales, con los límites de las normas vinculantes de derecho internacional (Manual de Tallin 2.0, 2017, Regla 3), que en general prohíben la injerencia no consensuada de los Estados en la integridad de la infraestructura cibernética de otros (Watts y Theodore, 2018).

El ciberespacio es un dominio global dentro del entorno de la información que consta de redes interdependientes de infraestructuras de tecnología de la información y datos, incluidos el Internet, redes de telecomunicaciones, sistemas informáticos, procesadores y controladores integrados (Delerue, 2020b). Si bien el ciberespacio es un territorio ficticio, se basa en infraestructuras reales y tangibles; por ende, las redes informáticas y sus componentes, que constituyen la arquitectura física del ciberespacio e Internet, son reales y se encuentran dentro de la soberanía territorial de los Estados (Delerue, 2020b). Las normas y principios del derecho internacional son aplicables a la conducta de los Estados en materia de las tecnologías de la información y de la comunicación, incluyendo las infraestructuras en su territorio (Delerue, 2020b).

En la mayoría de los casos, el simple hecho de ingresar a un área bajo soberanía territorial, sin autorización previa, se considera una violación; no es necesario que ocurra un acto o daño específico (Delerue, 2020b; Fraser, 2016; Actividades Militares y Paramilitares (Nicaragua v. Estados Unidos de América), 1986). Esto es particularmente importante en el contexto cibernético, donde el cruce de la frontera de un Estado, por vía electrónica, es difícil de comparar con el cruce físico (Fraser, 2016). La Regla 4 del Manual de Tallin 2.0 establece que un

Estado no debe realizar operaciones cibernéticas que violen la soberanía de otro Estado; sin embargo, no resuelve una zona gris importante en el derecho internacional del ciberespacio: el grado de interferencia que configuraría una violación de la soberanía, así como el método por el cual se debe medir tal interferencia en el ciberespacio. En este sentido, Chircop (2019) enuncia cuatro enfoques predominantes de la soberanía territorial en el ciberespacio: el enfoque de daño material, los enfoques intermedios que consideran las operaciones cibernéticas moderadamente severas, el de inviolabilidad estricta y, por último, el que establece que todas las intrusiones en la infraestructura cibernética de otro Estado constituyen una violación de la soberanía territorial.

En el enfoque de daño material, solo las operaciones cibernéticas que causen una pérdida permanente de funcionalidad a la infraestructura cibernética o que resulten en daños físicos o lesiones se consideran violaciones de la soberanía territorial (Chircop, 2019; Kosik, 2015). Stuxnet es un claro ejemplo de este tipo de operación; este “gusano” – el primero en conocerse públicamente –, apuntó a la afectación de sistemas de control industrial, con el claro objetivo de sabotear plantas industriales del mundo tangible, más allá de sólo interrumpir sistemas tecnológicos abstractos (Piggin, 2010). Estados Unidos e Israel fueron acusados de haber implantado Stuxnet en la planta nuclear de Natanz en Irán; el “gusano” reprogramó las centrifugadoras cambiando su velocidad, lo que provocó finalmente que quedaran fuera de servicio (International Business Times [U.S. ed.], 2013). La implantación de Stuxnet ha sido incluso discutida como una violación a la prohibición del uso de la fuerza conforme al artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas, debido a sus consecuencias materiales (Moore, 2015).

A diferencia de este enfoque, el segundo considera que ciberoperaciones moderadamente severas pueden constituir una violación a la soberanía territorial de un Estado, debido a que el objeto y fin de este principio es garantizar el control absoluto del Estado en su territorio y actividades. Las violaciones a la soberanía pueden entonces configurarse a través de operaciones que alteren el

funcionamiento de infraestructura o de programas cibernéticos; la introducción de malware, la manipulación o supresión de datos almacenados, la instalación de puertas traseras y la pérdida de funcionalidad temporal, pero significativa (Chircop, 2019). Sin embargo, la oscuridad en cuanto a la definición del nivel de interferencia y de lo que debe entenderse por “pérdida de control” del Estado, dificulta la calificación de una ciberoperación como hecho internacionalmente ilícito.

El enfoque de inviolabilidad estricta establece que todas las operaciones que interfieren con infraestructura cibernética de un Estado violan la soberanía territorial, siempre que causen más que los efectos de minimis (Chircop, 2019). Esto implica por un lado, la acreditación de una interferencia en la infraestructura – lo que excluye, por ejemplo, las operaciones de ciberespionaje – y, por otro, que los daños, si bien pueden ser inmateriales, no sean tan menores o intangibles que no ameriten la atención del derecho internacional (Chircop, 2019). Si bien se trata de un criterio más amplio que los anteriores, no resuelve la ambigüedad de lo que debería considerarse violatorio de la soberanía en función de la gravedad de sus efectos.

El último enfoque considera que absolutamente todas las intrusiones en la infraestructura cibernética de otro Estado constituyen una violación de la soberanía territorial (Schmitt y Vihul, 2017). Esto descarta el análisis del nivel de interferencia, la consideración de la infraestructura blanco del ataque, o la cuantificación del daño. En este sentido, incluso las operaciones dirigidas contra personas o entidades privadas – y no directamente contra el Estado y sus instituciones o servicios – constituirían una violación al principio de soberanía, considerando que se estaría entrando en el espacio cibernético que corresponde a un Estado determinado.

El Grupo Internacional de Expertos encargado del Manual de Tallin 2.0 (2017), evaluó la legalidad de las ciberoperaciones considerando dos criterios: (1) el grado de violación de la integridad territorial del Estado objetivo; y (2) la

interferencia o usurpación de funciones inherentes al Estado. En cuanto al análisis del primero, el Grupo de Expertos consideró tres niveles: (1) daño físico; (2) pérdida de funcionalidad; y (3) infracción de la integridad territorial por debajo del umbral de pérdida de funcionalidad. La presencia de daños físicos permite, sin duda, constatar la comisión de un hecho internacionalmente ilícito ya sea la violación de la soberanía, del principio de no intervención o, incluso, de la prohibición del uso de la fuerza. Los Estados concuerdan, en general, que una conducta estatal que produce daño a nivel físico sería contraria al derecho internacional; sin embargo, no existe consenso en cuanto a los otros dos niveles: el grado de pérdida de funcionalidad o los casos inferiores al umbral de esa pérdida que puedan considerarse transgresiones a la integridad territorial (Chircop, 2019).

En cuanto al segundo criterio para la evaluación de legalidad de las ciberoperaciones, se considera que cuando éstas interfieren con datos o servicios necesarios para el ejercicio de funciones inherentes al Estado, se está frente a una violación del principio de soberanía, incluso si se trata de un servicio prestado por el sector privado (Manual de Tallin 2.0, 2017). Por ejemplo, la interferencia con datos o sistemas necesarios para la operación de servicios públicos, elecciones populares, recolección de impuestos o acciones de defensa.

El Manual de Tallin 2.0 descarta los ataques dirigidos contra entidades privadas, no relacionados con las funciones inherentes del Estado, pero que podrían causar un menoscabo importante como pérdida de información personal o afectaciones a un sector económico. Asimismo, excluye como violación de la soberanía el ciberespionaje en tiempos de paz, a menos que los medios para efectuarlo impliquen una violación territorial – por ejemplo, mediante la intervención de servidores o equipos de cómputo – o cuando de manera accidental o intencional se ocasionen daños materiales. La violación del principio de soberanía en lo que el Grupo de Expertos consideró como *lex lata* se vincula principalmente a la noción territorial y a la materialización de consecuencias tangibles como el daño físico o la pérdida o alteración de información; incluso, esas

consecuencias pueden ser insuficientes si se considera el nivel de gravedad de los daños o pérdidas, o un campo de la interferencia al margen de las funciones inherentes al Estado.

II.2. Ciberoperaciones como violación del principio de no intervención

El principio de soberanía es el fundamento de otras normas primarias como la prohibición de la intervención (Actividades Militares y Paramilitares (Nicaragua v. Estados Unidos de América), 1986). El artículo 2(7) de la Carta de las Naciones Unidas reconoce que hay “asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados”; asimismo, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1970), establece en relación al principio de igualdad soberana de los Estados, el derecho de decidir libremente sobre su sistema político, social, económico y cultural.

La intervención se entiende como la injerencia en los asuntos de otro Estado con el fin de mantener o alterar el estado actual de las cosas (Buchan y Nicholas, 2017). Es decir, denota el despojo de la soberanía de un Estado, limitando su autoridad en relación con asuntos que caen bajo sus prerrogativas soberanas, o desplazando su autoridad. Bajo un criterio estricto, una interferencia extranjera puede ser calificada como intervención ilegal cuando incide en asuntos en los que cada Estado tiene permitido decidir libremente (su sistema político, económico, social y cultural, así como la formulación de su política exterior) e involucra métodos de coerción con respecto a tales decisiones (Actividades Militares y Paramilitares (Nicaragua v. Estados Unidos de América, 1986).

Los derechos soberanos pueden ser definidos a través del concepto de *domaine réservé* que engloba en la esfera exclusiva del Estado, las cuestiones que no son reguladas por el derecho internacional. Se trata de una noción relativa ya que el derecho internacional es variable y, por lo tanto, lo que anteriormente podía considerarse *domaine réservé*, ahora podría no serlo, favoreciendo la intervención

legal en áreas actualmente reguladas por el derecho internacional (Moulin, 2020). Este concepto resulta inadecuado para abordar las ciberoperaciones; las comunicaciones son un ámbito comprendido, al menos en parte, por instrumentos internacionales como la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, su Convenio y sus reglamentos administrativos: el Reglamento de las Telecomunicaciones Internacionales y el Reglamento de Radiocomunicaciones.

Considerando la intervención como un concepto elástico que describe formas de interferencia coercitiva en las prerrogativas soberanas de un Estado (Buchan y Nicholas, 2017), resulta más apropiada la noción de *domaine privilégié*. El *domaine privilégié* protege los intereses fundamentales de un Estado y su población (Moulin, 2020); incluye no sólo los elementos necesarios para la propia supervivencia de un Estado, sino también los esenciales para su independencia, autonomía y estabilidad. De acuerdo con Moulin (2020), debe entenderse que se está frente a intervenciones prohibidas siempre que un Estado sea privado del control sobre asuntos comprendidos en el dominio privilegiado, debido a la acción deliberada de otro Estado. Así pues, la prohibición de la intervención puede extenderse a las operaciones cibernéticas dirigidas incluso contra actores privados, que sean vitales para el sistema económico, social o cultural de un Estado (Moulin, 2020). La capacidad para salvaguardar los aspectos esenciales de su condición de Estado, dependen no solo del control de sus fronteras o espacios territoriales, sino también del control de su economía y fuentes privadas de riqueza (Skinner, 2014).

Por otro lado, si bien la existencia de la prohibición de la intervención y su estatus como regla del derecho internacional consuetudinario no es controvertida, su contenido exacto está lejos de ser obvio (Helal, 2019). Una definición excesivamente limitada de intervención corre el riesgo de permitir políticas coercitivas que socaven la independencia política de los Estados o menoscaben el derecho a la autodeterminación; mientras que una definición irracionalmente

amplia podría prohibir formas legítimas de presión que los Estados ejercen en la búsqueda de sus intereses o los de la comunidad internacional en general (Helal, 2019).

La Regla 66 del Manual de Tallin 2.0 sobre el Derecho Internacional Aplicable a las Operaciones Cibernéticas, menciona que un Estado no puede intervenir de manera coercitiva, incluso por medios cibernéticos, en los asuntos internos y externos de otro. De ahí se desprende que no todo acto de interferencia viola el principio de no intervención; una intervención será ilícita cuando se componga de tres elementos: (1) un acto realizado por un Estado en contra de otro, (2) con el fin de coaccionar a este último (3) sobre su capacidad de decidir libremente (Delerue, 2020b).

Las operaciones cibernéticas pueden ser utilizadas con el propósito de subordinar el ejercicio de los derechos soberanos de un Estado u obtener ventajas de algún tipo (Delerue, 2020b; Haataja, 2017). Por ejemplo, en 2007 Estonia se convirtió en el primer Estado sujeto a ataques distribuidos de denegación de servicio (DDoS) a gran escala. Estonia había decidido trasladar una estatua conmemorativa de guerra del centro de Tallin a un cementerio militar cercano, lo que provocó el descontento de los rusos étnicos de Estonia y sus seguidores en Rusia, resultando en protestas, disturbios y múltiples ataques cibernéticos que duraron en total más de tres semanas (Haataja, 2017). Algunos de los ataques fueron rastreados a direcciones de Protocolo de Internet (IP) rusas, por lo que inicialmente Estonia culpó a Rusia e incluso afirmó que su soberanía estaba bajo ataque. Sin embargo, Rusia negó su participación y el incidente se trató como un caso penal doméstico (Haataja, 2017). De haberse confirmado el control o la participación directa de Rusia en tales operaciones cibernéticas, se habría acreditado una intervención ilícita. Esto debido a la gravedad, la duración de los ataques cibernéticos – que afectaron la actividad económica, tanto en el sector público como en el privado – y la coerción intencional contra el gobierno de

Estonia, ya que se buscaba forzarlo a revertir su política de reubicar la estatua del Soldado de Bronce (Buchan, 2017).

La violación del principio de no intervención se distingue entonces de otras violaciones de la soberanía, por la presencia del elemento coercitivo (Moynihan, 2019). La coerción implica un elemento de presión o compulsión por parte del Estado coaccionador, pues sin este requisito la línea entre la coerción y los meros intentos de influencia se volvería ambigua (Moynihan, 2019); se refiere a un acto afirmativo diseñado para privar a otro Estado de su libertad de elección (Banks, 2021). Por ejemplo, el ciberespionaje por sí mismo podría constituir una violación al principio de soberanía, pero no al principio de no intervención.

El motivo del Estado que interviene es de poca relevancia, basta acreditar el comportamiento coercitivo con respecto al libre albedrío del Estado víctima sobre sus funciones soberanas (Watts, 2015). La coerción tampoco es un enfoque basado en resultados; si el uso de medidas coercitivas tuvo éxito o no, no tiene importancia (Moulin, 2020). En el contexto cibernético, el comportamiento coercitivo del Estado ejecutor suele ser encubierto, por lo que surge la pregunta de si el Estado víctima necesita saber que está siendo coaccionado para que se establezca este elemento (Moynihan, 2019). Considerando que el simple hecho de la conducta coercitiva del Estado es lo que establece la coacción, y que la coacción no tiene que ser exitosa para ser ilícita, se puede concluir que no es necesario que el Estado víctima sea consciente de la coacción (Moynihan, 2019).

Sin embargo, el grado de presión que se requiere para privar del control de sus funciones a un Estado, no es fácilmente cuantificable ya que varía según los hechos. Si la presión puede resistirse de manera razonable, la voluntad soberana del Estado objetivo no se considera subordinada y, por lo tanto, no se materializa la intervención (Moynihan, 2019). Esto es relevante en el caso de las llamadas Operaciones de Información (OI) que buscan manipular el discurso público o alterar el flujo de información entre individuos y grupos (Uyheng, J., Cruickshank, I.J. y Carley, K.M., 2022). Una OI con el propósito de influenciar la elección

democrática de un Estado constituye una violación al principio de no intervención en función del grado de presión o coerción ejercidos (van Benthem, T., Dias, T., y Hollis, D. B., 2022).

III. La atribución de responsabilidad internacional al Estado derivada de ciberoperaciones

III.1. Criterios para la atribución de responsabilidad al Estado por ciberoperaciones realizadas por actores no estatales

La segunda condición esencial para que se configure la responsabilidad internacional, es que el comportamiento ilícito pueda adjudicarse a un Estado. En este sentido, las operaciones cibernéticas representan un desafío considerando, por un lado, los aspectos técnicos que permitirían localizar el origen de la operación, y por otro, la identificación de quien realiza el ataque como órgano u agente de un Estado.

El supuesto más evidente de la atribución es el del comportamiento de los órganos del Estado en cualquiera de sus funciones – legislativa, ejecutiva, judicial – y en cualquier nivel según su organización territorial – local, regional, federal, central – (AREHII, art. 4). El comportamiento de los particulares no es, por sí solo, atribuible a un Estado, en especial si no se trata del comportamiento de personas o entidades, facultadas por el derecho doméstico para ejercer atribuciones del poder público (AREHII, art. 5), o el de personas en ausencia o defecto de las autoridades estatales (AREHII, art. 9).

Un acto estatal se materializa a través de la actividad de los individuos, que la norma imputa al Estado, debiendo incluir aquellas conductas que un Estado no querría realizar directamente a través de sus propios órganos, pues de lo contrario, los Estados podrían eludir la responsabilidad subcontratando grupos privados o individuos (Mačák, 2016). En este sentido, se ha desarrollado una doctrina para responsabilizar a los Estados por hechos internacionalmente ilícitos

de sus socios actores no estatales (AREHII con comentarios, art. 8; Actividades Militares y Paramilitares (Nicaragua v. Estados Unidos de América), 1986; Tadić, 1997).

En el caso de las ciberoperaciones, éstas pueden ser conducidas por una o varias personas, en uno o varios Estados, con o sin autorización de éstos (Delerue, 2020a). La función legal de la atribución es considerar si la conducta de una persona física o entidad tiene una dimensión pública que es idéntica a un acto de Estado, usando alguno de los estándares de atribución existentes (Tanyildizi, 2017). De acuerdo con Levite (2022), en el contexto cibernético, los esfuerzos de atribución se abordan desde tres perspectivas distintas: la técnica, la política y la legal. Desde el punto de vista técnico, el Estado debe comprender lo que sucedió y rastrear las actividades cibernéticas maliciosas hasta un dispositivo o ubicación (Levite, 2022). Una vez que se haya alcanzado un cierto nivel de certeza en cuanto al origen de la operación cibernética, Levite (2022) afirma que el Estado deberá tomar la decisión política de cómo, cuándo y de qué forma responsabilizar al actor. Por último, desde una perspectiva jurídica, la atribución permitirá vincular la violación de una obligación internacional, con el Estado ofensor, y legitimar medidas de respuesta del Estado lesionado, como la legítima defensa o la aplicación de contramedidas, según la naturaleza y la gravedad de las operaciones cibernéticas (Levite, 2022).

El artículo 8 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado considera como hecho atribuible al Estado “el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”. Así pues, establece tres criterios autónomos para la atribución de la responsabilidad por la conducta de actores no estatales: la instrucción, la dirección y el control. Si el vínculo real entre el Estado y un actor no estatal no cumple con los criterios de atribución, el Estado no será responsable de los hechos en cuestión. Por otra parte, si dicha relación supera estos requisitos y se acredita

una dependencia total del ente privado al Estado, el primero será considerado como un órgano de facto del segundo. Es decir, se consideraría como comportamiento de un órgano del Estado, ya que un órgano de facto es una persona o entidad asimilada o absorbida por la estructura del mismo (Stokes, 2014).

Bajo el primero de los criterios – la instrucción – el Estado decide realizar el hecho ilícito, pero no lo hace por medio de sus órganos, sino que da instrucciones a una entidad no estatal para que actúe en su lugar, sin que tal entidad haya sido facultada por la legislación doméstica para efectuar actos del poder público (Mačák, 2016). Los órganos estatales complementan su propia acción reclutando a personas o grupos privados que actúan como “auxiliares” mientras permanecen fuera de la estructura oficial del Estado (AREHII con comentarios, art. 8). Este criterio implica corroborar la aceptación de las instrucciones y la posterior actuación conforme a ellas. Sin embargo, las instrucciones no requieren un alto grado de especificidad; en el caso de instrucciones ambiguas o generales, los actos incidentales, accesorios a la encomienda, serán atribuidos al Estado (Crawford, 2013). En este sentido, una ciberoperación instruida de manera general por un Estado contra otro, sin especificar los medios o métodos a utilizar, sería atribuible al Estado en su totalidad.

En cuanto al criterio de dirección, para Mačák (2016) éste implica guiar la conducta de los actores no estatales, pudiendo incurrir en responsabilidad por actos individuales incluso en ausencia de instrucciones expresas para cometer esos actos. En el contexto cibernético, el ejemplo del caso Stuxnet es relevante para el criterio de dirección que atribuye responsabilidad a los Estados por actos de actores no estatales. En un análisis realizado por el Centro de Excelencia de Ciberdefensa Cooperativa de la OTAN, se concluyó que la complejidad y la cantidad de recursos requeridos para este tipo de operación cibernética, sugerían la participación directa o el apoyo de Estados (De Falco, 2012). Partes de este proyecto fueron “contratadas a una serie de organizaciones involucradas en delitos

cibernéticos”; si bien no puede constatarse una instrucción general, la conducta de los actores no estatales se inscribe en una relación continua de subordinación que encuadra bajo la noción de dirección (Mačák, 2016).

El tercer criterio – de control – ha sido objeto de distintas interpretaciones en cuanto al grado de control que debe acreditarse para atribuir a un Estado la conducta privada. Una de las interpretaciones más aceptadas en el derecho internacional es la del “control efectivo” propuesto en el caso *Actividades Militares y Paramilitares (Nicaragua v. Estados Unidos de América)*, que exige un alto grado de dependencia de los actores no estatales para su equiparación a órganos del Estado. En las situaciones en las que un particular realiza actos ilegales, se requiere demostrar que el Estado de control emitió instrucciones específicas para ese acto en particular contrario al derecho internacional, lo que coloca al individuo en una capacidad de facto (Tanyildizi, 2017). El Estado debe estar en capacidad de controlar la operación en sus diferentes etapas: planeación, elección de objetivos, desarrollo, métodos y medios (Mačák, 2016). Una autoridad genérica sobre el individuo no sería suficiente para atribuir la responsabilidad internacional de un Estado. En el contexto cibernético, en el que la evidencia es difícil de recabar, la aplicación de este estándar haría prácticamente imposible la atribución de responsabilidad a un Estado.

Así pues, el criterio del control efectivo puede considerarse contrario a la lógica del derecho internacional sobre responsabilidad ya que el fundamento de estas normas es impedir que los Estados eludan su responsabilidad internacional haciendo que particulares lleven a cabo tareas que no pueden o no deben ser realizadas por funcionarios del Estado (Tadić, 1999). Los Estados no pueden actuar de facto a través de individuos y desvincularse de dicha conducta. El criterio de “control general” propuesto en el caso *Tadić* (1999) considera que el grado de control puede variar según las circunstancias de hecho de cada caso.

El control general de un Estado puede acreditarse cuando tiene un papel en la organización, coordinación o planificación de las acciones militares del grupo

militar, además de financiar, entrenar y equipar o brindar apoyo operativo a ese grupo (Tadić, 1999). Este estándar considera dos condiciones para la acreditación del control: asistencia – que el Estado proporcione al actor no estatal asistencia financiera y de capacitación, equipo militar y/o apoyo operativo –, y organización o coordinación de las operaciones de la entidad (Mačák, 2016). Un Estado que ejerce un control general sobre un grupo, coordinando o ayudando en la planificación general de su actividad, puede ser entonces considerado internacionalmente responsable por cualquier conducta indebida del grupo (Tanyildizi, 2017).

III.2. Eficacia de los criterios para la determinación de atribución de responsabilidad al Estado por actos de actores no estatales

Como quedó establecido en la sección anterior, para determinar la atribución de la responsabilidad del Estado por conductas de actores no estatales, se debe demostrar la instrucción, dirección o control sobre éstos. Sin embargo, estos criterios siguen dejando una brecha en la rendición de cuentas debido a las dificultades para su acreditación en tribunales internacionales (Hathaway et al., 2012a). Este problema se magnifica en el ciberespacio por la velocidad, el anonimato y complejidades técnicas de los ataques cibernéticos, dificultando la distinción entre las acciones de criminales y las de Estados.

La doctrina del control efectivo reconoce el control de un Estado sobre actores no estatales sólo si estos últimos actúan en total dependencia del Estado, “más allá de toda duda”, eliminando un estándar de duda razonable (Shackelford, 2010). En el contexto cibernético, la acreditación de ese nivel de control y, por lo tanto, la atribución de responsabilidad al Estado se ve obstaculizada por los atacantes, que ocultan deliberadamente sus identidades. Incluso con los avances tecnológicos recientes, identificar los dispositivos o las direcciones IP responsables de un ataque es difícil, lento y costoso (Banks, 2021). En una operación cibernética global sofisticada, datos faltantes o corruptos pueden ser suficientes para refutar el control del Estado e impedir la rendición de cuentas (Shackelford, 2010).

La ciencia de rastrear ataques cibernéticos requiere de un mayor desarrollo; la base actual de las comunicaciones de red en el ciberespacio – el protocolo de control de transmisión (TCP) y el protocolo de internet (IP) – se remonta a 1982 (Shackelford, 2010). Las amenazas en el ciberespacio superan sus parámetros de diseño, sin mencionar las innumerables estrategias empleadas para dificultar el seguimiento, como la tunelización, la destrucción del registro de datos o el encubrimiento de la dirección de origen (Lipson, 2002).

Incluso si la dirección IP puede ser identificada, esto no garantiza la atribución de la operación cibernética a un Estado. Por ejemplo, los ataques distribuidos de denegación de servicio (DDoS) son operaciones en las que un gran número de máquinas o “red de bots”, atacan un sitio o un conjunto de sitios con el objetivo de interrumpir el servicio al sobrecargar un servidor; están diseñados para ser detectados, por lo que tienen el carácter único de ser visibles e intrusivos (Clark y Landau, 2011). Este tipo de ataque, dirigido contra Estonia en 2007, aun cuando fue rastreado a direcciones IP rusas, no fue atribuido al Estado ya que su participación no podía ser demostrada.

A diferencia del control efectivo, la aplicación de un criterio de control general – que comprenda la coordinación o la ayuda en la planificación de un hecho ilícito – sería más adecuada para acreditar la responsabilidad internacional de un Estado (Tanyildizi, 2017). Al ir más allá del marco rígido del criterio de control efectivo, permitiría responsabilizar a los patrocinadores estatales de ataques cibernéticos cuando exista evidencia significativa de su participación (Shackelford, 2010). Sin embargo, si bien un estándar más flexible puede favorecer una mayor ciberseguridad internacional, su adopción es cuestionable ya que se incrementa el riesgo de acusaciones infundadas contra un Estado por motivos meramente políticos (Payne y Finlay, 2017). Algunos Estados prefieren la mayor carga de prueba consagrada en el criterio de control efectivo, aun cuando el criterio de control general exija la acreditación de la participación del Estado “más allá de una duda razonable” (Shackelford, 2010).

Debido a que los criterios tradicionales no parecen ser adecuados al dominio cibernético, surge un estándar alternativo denominado “criterio de control virtual” (Payne y Finlay, 2017). Dicho criterio atribuye la carga de la prueba al Estado que financia, equipa o brinda refugio a una entidad privada que posteriormente se involucra en una operación cibernética contra otro Estado (Margulies, 2013). En este sentido, se crea una presunción de vínculo entre el Estado y el actor privado, que deberá ser desvirtuada por el Estado; la carga de la prueba se atribuye a la parte con mayor acceso a la información, que deberá probar su inocencia (Levite et al., 2022). La información producida por el Estado bajo este criterio puede mostrar que no estaba involucrado en la ciberoperación, o que no pudo controlar al actor no estatal.

Este criterio alienta a los Estados a monitorear y controlar las actividades cibernéticas que se despliegan desde su infraestructura (Margulies, 2013). Bajo este criterio, se requiere una indicación prima facie que vincule el Estado acusado con el actor no estatal; sin embargo, no se precisan las condiciones jurídicas para la atribución de la carga de la prueba. Por ejemplo, cuál es la carga de producción del Estado acusado, o qué nivel de mens rea es requerido para desencadenar esa carga (Delbert, 2018). Además, se deben considerar las posibles violaciones a la privacidad, ya que los Estados tendrían un incentivo para monitorear las comunicaciones privadas de sus ciudadanos en mayor medida y así cumplir eventualmente con la carga de la prueba (Margulies, 2013). Estas preocupaciones pueden ser exageradas si se considera que la vigilancia estaría limitada a las entidades privadas que reciben apoyo material o financiero del Estado, acreditando la vinculación prima facie (Margulies, 2013; Delbert, 2018).

Otra oposición al criterio de control virtual es la posibilidad de contribuir a la escalada del conflicto debido a que el Estado víctima podría aplicar medidas defensivas en contra del Estado que se presume como agresor (Margulies, 2013). Sin embargo, el derecho internacional limita las respuestas de un Estado víctima imponiendo condiciones sumamente restrictivas – como en el caso de las

contramedidas o la legítima defensa –. Al contrario, el criterio de control virtual puede contribuir a la disminución de conflictos derivados de ciberoperaciones ejecutadas por actores no estatales al promover que los Estados vigilen o renuncien a cualquier relación que puedan establecer con estos grupos (Delbert, 2018).

Finalmente, el deber de cuidado o de prevención que se desprende del criterio de control virtual es consistente con el principio de debida diligencia; los Estados deben ejercer la debida diligencia para garantizar que el territorio y los objetos sobre los que gozan de soberanía no se utilicen para dañar a otros Estados (Corfu Channel (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte v. Albania), 1949). Este principio se extiende a las operaciones cibernéticas realizadas por actores no estatales que, si bien no violan el derecho internacional per se, pueden tener consecuencias adversas graves y afectar los derechos del Estado objetivo (Manual de Tallin 2.0., Regla 6). Esto responde al creciente peligro que los actores no estatales representan para los Estados, particularmente en el campo de las ciberoperaciones.

IV. Conclusiones

En la actualidad, las operaciones cibernéticas impactan todos los ámbitos de competencia de un Estado; desde el campo regulatorio de la actividad privada (protección de la información, prevención, persecución y sanción del cibercrimen), hasta el dominio de lo público (elecciones populares, seguridad pública y nacional, prestación de servicios públicos). En este sentido, una operación cibernética puede tener efectos devastadores, aun cuando no cause daños físicos.

En el derecho internacional, cuando un Estado es responsable de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, tiene la obligación de reparar al Estado lesionado y, además, de ofrecer garantías y seguridades para que el hecho no se repita. Por su parte, el Estado lesionado podría emplear un medio de respuesta,

como la legítima defensa, o imponer contramedidas para inducir el cumplimiento de la obligación internacional violada.

En el contexto cibernético, la asignación de responsabilidad internacional se dificulta en sus dos componentes: la calificación del hecho como internacionalmente ilícito y su atribución como comportamiento de un Estado. En cuanto al primer elemento, se analizaron los principios de soberanía y de no intervención. El ciberespacio, aun siendo un territorio intangible, goza de una arquitectura física que pertenece al dominio de un Estado e incide en el campo de sus funciones soberanas.

Si bien no puede constatarse un consenso que extienda el campo de aplicación de la soberanía estatal a la generalidad del ciberespacio, no puede negarse que el derecho internacional debe adaptarse a las cada vez más recurrentes operaciones cibernéticas conducidas por Estados, de manera directa, o por medio de actores no estatales. Las intrusiones cibernéticas en tiempos de paz resultan contrarias a los estándares de conducta esperados para el mantenimiento de la paz, la seguridad internacional y el desarrollo de relaciones de amistad y cooperación entre los Estados. Los Estados gozan de los derechos inherentes a la plena soberanía y, en sentido contrario, tienen el deber de abstenerse de privar de esos derechos a otro, aun cuando el riesgo no parezca evidente.

El principio de no intervención, si bien se desprende del de soberanía, implica la intrusión en el ejercicio de los derechos soberanos de un Estado, de forma coercitiva. Una operación cibernética es contraria a este principio si ejerce un grado de presión que priva al Estado de su capacidad de decisión o libertad de acción. Esto es particularmente relevante en el caso de las Operaciones de Información que manipulan el discurso público o alteran información con el propósito de influenciar la elección democrática de un Estado o de impactar su estabilidad política, constituyendo una violación al principio de no intervención en función del grado de presión o coerción ejercidos.

Ahora bien, la acreditación de un hecho contrario a la soberanía o la prohibición de la intervención es sólo el primer paso. El ciberespacio proporciona una anonimidad que dificulta la atribución de la conducta ilegal a un Estado y, por lo tanto, la adjudicación de su responsabilidad internacional. La identificación del origen de una operación cibernética es sólo la primera de las complicaciones; la atribución de responsabilidad requiere la acreditación de un grado de control aceptado por el derecho internacional que permita considerar el hecho como conducta del Estado. Más que una falta de claridad en los criterios determinantes, el derecho internacional mantiene criterios rígidos que no se ajustan a la realidad de las ciberoperaciones y la falta de consenso entre los Estados impide el surgimiento de nuevos criterios consuetudinarios.

La aplicación de los criterios de control al ámbito cibernético no es del todo eficaz. El grado de evidencia requerida para ciberoperaciones prácticamente irrastreables, obstaculiza la atribución de responsabilidad a un Estado por hechos de actores no estatales. Incluso el criterio de control virtual, que atribuye la carga de la prueba al Estado origen del ataque, es criticable en cuanto a que los Estados no se encuentran en un plano de igualdad en sus capacidades técnicas o desarrollo tecnológico; los Estados menos desarrollados son incapaces, por sí solos, de prevenir, detectar o defenderse ante tales operaciones.

En el contexto cibernético, se aboga por una mayor flexibilidad en los criterios de atribución de responsabilidad al Estado, ya que el objetivo principal es detener los ataques y favorecer el cumplimiento de obligaciones internacionales. Sin embargo, ante la falta de consenso y los factores políticos que impiden la creación de normas vinculantes en este campo, la vía inmediata se traduce en la cooperación internacional a través de las diferentes iniciativas en materia de ciberseguridad (Asamblea General de la ONU, Res. 77/298); desarrollar la capacidad de los Estados para enfrentar los desafíos que representan las nuevas tecnologías.

Referencias bibliográficas

- BANKS, Williams (2021). Cyber Attribution and State Responsibility. *Stockton Center for International Law*, 97, 1039-1072.
- BUCHAN, Russell, NICHOLAS, Tsagourias (2017). The Crisis in Crimea and the Principle of Non- Intervention. *International Community Law Review*, 19(2/3), 165-193.
- CHIRCOP, Luke (2019). Territorial Sovereignty in Cyberspace After Tallinn Manual 2.0. *Melbourne Journal of International Law*, 20(2), 349-377.
- CLARK, David D., LANDAU, Susan (2011). Untangling Attribution. *Harvard National Security Journal*, 2(2), 1-45.
- CRAWFORD, James. (2019). *Brownlie's principles of public international law* (9a ed.). Oxford.
- CRAWFORD, James. (2013). *State responsibility: The general part*. Cambridge University Press.
- DE FALCO, Marco. (2012). *Stuxnet Facts Report: A Technical and Strategic Analysis*. Tallinn: NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence.
- DELBERT, Tran (2018). The Law of Attribution: Rules for Attributing the Source of a Cyber-Attack. *Yale Journal of Law and Technology*, 20, 376-441.
- DELERUE, François (2019). "Attribution to State of Cyber Operations Conducted by Non-State Actors". En CARPANELLI, Elena, LAZZERINI, Nicole (eds). *Use and Misuse of New Technologies* (pp. 233-255). Springer Cham.
- DELERUE, François (2020a). "Circumstances Precluding or Attenuating the Wrongfulness of Unlawful Cyber Operations". En *Cyber Operations and International Law* (Cambridge Studies in International and Comparative Law, pp. 343-352). Cambridge University Press.
- DELERUE, François (2020b). "Internationally Wrongful Cyber Acts: Cyber Operations Breaching Norms of International Law. En *Cyber Operations and International Law* (Cambridge Studies in International and Comparative Law, pp. 193-272). Cambridge University Press.
- DELERUE, François (2020c). "The Threshold of Cyber Warfare: From Use of Cyber Force to Cyber Armed Attack". En *Cyber Operations and International Law* (Cambridge Studies in International and Comparative Law, pp. 273-342). Cambridge University Press.
- FRASER, Angus (2016). Territorial Sovereignty in the Cyber Age. *Pandora's Box*, 23, 165-174.

- HAATAJA, Samuli (2017). The 2007 Cyber Attacks against Estonia and International Law on the Use of Force: An Informational Approach. *Law, Innovation & Technology*, 9(2), 159-189.
- HATHAWAY, Oona A., CHERTOFF, Emily, DOMÍNGUEZ, Lara, MANFREDI, Zachary, y TZENG, Peter (2012a). Ensuring Responsibility: Common Article 1 and State Responsibility for Non- State Actors. *Texas Law Review*, 100(4), 539-590.
- HATHAWAY, Oona A., CROOTOF, Rebecca, LEVITZ, Philip, NIX, Haley, NOWLAN, Aileen, PERDUE, William y SPIEGEL, Julia (2012b). The Law of Cyber-Attack. *California Law Review*, 100(4), 817-885.
- HELAL, Mohamed S. (2019). On Coercion in International Law. *New York University Journal of International Law and Politics*, 52(1), 1-122.
- ILC (2001), “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II(2), 31-143.
- KOSIK, Andrey L. (2015). The Concept of Sovereignty as a Foundation for Determining the Legality of the Conduct of States in Cyberspace. *Baltic Yearbook of International Law Online*, 14, 93-103.
- LEVITE, Ariel, CHUANYING, Lu, PERKOVICH, George y YANG, Fan (2022). *Managing U.S.-China Tensions Over Public Cyber Attribution*. Carnegie Endowment for International Peace.
- LIPSON, Howard F. (2002). *Tracking and Tracing Cyber-Attacks: Technical Challenges and Global Policy Issues*. Carnegie Mellon University, CERT Coordination Center.
- MAČÁK, Kubo (2016). Decoding Article 8 of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Attribution of Cyber Operations by Non-State Actors. *Journal of Conflict & Security Law*, 21(3), 405-428.
- Manual de Tallin 2.0 sobre el Derecho Internacional Aplicable a las Operaciones Cibernéticas (2017). *Grupos Internacionales de Expertos por Invitación del Centro de Excelencia de Ciberdefensa Cooperativa de la OTAN*. Cambridge University Press.
- MARGULIES, Peter (2013). Sovereignty and Cyber Attacks: Technology’s Challenge to the Law of State Responsibility. *Melbourne Journal of International Law*, 14(2), 496-519.
- MIRÓ LINARES, Fernando. (2012). *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

- MOORE, Andrew (2015). Stuxnet and Article 2(4)'S Prohibition against the Use of Force: Customary Law and Potential Models. *Naval Law Review*, 64, 1-27.
- MOULIN, Thibault (2020). Reviving the Principle of Non-Intervention in Cyberspace: The Path Forward. *Journal of Conflict & Security Law*, 25(3), 423-447.
- MOYNIHAN, Harriet (2019). *The Application of International Law to State Cyberattacks Sovereignty and Non-intervention*. Chatham House.
- OTAN (2021). Statement by the North Atlantic Council in solidarity with those affected by recent malicious cyber activities including the Microsoft Exchange Server compromise [Comunicado de prensa].
- PAYNE, Christian y FINLAY, Lorraine (2017). Addressing Obstacles to Cyber-Attribution: A Model Based on State Response to Cyber-Attack. *George Washington International Law Review*, 49(3), 535-568.
- PIGGIN, Richard (2010). The Reality of Cyber Terrorism. *Engineering & Technology*, 5(17), 36-38.
- SCHMITT, Michael N. (2014). "Below The Threshold' Cyber Operations: The Countermeasures Response Option and International Law. *Virginia Journal of International Law*, 54(3), 698-732.
- SCHMITT, Michael N., VIHUL, Liis (2017). Respect for Sovereignty in Cyberspace. *Texas Law Review*, 95(7), 1639-1670.
- SHACKELFORD, Scott J. (2010). State Responsibility for Cyber Attacks: Competing Standards for a Growing Problem. *Georgetown Journal of International Law*, 42, 197-208.
- SKINNER, Christina Parajon (2014). An International Law Response to Economic Cyber Espionage. *Connecticut Law Review*, 46(6), 1165-1207.
- STOKES, Paul (2014). *State Responsibility for Cyber Operations: International Law Issues Event Report*. British Institute of International and Comparative Law.
- TANYILDIZI, M. Emrah (2017). State Responsibility in Cyberspace: The Problem of Attribution of Cyberattacks Conducted by Non-State Actors. *Law & Justice Review*, 8(14), 119-176.
- U.S. DEPARTMENT OF STATE (2022). Attribution of Russia's Malicious Cyber Activity Against Ukraine [Comunicado de prensa].
- UYHENG, Joshua, CRUICKSHANK, Iain J. y CARLEY, Kathleen M. (2022). Mapping state-sponsored information operations with multi-view modularity clustering. *EPJ Data Sci*, 11(25).

- VAN BENTHEM, Tsvetelina, DIAS, Talita, y HOLLIS, Duncan B. (2022). Information Operations under International Law. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 55(5), 1217-1286.
- WATTS, Sean (2015). "Low-Intensity Cyber Operations and the Principle of Non-Intervention". En OHLIN, Jens David, GOVERN, Kevin, FINKELSTEIN, Claire (eds). *Cyber War: Law and Ethics for Virtual Conflicts* (pp. 249-270). Oxford.
- WATTS, Sean, THEODORE, Richard (2018). Baseline Territorial Sovereignty and Cyberspace. *Lewis & Clark Law Review*, 22(3), 771-840.

Documentos

- Actividades Militares y Paramilitares (Nicaragua v. Estados Unidos de América), 1986, Corte Internacional de Justicia, 27 de junio de 1986.
- Ciertas Actividades Realizadas por Nicaragua en la Zona Fronteriza, (Costa Rica v. Nicaragua), 2018, Corte Internacional de Justicia, 18 de febrero de 2018.
- Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo, Opinión Consultiva del 22 de julio de 2010, Corte Internacional de Justicia, I.C.J. Reports, 2010.
- Corfu Channel (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte v. Albania), 1949, Corte Internacional de Justicia, 9 de abril de 1949.
- Fiscal v. Tadić, 1997, Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, 7 de mayo de 1997.
- Fiscal v. Tadić, 1999, Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia, 15 de julio de 1999.
- Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996, Corte Internacional de Justicia, I.C.J. Reports, 1996.
- Lotus (Francia v. Turquía), 1927, Corte Permanente de Justicia Internacional, 7 de septiembre de 1927.
- Resolución 2625 (XXV), Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Asamblea General de las Naciones Unidas, del 24 de octubre de 1970.
- Resolución A/RES/56/83, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Resolución A/RES/77/298, Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo: octavo examen, Asamblea General de las Naciones Unidas, del 22 de junio de 2023.

Causas matrimoniales en la justicia civil de Córdoba en la primera mitad del siglo XIX

Marriage records in secular justice of Cordoba in the first half of the 19th century

 **María Laura Mazzoni**

Universidad Nacional de Mar del Plata,
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina
mazzonilaura@gmail.com

Resumen: La violencia contra las mujeres en el seno de la vida conyugal ha sido analizada por la historiografía en gran medida a partir de reservorios documentales eclesiásticos donde se alojan estas causas matrimoniales. En este sentido, la curia diocesana a través de los tribunales eclesiásticos ordinarios recibía las solicitudes de divorcio de mujeres. No obstante, existen en la jurisdicción cordobesa y para el mismo periodo, expedientes con denuncias de mujeres hacia sus maridos por malos tratamientos pero que fueron presentadas en tribunales seculares. Este trabajo explora la actuación de los agentes de justicia secular en causas matrimoniales, materia ésta comprendida como “exclusividad” de la Iglesia entre finales del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX en Córdoba.

Palabras clave: JUSTICIA ECLESIASTICA; JUSTICIA SECULAR; CAUSAS MATRIMONIALES; SIGLO XIX

Abstract: Violence against women in conjugal life has been analyzed by historiography to a large extent on the basis of ecclesiastical documentary reservoirs where these files are lodged. In this sense, during the 18th century and most of the 19th century, the diocesan curia, through the ordinary ecclesiastical courts, received women's requests for divorce. However, in the Cordoba jurisdiction and for the same period, there are files with complaints by women against their husbands for ill-treatment but which were presented in secular courts. This paper explores the actions of secular justice agents in matrimonial

cases, a matter understood as “exclusive” to the Church between the end of the eighteenth century and the first half of the nineteenth century in Cordoba.

Keywords: ECCLESIASTICAL JUSTICE; SECULAR JUSTICE; MARRIAGE RECORDS; 19TH CENTURY

Fecha de recepción: 02/10/2024
Fecha de aceptación: 26/03/2025
Identificador doi: 10.62169/rg.i34.1021



Causas matrimoniales en la justicia civil de Córdoba en la primera mitad del siglo XIX

María Laura Mazzoni

I. Introducción

Enmarcado en la historia de la vida privada y en la historia de la familia la violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico ha sido analizada en el periodo colonial iberoamericano y para el siglo XIX (Ghirardi, 2004, 2008; Morgado García, 1995; Ortega López, 1999). El maltrato hacia las mujeres en el seno del matrimonio fue observado en gran medida a partir de reservorios documentales eclesiásticos donde se alojan estas causas matrimoniales. En este sentido, la curia diocesana a través de los tribunales eclesiásticos ordinarios recibía las solicitudes de divorcio *quad thorum et habitationem*¹ de mujeres que en muchos casos hacían esta petición a la institución eclesiástica por considerar que su vida estaba en peligro. La resolución de estas solicitudes, muchas veces a través de un proceso dilatado y tedioso, no significaba el fin del vínculo marital ni de la violencia, pero su accionar en los tribunales eclesiásticos podía lograr que se autorizase la separación de los cuerpos². En muchas ocasiones, no obstante, el juez eclesiástico imponía una sentencia que bregaba por la perdurabilidad del matrimonio, y la

¹ Esta solicitud en los tribunales ordinarios eclesiásticos no conllevaba la disolución del vínculo sagrado del matrimonio pero sí podía autorizar la separación de los cónyuges. En este sentido, las causas que motivaban esta concesión temporal eran escasas, y una de ellas era la comisión probada “de sevicias o malos tratos, tanto físicos como espirituales (insultos, injurias, calumnias, amenazas de muerte). Cfr.: Morgado García, 1995, p. 125.

² Sobre este tema ver: Ghirardi, 2004; Mazzoni, 2023. Para el caso español la bibliografía es copiosa, a modo representativo ver: Morgado García, 1995; Lorenzo Pinar y Pando Ballesteros, 2020; Macías Domínguez y Candau Chacón, 2016; Morte Acin, 2012. Morgado García (1995) subraya que las capas populares de Cádiz son las que más solicitan esta separación.

resolución del conflicto mediante recursos como ejercicios espirituales o separaciones temporarias (Mazzoni, 2023)³.

En el caso del obispado del Tucumán, Mónica Ghirardi ha estudiado en profundidad los juicios de divorcio alojados en el Archivo del Arzobispado de Córdoba, tipificando la violencia conyugal y las causales de solicitud de divorcio que contienen esos fondos (2004). Las causas matrimoniales de la diócesis tucumana (y luego diócesis de Córdoba del Tucumán a partir de 1806) en su gran mayoría datan del siglo XVIII y XIX. En otros trabajos se han explorado también esas causas matrimoniales para dar cuenta de que la justicia eclesiástica, el derecho canónico y los agentes de justicia eclesiástica que la impartían fueron promotores de la consolidación y continuación de un orden social patriarcal basado en la institución del matrimonio. De esta manera, las sentencias de las causas por nulidades y divorcios, cuando se encontraban, en la mayoría de los casos, reforzaban y perpetuaban este marco y en casi ningún caso autorizaban la disolución del vínculo (Mazzoni, 2023).

Este trabajo se propone observar la misma problemática desde otro punto de vista. Existían en la jurisdicción cordobesa y para el mismo periodo, expedientes con denuncias de mujeres, o de allegados a la víctima, hacia sus maridos por malos tratamientos pero que fueron presentadas en el foro civil. También los casos de homicidio de mujeres en manos de su marido fueron juzgados por los tribunales seculares. La justicia ordinaria de Córdoba debía actuar en estos casos.

³ La indisolubilidad del vínculo sacramentado era sostenido y recalado por la jerarquía eclesiástica. En los Autos de la Visita episcopal de 1795 en el obispado del Tucumán, el obispo Mariano Moscoso dejaba anotada una advertencia en este sentido en el libro de Matrimonios del Curato Rectoral. El prelado hacía especial hincapié en la preparación y la conciencia sobre esa unión que debían tener los contrayentes al llegar al matrimonio. Así en el punto 4 de sus observaciones decía: “pongan especial cuidado los Curas Rectores, en qe los contrayentes estén suficientemente instruidos en la Doctrina cristiana, sin lo qe de ningún modo podrán pasar a la publicación de las Proclamas, y mucho menos a la celebración del Matrimonio, y qe para recibir en gracia este Sacramento y llegarose a el con la reverencia devida hagan qe los contrayentes confiesen y comulguen en la misma Misa de velaciones”. AAC, Legajo 17 Visitas canónicas, Autos de la Visita 1795, Curato Rectoral.

La concurrencia a tribunales seculares para causas matrimoniales estaba contemplada en ciertos casos. Morgado García para el Cádiz del siglo XVIII observa que “el juez competente es el obispo, y por delegación de éste el Vicario General, aunque sus sentencias son apelables ante el Tribunal Metropolitano y ante la Rota” (Morgado García, 1995, p. 125). No obstante en el caso cordobés no nos encontramos con apelaciones a los tribunales civiles, sino que eran actuaciones de la justicia ordinaria secular en primera instancia.

La injerencia del foro secular en materia comprendida como exclusividad de la iglesia en este periodo ha sido poco visitada. En este sentido, en la provincia de Córdoba, en la primera mitad del siglo XIX nos encontramos con causas iniciadas por sevicia y malos tratamientos en matrimonios que empiezan a tratarse en los tribunales civiles. En general, el matrimonio, su constitución y la resolución de los conflictos que esta institución acarrea, correspondía en este periodo a la competencia eclesiástica exclusivamente. El obispo era el juez del máximo tribunal de la diócesis, al cual arribaban las apelaciones de querellantes (mujeres en este caso), para las cuales la resolución o la sentencia de una primera instancia judicial, llevada a cabo por un juez eclesiástico, que en general se trataba del cura párroco de cada curato, no había sido satisfactoria. También podía ocurrir que el juez eclesiástico no pudiera resolver en un caso en particular y terminara acudiendo a la Audiencia Episcopal para que resolviera. En la mayoría de las causas matrimoniales de este tipo se apelaba al brazo secular de la justicia en tanto auxiliar, por ejemplo para ejecutar una pena como el apresamiento del reo.

De esta manera, el objetivo principal de este trabajo será aproximarnos a las causas matrimoniales en el siglo XIX que eran tratadas en la justicia civil. Nos preguntamos por qué se alojaron causas matrimoniales por denuncias por sevicia o malos tratamientos en los tribunales seculares de la justicia en vez de acudir a los tribunales eclesiásticos.

Las fuentes consultadas para este trabajo corresponden a expedientes judiciales que se encuentran alojados en el Fondo Crimen del Archivo Histórico Provincial de Córdoba (en adelante AHPC), y a causas matrimoniales del tribunal eclesiástico pertenecientes al Archivo del Arzobispado de Córdoba (en adelante AAC) de la ciudad de Córdoba y su campaña entre el periodo tardocolonial y la primera mitad del siglo XIX.

II. El auxilio del brazo secular

Como mencionamos, las causas matrimoniales eran de competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos ordinarios. El juez eclesiástico era quien tenía jurisdicción sobre las solicitudes de *divorcio quad thorum et habitationem*. En este sentido, el periodo que analizamos parece constituirse en un lapso transicional. A la par que vemos a la justicia civil, los jueces pedáneos, actuando como agentes auxiliares de la justicia eclesiástica, veremos también un incremento de las competencias civiles en estas causas.

En este sentido, encontramos en este periodo gran cantidad de conflictos de jurisdicción entre la justicia eclesiástica y los jueces seculares que se suscitaron en torno a las potestades y los alcances de la autoridad de cada uno de estos agentes de justicia y las materias en las cuales podían involucrarse de acuerdo a su magisterio⁴. Entre estas disputas las relativas a los matrimonios tuvieron un lugar a destacar. En 1776 se sancionó la Pragmática Sanción sobre matrimonios cuyo alcance para América fue establecido mediante Real Cédula en 1778 y que reforzaba y normativizaba la autoridad del “*pater familia*”, convirtiendo el permiso paterno en prerrequisito obligatorio para la celebración del matrimonio (Silverstri,

⁴ Los conflictos entre la jurisdicción eclesiástica y la secular han sido estudiados con profundidad para el Río de la Plata. Ver: Barral, 2003, 2011; Barral y Moriconi, 2016; Moriconi, 2012, 2013.

2022)⁵. En marzo de 1787 se publicó otra Real Cédula que increpaba a los “clérigos por el acatamiento de la Pragmática Sanción de matrimonios visibilizando la tensión entre las jurisdicciones real y eclesiástica” (Silvestri, 2022, p. 135). En este contexto, el gobernador-intendente de Córdoba, Rafael de Sobremonte, enviaba una nota al Provisor de la diócesis en 1792 con el fin de acallar las quejas de padres de familia por la “desigualdad de los casamientos de sus hijos”⁶ que se celebraban sin el consentimiento paterno. Así, el Gobernador recordaba que “según las órdenes del soberano” los curas debían pedir la licencia donde constara ese consentimiento o bien, licencia del Gobierno, para todos los contrayentes⁷.

También se suscitaron conflictos en torno al accionar de los jueces seculares en las causas de concubinatos según lo que establecía una Real Cédula de 1787 de los que incluso se hizo eco el Obispo. El prelado Ángel Mariano Moscoso se quejaba en los Autos de su Visita de 1795 de la “errada y mala inteligencia que se ha dado a la Real Cedula de 21 de Diciembre de 1787 sobre el conocimiento de las causas de concubinato”⁸ ya que los curas quedaban relegados a una mera figura de “delatores o denunciantes” y toda “la facultad para remediar estos pecados públicos residía en los jueces Reales”⁹. Ante esta interpretación errónea de la Real Cédula, Moscoso decidía hacer circular la Cédula por las parroquias “advirtiendo a los curas y vicarios las facultades que por ella se le conceden, y el método y firma con que debe ejercerla”¹⁰.

El caso cordobés y las disputas en torno al alcance de la jurisdicción de los jueces eclesiásticos en materia de matrimonio parecen responder a una gradual

⁵ Hasta la Pragmática Sanción sobre matrimonios de 1776 en cuanto a la jurisdicción eclesiástica en materia de matrimonios “pasaban por manos de los jueces vicarios causas de concubinato, bigamia, divorcios y promesas de esponsales incumplidas y (...) disensos” (Silvestri, 2022, p. 131).

⁶ AAC, Legajo 17, Sobremonte sobre matrimonios 1792.

⁷ AAC, Legajo 17, Sobremonte sobre matrimonios 1792.

⁸ AAC, Legajo 17, Autos de la Visita 1795.

⁹ AAC, Legajo 17, Autos de la Visita 1795.

¹⁰ AAC, Legajo 17, Autos de la Visita 1795.

disminución de los alcances de esa jurisdicción en detrimento de los agentes seculares de justicia. No obstante, el avance de la jurisdicción real ante la eclesiástica en el marco de las reformas borbónicas de finales del siglo XVIII no fue un proceso lineal ni homogéneo (Moriconi, 2019).

En este sentido, la primera mitad del siglo XIX refleja aun en las causas matrimoniales la potestad de la jurisdicción eclesiástica en esta materia y la actuación de agentes de la justicia secular como auxiliares. María del Señor Farías, natural de Guasapampa, curato de Pocho, iniciaba una demanda de divorcio en 1839 por sevicia y malos tratos por parte de su marido. En el expediente se agregaba una sumaria información que la declaraba pobre de solemnidad para obtener el beneficio de pobreza en el proceso. Esta condición de pobre era certificada por la autoridad secular y se agregaba al expediente eclesiástico¹¹. En una causa por bigamia iniciada en Córdoba en 1840 “el tribunal eclesiástico recurre al brazo secular para apresar a los reos”¹².

Por la misma época el provisor de la diócesis libraba un oficio al juez de primera instancia (en lo civil) “comunicándole el deseo del tribunal eclesiástico de reunir a los esposos, Don Felipe Diaz y Doña Fernanda Sarmiento (...) se solicita al juez notifique al marido concurra a la curia de Córdoba”¹³. La citación se ejecutaba luego de que el tribunal hubiese mandado a Fernanda Sarmiento a que cumpliera con ejercicios espirituales. El juez notificaba al Capitán de Candelaria para que notificase al demandado¹⁴. Diaz contestaba a la citación objetando:

“que no podía bajar por el Comandante le tenía prohibido no se moviera de su casa por si hubiese algunas ocurrencias de citación (...) pero que su mujer puede venir a

¹¹ AAC, Legajo 203 (1826-1849), t. X, Exp. 46, 1839.

¹² AAC, Legajo 203 (1826-1849), t. X, Exp. 48, 1840.

¹³ AAC, Legajo 203 (1826-1849), t. X, Exp. 47, 1840.

¹⁴ AAC, Legajo 203 (1826-1849), t. X, Exp. 47, 1840.

su casa si quiere, porque para el, lo mismo es entrar a los Ejercicios que no entrar, porque siempre que le vea a su mujer en algunos desordenes le ha de reprender”¹⁵

El expediente no conserva la resolución de la causa ni da cuenta de si esta negativa de citación del acusado podría haber actuado a favor de Fernanda Sarmiento. Tampoco permiten observar si hubo consecuencias o algún castigo ejecutados por el juez o el capitán para Diaz por sus dichos.

Para el mismo periodo acá analizado, en el occidente castellano de la península ibérica las autoridades seculares también tenían un rol auxiliar en las causas matrimoniales. Los alcaldes, por ejemplo, solían llevar a prisión a los maltratadores, y los corregidores podían dirigir a los maridos acusados hacia el reclutamiento para el ejército. Además, en el periodo liberal, “dos hombres buenos, uno nombrado por cada una de las partes, se encargaban de advertir a la pareja para que se ‘aviniesen y congregasen según Dios manda[ba]” (Lorenzo Pinar y Pando Ballesteros, 2020, pp. 183-184).

Los expedientes analizados nos muestran la existencia de una complementariedad de funciones entre el foro civil y eclesiástico bajo la cual el brazo secular parecía ser el ejecutor de funciones de policía y control, mientras que el tribunal eclesiástico se concentraba, para las causas matrimoniales, en el procedimiento, la argumentación y la ejecución de las sentencias. No obstante, y como mencionábamos más arriba, podemos observar que las causas matrimoniales por sevicia o malos tratamientos en algunas ocasiones eran iniciadas en el foro secular por jueces civiles como veremos en el siguiente apartado.

¹⁵ AAC, Legajo 203 (1826-1849), t. X, Exp. 47, 1840.

III. Las causas en la justicia secular

En 1799 Bartolina Gomes quedó postrada con múltiples heridas por los azotes que le infringió su marido con un “elemento magullante” de acuerdo al informe del facultativo sobre el estado de salud de Bartolina. Su tía, Rosa Farías, había acudido al Alcalde de 1° voto para denunciar el hecho. La causa que se inició por oficio del Alcalde contra Melchor Prado, el marido de Bartolina, tuvo como trasfondo un arranque de celos de Prado desatado a raíz de la invitación de Bartolina a un niño de doce años –según Bartolina, según Prado el niño en cuestión tenía quince años-¹⁶ “de la Compañía” a dormir en su casa algunas noches. En la primera presentación que Bartolina hizo ante el Alcalde, la mujer hacía una petición reñida con la normativa de la época. En el escrito solicitaba que el juez solicitase, o quizás avalase, el pedido de divorcio ante el foro eclesiástico, aunque no fuera éste el tribunal que entendía en materia de causas matrimoniales:

“Ha de servir la integridad de VM declarar por atentado, y cruento dicho castigo a Prado bajo gravissimas penas que puedan contenerlo mandando [¿] y proporcionar [¿] como para promover el Juzgado provisoral la acción de divorcio, a que ha prestado sobrado merito con tan desafortunado hecho”¹⁷

Por su parte, Prado, en un escrito donde puede leerse la pluma de un letrado asesorando al acusado, se ponía a disposición de la justicia y objetaba que era un tribunal eclesiástico el que debía entender en esta materia:

“Allano por mi parte la facultad al Juez competente, y a quien toque su discernimiento, para desde luego resuelva en el asunto sin mas contestación ni citación mia lo que tenga por conveniente: pues desde ahora protesto estas lo dispuesto por el Juzgado de V.M y del Eclesiastico que debe conocer la instancia de

¹⁶ El dato sobre edad del niño en cuestión puede estar relacionado con la necesidad de establecer su minoría o, por el contrario, su adultez a los fines de la argumentación en la causa. Sobre la concepción de niñez y minoridad ver: Sidy, 2023.

¹⁷ AHPC, Crimen, 1799, Legajo 83, exp.1, s/f. El resaltado nos pertenece.

divorcio, y de no contestar demanda ni pleito alguno de mi esposa. Por tanto habiendo el pedimento mas conforme a derecho”¹⁸

La causa criminal por maltrato a la que se enfrentaba Prado en el Juzgado de 1° Voto contenía un sumario y la declaración de la tía de Bartolina, y de la tía de Prado, Ana Prado, quien vivía en la casa contigua a la vivienda de los esposos y había presenciado y confirmaba la golpiza a Bartolina y al niño. En el proceso, la presentación de Melchor Prado apelaba en numerosos pasajes a referencias religiosas, cuestión ésta que no era exclusiva de esta causa judicial, ya que las imágenes y el simbolismo religioso inundaba las argumentaciones tanto en la justicia civil como en la eclesiástica¹⁹. Justificaba así su accionar arguyendo que:

“por mas justificadas qe supongamos sus operaciones o costumbres no debemos estimarlas mas calificadas, qe las de un Santo Rey David, de quien no afirman las escrituras santas, qe fue formado según el corazón de Dios (...)”²⁰

E incluso daba prueba de la falta de intencionalidad de su “equivoco” alegando que solo Dios podía saber las verdaderas intenciones de su mujer:

“Las intensiones de mi esposa pueden haber sido mui rectas, inocentes y santas. Pero la eterna sabiduría nos enseña en las Divinas letras, qe solo Dios es capaz de sondear el corazón o interior de cada uno(...)”²¹

Bartolina Gomez no presentó la demanda de divorcio ante un juez eclesiástico, o al menos no se conserva en los archivos eclesiásticos tal solicitud. En el transcurso de la causa, Prado enviaría esquelas a su esposa, que fueron incluidas en el expediente de la causa, donde le solicitaba no escuchar a sus parientes y le rogaba su perdón. Finalmente en diciembre de ese mismo año las partes acordaban desistir de la causa, el Alcalde dictaminó entonces la liberación de

¹⁸ AHPC, Crimen, 1799, Legajo 83, exp.1, s/f.

¹⁹ Alejandro Agüero sostiene que existieron después de la independencia en el Río de la Plata “formas de continuidad del lenguaje y el razonamiento jurídico” que perviven más allá de la nueva forma de acción política y del nuevo lenguaje que ésta supone. Cfr.: Agüero, 2010.

²⁰ AHPC, Crimen, 1799, Legajo 83, exp.1, s/f.

²¹ AHPC, Crimen, 1799, Legajo 83, exp.1, s/f.

Prado “para que siga con su mujer Doña Bartolina Gomez en la unión a que ambos aspiran bajo los pactos y condiciones que se expresan”²². Desconocemos cuáles son esos pactos, sin embargo el proceso no difería de los resultados que muestran las causas por malos tratamientos de los tribunales eclesiásticos. A partir del acuerdo de las partes, o por la mediación y el consejo del juez –secular o eclesiástico- la unión matrimonial rara vez era jurídicamente autorizada a romperse. La preservación del vínculo matrimonial como premisa también inspiraba las resoluciones del foro civil.

Es el gobernador López quien en 1839 instaba al Alcalde de 1° voto de Córdoba, Don Andrés Avelino de Aramburu, a resolver el caso de una madre que pedía por su hija. Mercedes Romero denunciaba que su hija, Agueda Romero, “esta padeciendo malos tratamientos personales y estropeamientos en su cuerpo de parte de su marido Juan Pedro Pizarro; asimismo notables escaseses en lo necesario para pasar la vida”²³ y adjudicaba esos padecimientos al “trato carnal e ilícito” que Pizarro mantenía con Trinidad Medina. La madre solicitaba que el Alcalde se sirviera disponer que Medina saliese de la jurisdicción remarcando la condición de soltera de esta última “para de este modo hacer cesar los padecimientos y escaseses de dicha mi hija (...) cortándose de este modo el trato ilícito y escandaloso”²⁴ entre Medina y Pizarro.

La suerte de Trinidad Medina estaba echada. Mujer soltera, y probablemente esclavizada o bajo una condición jurídica no libre, fue primero entregada a una mujer, Doña Antonia Dias, del Paraje del Quebracho en mayo de 1844. En septiembre del mismo año Dias acudió al juzgado a “devolver” a Trinidad que constantemente amenazaba con huir del Paraje si no se la llevaba de vuelta ante el Alcalde. Fue entonces entregada al Oficial Palacios de la Villa Nueva para que

²² AHPC, Crimen, 1799, Legajo 83, exp.1, s/f.

²³ AHPC, Crimen Capital, 1839, Legajo 190, exp. 7, f. 1v.

²⁴ AHPC, Crimen Capital, 1839, Legajo 190, exp. 7, f. 1r.

permaneciera al servicio de su familia²⁵. Para Trinidad la relación con Juan Pedro Pizarro había traído el destierro y la obligación de trabajar al servicio de una familia. El caso no trajo consecuencias aparentes para Pizarro, y desconocemos si los maltratos a Agueda Romero cesaron una vez que la relación entre su marido y Trinidad Medina hubo finalizado.

En este sentido, la resolución de la causa no escapa al tratamiento que se daba en la época a las mujeres solteras de la plebe en el ámbito judicial y pone de relieve la idea de honor que implicaba ser una “mujer respetable”. Jaqueline Vasallo analizó los mecanismos de control social que se ejercieron sobre las mujeres en la Córdoba borbónica, y sostiene que el honor residía en el comportamiento sexual casto de las mujeres (Vassallo, 2006). Trinidad Medina no encajaba en este modelo de mujer casta, su comportamiento escandaloso la convertía en una mujer de mala fama, sostenía en palabras de quien inició la denuncia en los tribunales, un trato “ilícito y escandaloso” con un hombre casado. Sin sujeción a un marido, y con una condición jurídica vulnerable, Trinidad podía considerarse a los ojos de la justicia una mujer “suelta”. La resolución de la causa, el control que ejerció la justicia sobre esta mujer, operaba como solía hacerlo “con mujeres que a su parecer, no tenían una sólida “guía” familiar y actuó cuando el [control] doméstico y el religioso resultaron defectuosos o fallaron” (Vassallo, 2006, p. 105).

La culpa recaía en las mujeres, en este caso la tercera en discordia, Trinidad Medina, no así en Pizarro, pero por otro lado, la causa no se pronunciaba sobre los maltratos producidos a la persona de Agueda Romero que denunciara su madre. Josefa Bustos, otra mujer residente en la ciudad de Córdoba no pudo presentar su caso ante el Juzgado 1°. Por los mismos años fue hallada muerta. Juan Ledesma, su

²⁵ AHPC, Crimen Capital, 1839, Legajo 190, exp. 7, f. 2v.

marido, era el principal sospechoso “reo presunto de haber ahogado a su mujer”²⁶. En febrero de 1839 una Junta Asesora del Juzgado se reunía y resolvía declarar:

“a dicho Ledesma absuelto de la presente instancia, dándose por suficientemente purgado, de las sospechas y presunciones qe contra el arroja el proceso y que no se han probado, con las sosobras y penas qe ha sufrido en la formación del proceso y carcelaria de mas de seis meses; en su consecuencia pongase en libertad bajo apersebimiento de mejor comportacion y moralidad, qe en adelante guardara”²⁷

No había otro sospechoso, ni la Junta sostenía la inocencia del reo, pero sí consideraban que la “fama” o el honor mancillado ante las sospechas que sobre el acusado recaían eran suficiente castigo. De hecho consideraron que los seis meses de cárcel habían sido suficientes, pero que en adelante debía comportarse mejor. En la resolución del caso parece haber pesado el perjuicio que le generaba al sospechoso la “mala fama” de haber sido involucrado en el proceso judicial y encarcelado. El resguardo de la reputación del reo, con la simple advertencia de guardar un mejor comportamiento, que de alguna manera confirmaba la culpabilidad del asesinato de su esposa o una responsabilidad en él, probablemente se explicaba por el peso de la mala o buena fama que vinculaba el comportamiento social y el control comunitario con el sistema judicial (Ambroggio, 2013, p. 48). La buena fama protegía contra los indicios y contra las pruebas semiplenas y podía cambiar el balance procesal y producir la liberación de reos que en otro caso hubieran sufrido una condena, en cambio, la mala fama facilitaba la acusación²⁸.

²⁶ AHPC, Crimen Capital, 1839, Legajo 190, exp. 7, f. 16v.

²⁷ AHPC, Crimen Capital, 1839, Legajo 190, exp. 7, f. 16v. El subrayado es nuestro.

²⁸ La idea le pertenece a Tamar Herzog. Citado por Ambroggio, 2013, p. 48.

IV. Del dicho al hecho hay mucho trecho...

En 1827 doña Mercedes Bustos moría en la Quebrada del Difunto Antonio en circunstancias sospechosas. Mediante un oficio, el gobernador Juan Bautista Bustos instaba al juez sustituto de alzada de Punilla, José Segundo Capdevila, a elaborar un sumario debido a las suspicacias que había levantado el hecho:

“la muerte de la Sra de Castillo tal como ha sucedido es sospechosa, y por lo mismo V. con arreglo a la orden del 4 del corriente debió proceder a sumariar este echo: ella estaba amenazada por su marido, y este conocimiento produjo la orden referida en su virtud procederá V. a levantar el sumario a la mayor brevedad (...) a averiguar del modo posible la verdad de este acontecimiento. Es difícil que el capataz, la criada, y otros mas de la misma casa no puedan dar alguna idea”²⁹

El oficio incluso mencionaba supuestos antecedentes de amenazas de Castillo contra su esposa de las que se tenía conocimiento. El sumario que llevó a cabo el juez de alzada arrojó algunas versiones contradictorias sobre el proceder del sospechoso y sobre las circunstancias que rodearon la muerte de su esposa. Según la criada y algunos testigos, como el capataz y un vecino, luego de un diálogo “incómodo” con su marido, la mujer se habría dirigido a la casa del cura junto con su criada y al caer la noche habían parado en una Quebrada donde la encontró la muerte de manera natural. Sin embargo, dos declaraciones hablaban de los dichos del maestro albañil Don Antonio Baras quien aseguraba que Castillo tenía una relación con una criada que se encontraba en Córdoba en ese momento y que la señora Bustos le había dicho que “Castillo le había dicho (...) que le traiga la criada de Córdoba, y que sino la traia, la había de llevar a cinto y le había de quitar la vida”³⁰.

Cuando el juez citó nuevamente a los testigos a comparecer en Córdoba para resolver la causa, sus indagaciones apuntaron a conocer si había una conducta

²⁹ AHPC-Crimen Capital-Legajo 166- exp. 7, f 1v.

³⁰ AHPC-Crimen Capital-Legajo 166- exp. 7,

previa de mal trato por parte de Castillo hacia su mujer. Quinteros, un testigo clave de la causa, mencionó que era:

“publico y notorio que de mozo le ha dado una vida torpe a su finada esposa D. Pedro Castillo: que el que declara le facilitó por una o dos ocasiones cavallos a la finada Bustos para que escapase de la furia de su marido; y que este trato torpe resultaba de la ilícita amistad que tenía Castillo con una esclava suya llamada Maria Antonia (...) había obligado a su mujer viniese a esta de Cordoba a empeñarse por la devolución de la esclava Maria Antonia porque sino la había de llevar a ella al lugar de Pinto, y que allí la había de matar”³¹

Finalmente la causa fue elevada por el Gobernador al Ministerio Fiscal que resolvió que Castillo fuese liberado pero asumiendo las costas del proceso de 21 pesos. La resolución del caso concluía que:

“no embiando ella merito suficiente, para una acusación apoyada, puede V. siendo servido sobreseer en ella y absolviéndoles en la instancias con costas (...) Sus expresiones agrias y avanzadas de (...) matarla (...) Esta es la culpa de Dn Pedro que le acarreado estos padecimientos y le debe acarrear las costas, por que aun que de lo dicho a lo hecho hay mucho trecho, como se dice, y esas expresiones las brota en calor intemperado i indiscreto, mas en la execucion suelen estar mui distantes de acreditarse en la obra. Pero cayendo este [¿] no en un razón constante, sino en una mujer invencil, no era de estrañar se tomase ella todo [¿] es mas propenso de su sexo y en esto es responsable Castillo”³²

En la resolución de la causa, la inocencia de Castillo se sostenía en la premisa de que “del dicho al hecho hay un buen trecho” y por lo tanto era muy poco probable que Castillo hubiera llevado a la acción las amenazas que de palabra le profería a su mujer. Por otra parte, el juez reconocía alguna culpa en el acusado, al vincular directamente la huida, seguida de la muerte, de la esposa por temor a ser asesinada, pero otorgándole tan solo una sanción económica. Además, la

³¹ AHPC-Crimen Capital-Legajo 166- exp. 7, fs. 12 v. y r. y 13 v.

³² AHPC-Crimen Capital-Legajo 166- exp. 7, f. 32 v. El subrayado es nuestro.

resolución hacía hincapié en que el miedo de Bustos se explicaba por la imposibilidad de raciocinio, propia de su sexo. Al respecto, la resolución del Ministerio Fiscal también determinaba la liberación inmediata del acusado, y del capataz y la criada, quienes habían sido encarcelados durante la confección del sumario en Córdoba, y el cese del embargo de los bienes del acusado. Alejandro Agüero señala que “una de las formas más comunes de cerrar una causa criminal en tiempos coloniales consistía en dar por pena la prisión que el reo había sufrido durante el proceso” (2010). Esta forma “indulgente” de resolver la causa, agrega Agüero, se sostenía en criterios reñidos con el ideario de una justicia penal liberal. Aun en 1827, y con el avance de la republicanización de las instituciones que supuso la experiencia de las autonomías provinciales, lo que seguía primando en muchos casos era la “discreción del juez y el sentido purgativo del padecimiento” (Agüero, 2010).

En este sentido, la justicia ordinaria de la Córdoba de la primera mitad del siglo XIX no se modificó sustancialmente con los cambios políticos que trajo la Revolución de 1810, ni en su estructura institucional, ni en el modelo de autoridad pública “representado por un concepto de ‘magistrado’ en el que resultaban igualmente incluidos y equiparados como productores de legalidad penal el ‘Director del Estado’, la ‘Cámara de Apelación’, el ‘Gobernador Intendente’, los ‘Teniente de Gobernador’, etc.” (Agüero, 2010). Como vimos en los casos analizados, las causas podían ser iniciadas tras una orden del Gobernador, en 1828 lo hacía Juan Bautista Bustos quien además la elevaba al Ministerio Fiscal en el caso de Mercedes Bustos contra Castillo, o en 1839 en el caso de Agueda Romero. Esta “diversidad” de productores de legalidad estaba reñido con principios republicanos como la “división de poderes” (Agüero, 2010).

Las consecuencias para Castillo pueden haber puesto en jaque su “buen nombre” en el curato de Punilla, pero no afectaron su capital ni su libertad por

mucho tiempo. Por otra parte, es otra vez, la buena fama la que incide en la resolución judicial de la causa.

En este sentido, las resoluciones y sentencias de las causas matrimoniales impartidas en tribunales seculares se valieron de un lenguaje y una justificación informal, como la de basar la liberación del sospechoso por la distancia entre el decir y el hacer, a la que se le dio más peso que a los testimonios del proceso. Esto establece una diferencia con el lenguaje, más técnico aunque también plagado de referencias religiosas, utilizado en las causas matrimoniales alojadas en el tribunal eclesiástico, probablemente relacionada también con la formación de los agentes de justicia eclesiásticos (Mazzoni, 2019). La justicia penal secular, si tomamos lo que dice Agüero, seguía siendo una justicia en manos de agentes no especializados, muchas veces vecinos legos, alejada del estamento letrado al igual que en el periodo colonial (Agüero, 2008).

V. Reflexiones finales

En esta aproximación a las causas matrimoniales que solicitaban el divorcio de los cónyuges por sevicia o malos tratamientos observamos la concurrencia de ambas esferas de la justicia en el obispado de Córdoba. La justicia eclesiástica, que actuaba en la mayoría de estas causas, se valía de los agentes de justicia secular como auxiliares de justicia. Éstos ejecutaban resoluciones de los jueces eclesiásticos, mientras que el tribunal eclesiástico se concentraba en el proceso y la fundamentación jurídica de las resoluciones. Así se establecía una complementariedad de la justicia civil y la eclesiástica a fines del siglo XVIII y durante la primera mitad del siglo XIX.

Encontramos causas donde las mujeres demandaban a sus maridos por sevicia y malos tratos en los tribunales civiles con los mismos argumentos con que otras lo hacían en el foro eclesiástico, e incluso, como vimos en el caso de Bartolina

Gomes solicitaban el divorcio de la unión matrimonial que había sido legitimada y sacralizada por la Iglesia, y que era parte de sus atribuciones, a un juez civil.

El entramado y los cruces entre estas esferas de la justicia en la diócesis de Córdoba es aún una dinámica por explorar. No obstante, dimos cuenta de cómo la justicia eclesiástica, y los agentes de justicia secular fueron en igual sentido promotores de la consolidación y continuación de un orden social patriarcal basado en la institución del matrimonio. De esta manera, las sentencias traducían una voluntad de los agentes de justicia que se inclinaba hacia la continuación del matrimonio, a la desestimación de las denuncias y a la culpabilización de la mujer. Sobre este punto, las nociones de honor y fama tenían un peso sustancial en las resoluciones de las causas y reforzaban la desigualdad de género.

Primaba una fuerte convicción en conservar un orden social “del que los jueces se asumían como custodios” (Agüero, 2008, p. 454). En este sentido, ese orden social resguardaba a partir de esta justicia al menos dos ejes claves: el ordenamiento jerárquico de los hombres por sobre las mujeres, y el de los sectores acomodados por sobre los populares. Así, esposos violentos como Castillo o Pizarro pudieron conseguir por parte de la justicia secular la absolución pese a que el proceso demostrase su culpabilidad, y mujeres solteras y de la plebe como Trinidad Medina perdían su libertad en el marco de procesos judiciales a causa de conflictos que se resolvían favorablemente para sus amos/patrones/amantes.

En una comunidad rural que podríamos describir como campesina (Tell, 2006) en el período tardocolonial, las inequidades intergenéricas eran confirmadas y renovadas por los agentes de justicia eclesiástica y secular. La contracara de esta comprobación también está presente en las causas matrimoniales analizadas: existía una agencia femenina por explorar, que llevó a las mujeres a interpelar a las instituciones de justicia en pos de lograr una interrupción de la vida en común que percibían injusta. Las mujeres parecían

acudir a estas instituciones aún a sabiendas del escaso eco y empatía que sus demandas podrían obtener, movidas seguramente por la necesidad de salvar su vida. A fin de cuentas, el derecho, a la vez que un instrumento de control social, fue y es un terreno de disputa que siempre ha ofrecido una vía para que los sectores subalternos desafíen, eludan o saquen provecho de ella (Aguirre y Salvatore, 2001)³³.

Referencias bibliográficas

- AGUIRRE, Carlos y SALVATORE, Ricardo (2001). Introduction. Writing the History of Law, Crime, and Punishment in Latin America. En Ricardo, SALVATORE, Carlos AGUIRRE y Gilbert JOSEPH (Eds.), *Crime and Punishment in Latin America* (p. 1-32). EEUU: Duke University Press.
- AGÜERO, Alejandro (2010). Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*.
- AGÜERO, Alejandro (2008). *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- AMBROGGIO, Eugenia (2013). *Violencia, género y honor en la Córdoba borbónica. Justicia y mecanismos informales de control social*. Córdoba: Ferreyra Editor.
- BARRAL, María Elena (2003). 'Fuera y dentro del confesionario'. Los párrocos rurales de Buenos Aires como jueces eclesiásticos a fines del período colonial. *Quinto Sol*, 7, 11 – 36.
- BARRAL, María Elena (2011). Las parroquias del suroriente entrerriano a fines del siglo XVIII: los conflictos en Gualeguay. En María Paula POLIMENE (Coord.), *Autoridades y prácticas judiciales en el Antiguo Régimen. Problemas*

³³ La traducción me pertenece.

jurisdiccionales en el Río de la Plata, Córdoba, Tucumán, Cuyo y Chile (pp. 95-115). Rosario: Prohistoria Ediciones.

BARRAL, María Elena y MORICONI, Miriam (2016). Los otros jueces: vicarios eclesiásticos en las parroquias de la diócesis de Buenos Aires durante el período colonial. En Elisa CASELLI (Coord.), *Justicias, agentes y jurisdicciones. De la Monarquía Hispánica a los Estados Nacionales (España y América, siglos XVI-XIX)* (pp. 345 – 372). Madrid: FCE.

GHIRARDI, Mónica (2004). *Matrimonios y familias en Córdoba, 1700-1850*. Córdoba: Centro de Estudios Avanzados-Universidad Nacional de Córdoba.

GHIRARDI, Mónica (2008). Familia y maltrato doméstico Audiencia episcopal de Córdoba, Argentina. 1700-1850. *História Unisinos*, 12(1), 17-33.

LORENZO PINAR, Francisco Javier y PANDO BALLESTEROS, María Paz (2020). Familias en conflicto: separaciones matrimoniales en el occidente castellano (1750-1850). En Margarita TORREMOCHA HERNÁNDEZ (Coord.), *Matrimonio, estrategia y conflicto (siglos XVI-XIX)* (pp. 177-194). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

MACÍAS DOMÍNGUEZ, Alonso Manuel y CANDAU CHACÓN, María Luisa (2016). Matrimonios y conflictos: abandono, divorcio y nulidad eclesiástica en la Andalucía moderna (Arzobispado de Sevilla, siglo XVIII). *Revista Complutense de Historia de América*, 42, 119-146.

MAZZONI, María Laura (2023) ¿Lo que Dios unió, que no lo separe el hombre? Las causas matrimoniales de la Audiencia episcopal de la Diócesis de Córdoba del Tucumán en el periodo tardocolonial. En María Alejandra FERNÁNDEZ y Fernanda MOLINA (Coords.), *Género, sexualidad y raza. Producciones normativas y experiencias judiciales en las modernidades europeas y americanas (fines del siglo XV- principios del siglo XIX)* (pp. 113-130). Los Polvorines: Ediciones de la Universidad Nacional de General Sarmiento.

- MAZZONI, María Laura (2019). *Mandato divino, poder terrenal. Administración y gobierno en la diócesis de Córdoba del Tucumán (1778-1836)*. Rosario: Prohistoria ediciones.
- MORICONI, Miriam (2012). Usos de la justicia eclesiástica y de la justicia real (Santa Fe de la Vera Cruz, Río de la Plata, s. XVIII). *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. Recuperado de <https://journals.openedition.org/nuevomundo/64359>
- MORICONI, Miriam (2013). La administración de la justicia eclesiástica en el Río de la Plata s. XVII-XVIII: un horizonte historiográfico. *História da Historiografia*, 6(11), 210-229.
- MORGADO GARCÍA, Arturo (1995). El divorcio en el Cádiz del Siglo XVIII. *Trocadero. Revista de Historia Moderna y Contemporánea*, 6-7, 125-137.
- MORTE ACIN, Ana (2012). Que si les oían reñir o maltratar el marido a la mujer la socorriesen: familia, vecindad y violencia contra la mujer en la Edad Moderna. *Revista de Historia Moderna*, 30, 211-228.
- ORTEGA LÓPEZ, Margarita (1999). La práctica judicial en las causas matrimoniales de la sociedad española del siglo XVIII. *Espacio, tiempo y forma*, IV(12), 275-296.
- SIDY, Bettina Laura (2023). De abandonos y circulación de niñas: Notas y reflexiones en torno a la minoridad en el Buenos Aires tardo colonial. *Americania*, 16(1), 119-146.
- SILVESTRI, Noelia (2022). '...con pretexto de desigualdad'. Recepción y práctica de la Real Pragmática sobre matrimonios en un territorio de la Monarquía Hispánica: Santa Fe del Río de la Plata, 1778-1787. *Itinerantes. Revista de Historia y Religión*, 17, 127-152.
- TELL, Sonia (2006). El calendario de actividades y la participación mercantil campesina Córdoba, 1750-1850. *Revista Andes. Antropología e Historia*, 17.

VASSALLO, Jaqueline (2006). Delincuentes y pecadoras en la Córdoba tardocolonial. *Anuario de Estudios Americanos*, 63(2), 97-116.

La Corte Penal Internacional entre la cautela y la reparación: Análisis crítico del daño transgeneracional en el caso Ntaganda

The International Criminal Court: between caution and
reparation: Critical analysis of transgenerational harm in
Ntaganda case

 **Victoria Issin**

Universidad Autónoma de Madrid, España
victoriaissin@gmail.com

 **Mayra Scaramutti**

Universidad de Buenos Aires, Argentina
mayrascaramutti@protonmail.com

Resumen: En la presente investigación se analizarán los avances y retrocesos en torno al daño transgeneracional como un daño resarcible en el esquema de reparaciones de la Corte Penal Internacional. Para ello, se tomará como punto de partida para el análisis el estudio del proceso del *Fiscal de la Corte Penal Internacional contra Bosco Ntaganda*. De esta forma, se explorarán sus antecedentes jurisprudenciales, las repercusiones del caso, la relación entre los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la recepción interpretativa de los mismos por la Corte Penal Internacional en la etapa de reparaciones del caso contra *Ntaganda*. Como resultado del análisis, intentaremos dar respuesta a la pregunta de si el caso *Ntaganda* resultaría un *leading case* en materia de reparación de daño transgeneracional.

Palabras clave: CORTE PENAL INTERNACIONAL; DAÑO TRANSGENERACIONAL; REPARACIÓN A VÍCTIMAS; JUSTICIA INTERNACIONAL

Abstract: This research will analyze the advances and setbacks around transgenerational harm as a compensable harm in the reparations scheme of the International Criminal Court. To this end, the study of the trial of the *Prosecutor of the International Criminal Court vs. Bosco Ntaganda* will be taken as a starting point

for the analysis. In this way, its jurisprudential background, the repercussions of the case, the relationship between the pronouncements of the Inter-American Court of Human Rights and the interpretative reception of them by the International Criminal Court in the reparations stage of the case against *Bosco Ntaganda* will be explored. As a result of the analysis, we will try to answer the question of whether the *Ntaganda case* would be a leading case in terms of reparation for transgenerational damage

Keywords: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT; TRANSGENERATIONAL HARM; VICTIMS' REPARATIONS; INTERNATIONAL JUSTICE

Fecha de recepción: 27/09/2024

Fecha de aceptación: 26/03/2025

Identificador doi: 10.62169/rg.i34.1020



La Corte Penal Internacional entre la cautela y la reparación: Análisis crítico del daño transgeneracional en el caso Ntaganda

Victoria Issin y Mayra Scaramutti

I. Introducción

El Estatuto de Roma (1998) (en adelante, ER) y las Reglas de Procedimiento y Prueba (2000) (en adelante, RPP) introducen un sistema de reparaciones que refleja el creciente reconocimiento en derecho penal internacional de la necesidad de ir más allá de la noción de justicia punitiva, hacia una solución que sea más inclusiva, que fomente la participación y que reconozca la necesidad de proporcionar recursos efectivos a las víctimas.¹ El régimen de reparación previsto en el ER, no es solo una de sus características singulares: es también una característica clave. El éxito de la Corte Penal Internacional² (en adelante, CPI o la Corte) está, en cierta medida, ligado al éxito de su sistema de reparaciones (CPI, 2015, p. 1-3). En consecuencia, para evaluar dicho éxito -o fracaso-, es preciso relevar los estándares de la CPI en la etapa de reparaciones, los cuales surgen de su jurisprudencia. Las víctimas de los crímenes competencia de la CPI³, pueden participar del proceso, y son divididas en dos categorías, según se extrae del *caso Fiscalía contra Thomas Lubanga*. En primer lugar, las *víctimas directas*, que se las

¹ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo*, Orden de reparaciones enmendada, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA 03-03-2015.

² Los párrafos de las sentencias de la CPI seleccionados en este documento son traducciones propias

³ Artículo 5: Crímenes de la competencia de la Corte: 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión. 2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

identifica como aquellas cuyo daño sufrido es el resultado de la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. Y, en segundo lugar, las víctimas indirectas, aquellas que han sufrido un perjuicio como consecuencia del daño sufrido por las víctimas directas. Así, las *víctimas indirectas* deben establecer que su perjuicio surge como resultado de su relación con la víctima directa, es decir, la pérdida, daño o perjuicio sufrido por esta última le causó un daño. A su vez, como condición *sine qua non*, los daños sufridos por las víctimas directas,⁴ debieron o deben ser provocados por la comisión de los crímenes imputados al acusado.⁵

En cuanto al alcance del término *víctima indirecta*, la Sala de Primera Instancia (en adelante, SPI) III, en su veredicto contra *Jean-Pierre Bemba* en 2016, hizo mención expresa a investigaciones que sugieren que los efectos perjudiciales del daño pueden ser transmitidos psicológicamente de una generación a otra y expertos utilizaron como ilustración los trastornos de ansiedad y depresión observados en los descendientes de los sobrevivientes del Holocausto.⁶

Dentro de este grupo, de víctimas indirectas, hallamos aquellas que han sufrido daño transgeneracional. Este tipo de daño, no se encuentra expresamente receptado por el ER, y se incorpora al debate a través de la jurisprudencia. La CPI aborda esta cuestión por primera vez en la Orden de Reparación a las víctimas del caso de la Fiscalía *contra Germain Katanga* en 2017, con una interpretación restrictiva de la figura. Allí, la Corte denegó otorgar reparaciones a las cinco víctimas que denunciaron haber sufrido daño transgeneracional como consecuencia de la comisión de los crímenes por los que *Katanga* había sido condenado en 2014, porque "(...) en el balance de probabilidades, no se pudo

⁴ En este artículo no se abordará la temática de los niños y niñas que han nacido producto de una violación sexual, y la pregunta de si se tratan de víctimas directas o indirectas. Para ello, véase, Martínez Elías, Agustín Eugenio, y Florencia Brusco. "El daño transgeneracional en la jurisprudencia de la corte penal internacional" (2023).

⁵ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo*, Redacted version of "Decision on 'indirect victims'", SPI I, ICC-01/04-01/06-1813, 8 de abril de 2009, párrs. 44-49.

⁶ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Jean-Pierre Bemba Gombo*, Presentación del Centro de Derechos Humanos QUB sobre cuestiones de reparación de conformidad con el artículo 75 del Estatuto, SPI III, ICC-01/05-01/08-3444, 17 de octubre de 2016, párr. 28.

establecer la conexión causal entre el trauma sufrido por los hijos de las víctimas directas y el ataque".⁷ Es decir, en el caso *Katanga*, la denegación no tuvo origen en la incompatibilidad de las víctimas de daño transgeneracional con el sistema de reparaciones de la CPI, ya que nada dice sobre este punto, sino más bien, porque las pruebas eran insuficientes para establecer el nexo causal entre los crímenes por los que Katanga fue condenado y, el presunto daño sufrido por los hijos de las víctimas directas.⁸

Más adelante, en la Orden de Reparación del 8 de marzo de 2021 del caso *la Fiscalía contra Bosco Ntaganda* (en adelante, *caso Ntaganda*), la CPI abordó los principios de las reparaciones para este proceso tan particular, dedicando un apartado al daño y los tipos de daño,⁹ entre los que reconoció al daño transgeneracional. La Sala ordenó llevar a cabo medidas de reparación colectiva con componentes individualizados¹⁰ para abordar el daño multifacético sufrido

⁷ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Germain Katanga*, Orden de Reparación, SPI II, ICC-01/04- 01/07-3728-tENG, 24 de marzo de 2017, párr. 176.

⁸ *Ibid.* párr. 134

⁹ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Bosco Ntaganda*, Orden de reparación, SPI VI, ICC-01/04-02/06, 8 de marzo de 2021, párrs. 68 y ss.

¹⁰ Véase, Klamberg, M. (2017) "Commentary on the Law of the International Criminal Court", Torkel Opsahl Academic EPublisher, FICHL Publication Series No. 29, Brussels, p. 578. La Regla 97(1) deja claro que las reparaciones pueden concederse de forma individualizada o colectiva, o mediante una combinación de ambas. Las reparaciones individuales y colectivas no se excluyen mutuamente y pueden concederse de forma concurrente. Ver también, Orden de Reparación de 2021, párrs. 185-188. La Regla 98(3) del Reglamento establece los factores que son relevantes para determinar si una reparación colectiva es "más apropiada", a saber, "el número de víctimas y el alcance, las formas y las modalidades de las reparaciones". En el presente caso, la Sala considera que las reparaciones colectivas con componentes individualizados son el tipo de reparación más apropiado para abordar adecuadamente el daño sufrido por las víctimas de los crímenes por los que fue condenado el Sr. Ntaganda. (...) La Cámara ya ha ilustrado los tipos complejos y multifacéticos de daño sufrido por las víctimas del presente caso (...) La ocurrencia de victimización grupal más allá de los niveles individuales de daño es una característica relevante de la naturaleza del daño en este caso, que requiere reparaciones de carácter colectivo. Como argumenta el FFV, la victimización masiva da forma y trasciende el daño individual al integrar una capa de daño que hace que el patrón completo de daño sea mayor que la suma de los daños individuales. Esto ocurre, por ejemplo, cuando las víctimas están unidas por una identidad compartida que precede a la comisión del crimen, y/o cuando se convierten en víctimas del mismo crimen y, por lo tanto, están unidas por la experiencia de un daño compartido, como en el caso presente. (...) La Cámara recuerda además que las reparaciones colectivas pueden abordar el daño que las víctimas sufrieron tanto a nivel individual como colectivo. A pesar de su naturaleza colectiva, debido a sus componentes individualizados, las reparaciones colectivas en este caso también se centrarán en los miembros

por las víctimas directas e indirectas de los crímenes por los cuales *Ntaganda* fue hallado culpable y reconoció el daño transgeneracional como una posible manifestación del daño sufrido por las víctimas, definiéndolo como:

“un fenómeno por el que la violencia social se transmite de ascendientes a descendientes, con consecuencias traumáticas para estos últimos. Se caracteriza por la existencia de un ciclo intergeneracional de disfunción que los padres traumatizados ponen en marcha, transmitiendo el trauma al actuar como cuidadores violentos y negligentes que deforman la psique y repercuten en la siguiente generación. Los padres traumatizados, que viven con un miedo constante y no resuelto, adoptan inconscientemente un comportamiento atemorizante. Esto afecta al comportamiento emocional, el apego y el bienestar de sus hijos, aumentando el riesgo de que sufran trastornos de estrés postraumático, trastornos del estado de ánimo y problemas de ansiedad. Se argumenta que los efectos nocivos del trauma pueden transmitirse de una generación a la siguiente, con un impacto potencial en la estructura y la salud mental de las familias a través de las generaciones” (CPI, 2021, párr. 73).¹¹

Sin embargo, a pesar de reconocer que el daño transgeneracional es una consecuencia posible, y que puede ser un tipo de reparación ordenado por la Corte, en la actualidad no hay registro de una reparación en consecuencia.

En virtud de lo expuesto, el presente artículo partirá de la hipótesis de que las víctimas de daño transgeneracional deben ser reparadas y que la CPI debe establecer estándares claros para su aplicación y litigación. Es sabido que la transmisión intergeneracional del trauma no es en absoluto un fenómeno nuevo: ha sido ampliamente estudiado en contextos de crímenes internacionales como el genocidio armenio, el Holocausto, el genocidio en Camboya y los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki, entre otros (García Cojín, 2018). En este artículo se sostendrá que, si el origen del daño es consecuencia de la comisión de crímenes internacionales, es exigible la reparación de las víctimas de daño transgeneracional. Para ello se intentará dar respuesta a: 1) ¿Cuál ha sido la postura de la CPI en materia de reparaciones de daño transgeneracional? Y, tomando como referencia el proceso de reparaciones del *caso Ntaganda*, si: 2)

individuales del grupo e incluirán beneficios individuales que respondan a las necesidades específicas y la situación actual de las víctimas individuales dentro del grupo.

¹¹ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Bosco Ntaganda*, Orden de Reparaciones, SPI VI, ICC-01/04-02/06-2659, 8 de marzo de 2021, párr. 73.

¿Existe la posibilidad que el *caso Ntaganda* resulte un *leading case* en materia de reparación de daño transgeneracional? Y sí, 3) ¿Se ha nutrido la CPI del desarrollo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de reparaciones de daño transgeneracional?

A los efectos de responder cuál ha sido la postura de la CPI frente a las reparaciones al daño transgeneracional, se realizó un mapeo informativo de su jurisprudencia (capítulo II), así como también, un breve análisis de sus interpretaciones -o ausencia de estas- relativas a la justiciabilidad del daño transgeneracional con el fin de ahondar en la práctica actual en la CPI en lo que respecta a este tipo de daño.

En relación con la pregunta 2), se analizará (capítulo III) en profundidad el *caso Ntaganda* y las distintas fundamentaciones que las Salas de la CPI han ofrecido con relación al daño transgeneracional, con el objeto de dar respuesta al interrogante de si estamos o no frente a un cambio de paradigma en cuanto a la legitimación de estas víctimas. Para ello, se realizó un análisis cualitativo de la *Orden de Reparación de la SPI VI* del 8 de marzo de 2021, la *Sentencia sobre la apelación contra la decisión de la SPI VI* de 8 de marzo de 2021 titulada "*Orden de reparación*" del 12 de septiembre 2022 y la *Versión Pública Redactada del Addendum a la Orden de Reparaciones de 8 de marzo de 2021* del 14 de julio de 2023. La selección de las sentencias no solo se ha basado en la singularidad del proceso de reparaciones, sino también en su extenso y profundo escrutinio jurídico: ha suscitado un considerable número de apelaciones y debates, particularmente en lo que respecta a los criterios de elegibilidad de las víctimas. Además, se estudiarán las implicancias de Ntaganda en el caso seguido contra *Dominic Ongwen*, a partir del análisis de la *Orden de Reparaciones de la SPI IX* del 28 de febrero de 2024.

Por último, se analizarán (capítulo IV) las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), cuyo sistema de reparaciones es de vanguardia y, a pesar ser un tribunal muy diferente a la CPI en

cuanto a su competencia y materia¹², su jurisprudencia ha sido tenida en cuenta en el razonamiento de las Salas de la CPI, tanto en *Orden de Reparación* del 8 de marzo de 2021, como en la *Sentencia sobre la apelación* del 12 de septiembre 2022 y la *Versión Pública Redactada del Addendum* del 14 de julio de 2023. Traer a la discusión a la Corte IDH tiene como propósito examinar cómo han sido interpretadas sus disposiciones y el espíritu de sus sentencias por la CPI al respecto de las reparaciones de daño transgeneracional, y si han sido de mera referencia o si en efecto han servido para motivar las órdenes de reparación.

II. ¿Un limbo?: La historia de la CPI en su interpretación del daño transgeneracional

En sus comienzos, los pronunciamientos de la CPI no contenían expresiones relacionadas al daño transgeneracional y el debate estaba dado en delimitar quienes eran víctimas directas y quienes indirectas. El primer acercamiento se produjo al diferenciar a las víctimas *indirectas* de las directas como dos categorías de víctimas legitimadas para participar en los procedimientos. En el caso *Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo*, la SPI¹³ señaló una primera categoría de víctimas, las *víctimas directas*, que se las identificó como aquellas cuyo daño sufrido es el resultado de la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. En segundo

¹² Por un lado, la Corte Penal Internacional es un tribunal penal internacional encargado de investigar, juzgar y sancionar personas por la comisión de crímenes internacionales, y cuya competencia se encuentra delimitada en el Estatuto de Roma tanto en su faz material (artículos 5, 6, 7, y 8), temporal (artículo 11), territorial (artículo 12 inciso 2 párrafo a) y personal (artículo 12 inciso 2 párrafo b). Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un tribunal regional de protección de derechos humanos que ejerce una labor contenciosa y una consultiva, aplicando e interpretando la Convención Americana de Derechos Humanos y se encarga de determinar la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a los derechos humanos contenidos en la Convención o en otros tratados de derechos humanos aplicables al Sistema Interamericano.

¹³ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo*, Versión redactada de la "Decisión sobre 'víctimas indirectas'", SPI I, ICC-01/04-01/06-1813, 8 de abril de 2009, párrs. 44-52.

lugar, se refirió a las *víctimas indirectas*, como aquellas que han sufrido un perjuicio como consecuencia del daño sufrido por las *víctimas directas*.

De acuerdo con el estándar establecido, las víctimas indirectas deben probar que, como resultado de su relación con la víctima directa, la pérdida, daño o perjuicio sufrido por esta última les causa un daño, producto de la comisión de los crímenes imputados. Este estándar es aplicado por la SPI III, en su veredicto contra *Jean-Pierre Bemba Gombo* en 2016, dónde se mencionó expresamente investigaciones sobre los efectos perjudiciales del daño transmitidos psicológicamente de una generación a otra (por ejemplo, de padres/madres a hijos/hijas o de abuelos/abuelas a nietos/nietas). A los efectos de las reparaciones de este tipo de daño, expertos/as remitieron, a modo de ejemplo, los trastornos de ansiedad y depresión observados en los descendientes de los sobrevivientes del Holocausto.¹⁴ Durante el proceso, la SPI III reconoció a 5.229 víctimas permitiéndoles participar en el proceso. El 21 de marzo de 2016, la Sala declaró a Bemba, en calidad de comandante militar, culpable de los crímenes de guerra de asesinato, violación y saqueo, así como por los crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación. Un mes después fue condenado a 18 años de prisión. El veredicto y la sentencia fueron recurridos, y el 8 de junio de 2018, la Sala de Apelaciones (SA) decidió revocar su condena absolviendo a Bemba de todos los cargos considerando errores cometidos por la SPI III en su sentencia.¹⁵ En efecto, las víctimas que fueron reconocidas como tales a lo largo del juicio perdieron su derecho a recibir reparaciones individuales y directas, ya que la Regla 98 de las

¹⁴ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Jean-Pierre Bemba Gombo*, Presentación del Centro de Derechos Humanos de la QUB sobre cuestiones de reparación de conformidad con el Artículo 75 del Estatuto, SPI III, ICC-01/05-01/08-3444, 17 de octubre de 2016, párr. 28.

¹⁵ Véase, Corte Penal Internacional, “La Sala de Apelaciones de la CPI absuelve al Sr. Bemba de los cargos de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”, Comunicado de prensa del 8 de junio de 2018, ICC-CPI-20180608-PR1390, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1390>

RPP establece que este tipo de reparaciones sólo pueden concederse tras una condena.¹⁶

La primera vez que el daño transgeneracional fue expresamente receptado por la jurisprudencia de la CPI fue en el caso contra *Katanga* en 2017¹⁷. Allí, cinco personas nacidas luego de un ataque contra el pueblo de Bogoro (Ituri, RDC) en febrero de 2003, solicitaron ser acreditadas como víctimas de daño transgeneracional alegando sufrir daños psicológicos transmitidos por sus ascendientes (víctimas directas), quienes sufrieron los traumas derivados del ataque contra la aldea, por el que *Katanga* fue condenado. La SPI en 2017, con posterioridad la SA en 2018, y en el mismo año la SPI II en su re-examinación, se centraron en el debate sobre la *definición* y los *alcances* del concepto de víctima indirecta, resaltando la necesidad de que estas presenten la evidencia necesaria para establecer el nexo causal entre el trauma sufrido y los ataques por los que *Katanga* fue hallado culpable.

En el año 2018, la SPI II abordó el tema con mayor amplitud en su *Decisión sobre la Cuestión del Daño Transgeneracional*. Allí determinó la existencia de este daño en virtud de las dos corrientes mayoritarias que explican la manera en que el trauma se transmite de generación en generación: la teoría epigenética, por un lado, y la teoría del apego o transmisión social, por el otro¹⁸. Además, la Sala

¹⁶ Sin perjuicio de ello, las víctimas recibieron asistencia del FFV a través de su mandato asistencial, independientemente de las reparaciones emergentes de una condena. Véase, Fondo Fiduciario para las Víctimas, "(...) tras la absolución del Sr. Bemba, el Fondo Fiduciario para las Víctimas en la CPI decide acelerar el lanzamiento del programa de asistencia en la República Centroafricana". Comunicado de prensa del Fondo Fiduciario para las Víctimas, junio de 2018.

¹⁷ El contexto del ataque se retrae al conflicto armado interno en la región de Ituri (RDC) que se intensificó entre 1999 y 2003 donde grupos armados enfrentados, en particular milicias Lendu y Hema, perpetraron masacres, desplazamientos forzados y otros crímenes de guerra contra la población civil. En este contexto, el 24 de febrero de 2003, el *Frente de Résistance Patriotique* en Ituri, bajo el mando de Germain Katanga, atacó la aldea de Bogoro, poblada mayoritariamente por miembros de la comunidad Hema, asesinando a decenas de civiles, incendiando viviendas y sometiendo a mujeres y niñas a violencia sexual.

¹⁸ Véase, Corte Penal Internacional, Fiscalía contra Germain Katanga, Decisión sobre la Cuestión del Daño Transgeneracional Alegado por algunos solicitantes de reparaciones devuelta por la Sala de Apelaciones en su Sentencia de 8 de marzo de 2018 (en adelante, Decisión sobre la Cuestión del

consideró que cuanto más cercana fuera la fecha de nacimiento del solicitante a los ataques que se llevaron a cabo en Bogoro, más probable sería que exista un daño transgeneracional, ya que es más probable que el ataque lo hubiese afectado.¹⁹

A pesar de reconocer la existencia de este daño, y la probabilidad del padecimiento del mismo en las víctimas, la Sala determinó que los solicitantes *no* habían demostrado suficientemente la existencia del nexo causal entre el daño que sufrieron personalmente y los crímenes por los que *Katanga* fue condenado. La Sala consideró que las víctimas directas sufrían un conjunto de ansiedades como las desencadenadas por la inseguridad de la región, otros ataques armados y otros factores contextuales y era posible que estos factores también contribuyeran al daño transgeneracional. Ello dificultaba el establecimiento del nexo causal bajo el criterio de causa próxima, que exige que el crimen esté suficientemente relacionado con el daño para ser la causa del mismo.²⁰

En efecto, lo que es claro es que se exige un vínculo entre el daño sufrido y el crimen por el que se ha condenado al acusado²¹. Dado que ni el ER ni las RPP han establecido específicamente cuál es el criterio de causalidad ni el estándar de prueba para demostrar ese nexo, la Corte ha desarrollado ambos aspectos en su jurisprudencia, lo que nos permite evaluar si realmente ha establecido un estándar consolidado en esta materia.

En primer lugar, respecto del criterio de causalidad, se estableció que el nexo causal entre el crimen y el daño sufrido debe determinarse en función de las particularidades de cada caso.²² En sus órdenes de reparación, la CPI ha sostenido

Daño Transgeneracional), Sala de Primer Instancia II, ICC-01/04-01/07-3804-Red-tEN, 19 de julio de 2018, párr. 11.

¹⁹ *Ibid*, párr. 29.

²⁰ *Ibid*. párr. 30

²¹ Véase, Corte Penal Internacional, Situación en la República Democrática del Congo, Decisión sobre las solicitudes de participación en las Actas de la VPRS 1-6, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-01/04-101-tEN-Corr, 19 de enero de 2006, párr. 79.

²² Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo*, Recurso contra la "Decisión por la que se establecen los principios", SA, ICC-01/04-01/06-295, 14 de diciembre de 2012, párr. 80.

que el estándar de causalidad es una relación de “*but/for*”²³, entre el crimen y el daño y, que se requiere que los crímenes por los cuales el acusado fue condenado fueran la *causa próxima* del daño por el que se solicita la reparación.²⁴ La CPI ha interpretado que la causa próxima es una causa jurídicamente suficiente para dar lugar a la responsabilidad, y al evaluar la misma, la Sala considerará, entre otras cosas, si era razonablemente previsible que los actos y la conducta subyacentes a la condena causarían el daño resultante.²⁵ Por lo tanto, para establecer la causalidad de un daño transgeneracional, no es necesario que el daño sea un efecto *inmediato* del crimen, sino más bien el resultado de una causa *próxima*.

En segundo lugar, respecto del estándar de prueba para demostrar el nexo, la Corte ha afirmado que el estándar requerido es el *equilibrio* o *balance de probabilidades*²⁶, que también se describe como “preponderancia de la prueba” o “balance de probabilidades”. La nota al pie 37 de la Orden de Reparaciones Enmendada del caso contra Thomas Lubanga cita la definición dada por el *Black's Law Dictionary* (2004, p. 1220) que lo definió como:

“el mayor peso de las pruebas, no necesariamente establecido por el mayor número de testigos que testifican sobre un hecho, sino por las pruebas que tienen la fuerza más convincente; peso probatorio superior que, aunque no es suficiente para liberar la mente por completo de toda duda razonable, sigue siendo suficiente para inclinar una mente justa e imparcial hacia un lado de la cuestión en lugar de hacia el otro” (*Black 's Law Dictionary*, octava edición, Gamer (ed.), 2004, p.1220).

²³ Véase, Cornell Law School, Legal Information Institute (LLI), *Wex legal dictionary and legal encyclopedia*, “bur/for test” disponible online en https://www.law.cornell.edu/wex/bur-for_test (última conexión 12/04/2024). The but-for test is a test commonly used in both tort law and criminal law to determine actual causation. The test asks, “but for the existence of X, would Y have occurred?”.

²⁴ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo*, Orden de Reparaciones enmendada, SA, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, 3 de marzo de 2015, párr. 59. Ver también, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Germain Katanga*, Orden de reparación, de conformidad con el artículo 75 del Estatuto, SPI II, ICC-01/04- 01/07-3728-tENG, 24 de marzo de 2017, párr. 162; Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Orden de Reparaciones, SPI VIII, ICC-01/12-01/15-23, 17 de agosto de 2017, párr. 44

²⁵ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Orden de Reparaciones, SPI VIII, ICC-01/12-01/15-23, 17 de agosto de 2017, párr. 44

²⁶ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo*, Orden de reparaciones enmendada, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, párr. ss 22 y 65. Ver también, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Orden de Reparaciones, SPI VIII, ICC-01/12-01/15-23, 17 de agosto de 2017, párr. 44.

Es importante señalar que, siguiendo a Lewis y Friman (2001, p. 474) muchos programas de reparaciones que se ocupan de reparaciones masivas también han adoptado normas probatorias flexibles basadas en una “prueba de plausibilidad” (*plausibility test*) para adaptarse a la situación de las víctimas, que suelen tener dificultades para aportar la documentación que se les exige.²⁷ Pero en definitiva, la Corte no profundizó en un estándar específico sobre los elementos relevantes a la hora de examinar el “balance de probabilidades”.

Aunque la CPI rechazó las solicitudes de reparación de daño transgeneracional, declaró que las víctimas “*sufren, con toda probabilidad, daños psicológicos transgeneracionales*”.²⁸ Surgen serias dudas sobre la efectividad del enfoque respecto de las víctimas en el sistema de la CPI, ya que el propio tribunal interpretó que quienes lo solicitaron estaban sufriendo este daño, no obstante falló al no ser capaz de otorgarles un reconocimiento efectivo y generar estándares claros de prueba.

III. Reparaciones de daño transgeneracional ¿Es potencialmente el caso Ntaganda un punto de inflexión?

III.1 La orden de Reparaciones del 8 de marzo de 2021

En 2019, la SPI VI condenó a *Ntaganda* a treinta años de prisión, por cinco delitos de lesa humanidad y trece crímenes de guerra que tuvieron lugar en el distrito de Ituri, en República Democrática del Congo (RDC), entre el 6 de agosto de 2002 y el 31 de diciembre de 2003²⁹.

²⁷ Véase P. Lewis y H. Friman, "Reparations to Victims", en R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Transnational Publishers, Inc., 2001), p. 474, en p. 486. Ver también, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo*, Orden de reparaciones (enmendada), ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, párr. 65.

²⁸ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Germain Katanga*, Orden de reparación de conformidad con el artículo 75 del Estatuto, SPI II, ICC-01/04- 01/07-3728-tENG, 24 de marzo de 2017, párr.134.

²⁹ El caso de Bosco Ntaganda en la CPI inició con la investigación sobre la RDC en 2004. Se emitieron órdenes de arresto en 2006 y 2012, y Ntaganda se entregó el 22 de marzo de 2013 en Ruanda. Su juicio comenzó en 2015, y el 8 de julio de 2019 fue condenado por 18 cargos de

El 8 de marzo de 2021, la SPI VI³⁰ emitió la *Orden de Reparación* bajo el artículo 75 del ER. La Sala VI señaló que las víctimas elegibles incluían a las víctimas directas, las cuales clasificó de acuerdo con los cargos en los siguientes grupos³¹: víctimas de los ataques, niños y niñas soldados, niños y niñas nacidas de violación sexual y esclavitud sexual y, por otro lado, a las víctimas indirectas. Además, ordenó *reparaciones colectivas con componentes individualizados*,³² que entendió era el tipo de reparaciones más adecuado para este caso de acuerdo con el gran número de víctimas con derecho a recibir reparaciones y a la necesidad de proporcionar un enfoque más holístico a la hora de abordar el daño multifacético sufrido por ellas. Para la Sala, el daño puede ser material, físico o psicológico, y no es necesario que sea directo, sino que debe ser personal para la víctima (CPI, 2021, párr. 68).

Respecto al tema que nos ocupa, la Sala estableció que una víctima indirecta es aquella que “ha sufrido daños personales como resultado de la comisión de un delito contra otra persona, y por el cual el acusado fue condenado”, pero sin

crímenes de guerra y lesa humanidad. La sentencia fue confirmada en apelación el 30 de marzo de 2021. El 8 de marzo de 2021, la Sala ordenó reparaciones por 30 millones de dólares. El 12 de septiembre de 2022 la Sala de Apelaciones se pronuncia sobre la sentencia de reparación, ordenando modificarla en parte. El 14 de julio de 2023, se emitió un *Addendum* a la orden de reparaciones para precisar su implementación.

³⁰ El 16 de marzo de 2021, la SPI VI fue disuelta y el caso fue asignado a la SPI II. En adelante, tanto la SPI VI como la SPI II serán referidas como La Sala.

³¹ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Bosco Ntaganda*, Orden de reparaciones del 8 de marzo de 2021, SPI VI, ICC-01/04-02/06- 2659, párr. 108-128. El grupo de las víctimas de los ataques incluyen: Cargos 1 y 2: víctimas de asesinato y tentativa de asesinato como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra; Cargo 3: víctimas del delito de dirigir intencionadamente ataques contra civiles como crimen de guerra; Cargos 4 y 5: víctimas de violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra; Cargos 7 y 8: esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra; Cargo 10: víctimas de persecución como crimen de lesa humanidad; Cargo 11: víctimas de pillaje como crimen de guerra; Cargos 12 y 13: víctimas de traslado forzoso y deportación como crimen de lesa humanidad y de ordenar el desplazamiento de la población civil como crimen de guerra; Cargo 17: víctimas del delito de dirigir intencionadamente ataques contra objetos protegidos como crimen de guerra; Cargo 18: víctimas del delito de destrucción de la propiedad del adversario como crimen de guerra. El grupo de víctimas como los niños/as soldado incluye los cargos 14, 15 y 16: víctimas de reclutamiento y alistamiento de niños/as menores de 15 años en un grupo armado y su utilización para participar activamente en hostilidades; cargos 6 y 9: víctimas de violación y esclavitud sexual de niños soldados como crímenes de guerra.

³² Remitimos la nota al pie 10.

embargo, esa clasificación no es excluyente ni estanca, la persona puede calificar simultáneamente como víctima directa e indirecta (CPI, 2021, párr. 38). La Sala señaló que “al evaluar el alcance del daño sufrido por las víctimas, la Corte debe tener en cuenta que son posibles diversas permutaciones y combinaciones de diferentes niveles de los tipos de daño” entre los que incluyó al daño al proyecto de vida³³, daños transgeneracionales, y daños sufridos por las personas como miembros de una familia o comunidad (CPI, 2021, párr. 71, resaltado es agregado).

En suma, la Sala VI estableció que dentro de las víctimas indirectas del caso pueden hallarse las víctimas del daño transgeneracional, que es “(...) un fenómeno por el que la violencia social se transmite de ascendientes a descendientes, con consecuencias traumáticas para estos últimos” (CPI, 2021, párr. 71). En consecuencia, es:

“un ciclo intergeneracional de disfunción que los padres traumatizados ponen en marcha, transmitiendo el trauma al actuar como cuidadores violentos y negligentes que deforman la psique y repercuten en la siguiente generación. Los padres traumatizados, que viven con un miedo constante y no resuelto, adoptan inconscientemente un comportamiento atemorizante. Esto afecta al comportamiento emocional, el apego y el bienestar de sus hijos, aumentando el riesgo de que sufran trastornos de estrés postraumático, trastornos del estado de ánimo y problemas de ansiedad. Se argumenta que los efectos nocivos del trauma pueden transmitirse de una generación a la siguiente, con un impacto potencial en la estructura y la salud mental de las familias a través de las generaciones” (CPI, 2021, párr.73).

Con esta definición, la Sala da a entender que serán los y las hijas de las víctimas directas que se hayan visto afectadas quienes puedan tener la legitimación para reclamar reparaciones por daño transgeneracional. Además, como ya se ha mencionado, la calificación como una u otro tipo de víctima no es excluyente, sino que pueden converger. Así, la Sala VI consideró que;

“dadas las consecuencias a corto y largo plazo de determinados crímenes, los hijos de las víctimas directas pueden haber sufrido un trauma transgeneracional independientemente de la fecha en que nacieron, si pueden demostrar que su daño

³³ Véase *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, Sentencia (Reparaciones y Costas), 27 de noviembre de 1998 y Corte IDH, *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*, Sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) 30 de agosto de 2019.

es consecuencia de los crímenes por los que el Sr. Ntaganda fue declarado culpable” (CPI, 2021, párr. 182).

Estableció que “aunque los niños nacidos de una violación se consideran víctimas directas, también pueden haber sufrido daños transgeneracionales como víctimas indirectas” (CPI, 2021, párr. 182).

Ahora bien, como se determinó en el capítulo anterior, la prueba que se debe presentar para acreditar el daño sufrido debe cumplimentar el estándar de “equilibrio de posibilidades”. En la sección dedicada a las consideraciones generales del daño, la CPI estableció que la parte que reclame las reparaciones “deberá aportar *pruebas suficientes* de la relación de causalidad entre el delito y el daño sufrido, en función de las circunstancias específicas del caso” (CPI, 2021, párr. 135). A los efectos de definir aquello entendido como prueba “suficiente”, en el párrafo 136 la Sala se refiere al equilibrio de probabilidades como estándar probatorio aplicable a esta etapa, que recordemos es un estándar menor a más allá de toda duda razonable. Las pruebas requeridas, en general, son; (a) la de identidad, (b) la del daño sufrido y (c) la de la relación de causalidad entre el daño sufrido y el delito (CPI, 2021, párr. 137).

En cuanto a (a) la identidad, la Sala VI entendió que muchas de las víctimas podrían tener problemas a la hora de presentar documentos oficiales (CPI, 2021, párr. 138) y, por tanto, pueden utilizar documentos de identificación oficiales o no oficiales, o cualquier otro medio para demostrar su identidad. Ello teniendo en cuenta que una de las consecuencias de los delitos contra la propiedad por los que fue condenado el Sr. Ntaganda es la pérdida de documentos importantes, y la Sala determinó que se deberá presentar, para los procedimientos de reparaciones individuales, “documentación justificativa para respaldar sus solicitudes de reparación *en la medida de lo posible*” (CPI, 2021, párr. 140, cursiva agregada).

En cuanto a (b) el daño sufrido, en la necesidad de adoptar un enfoque inclusivo y sensible al género cuando se aplica el estándar de 'equilibrio de probabilidades' a los crímenes sexuales, la Sala consideró que el relato coherente y creíble de la víctima debe ser aceptado como prueba suficiente para establecer su

elegibilidad en un equilibrio de probabilidades (párr. 139). Además, también resulta de aplicación la regla 94(1)(g) de las RPP a los procedimientos de reparaciones individuales, que requiere que las víctimas proporcionen documentación de apoyo para reforzar sus solicitudes de reparación "en la medida de lo posible". La regla tiene en cuenta las dificultades que las víctimas pueden encontrar en la obtención de pruebas, incluyendo el paso del tiempo desde que los crímenes fueron cometidos. Aunque la regla es de menor relevancia en relación con las reparaciones colectivas, la Sala encontró que el principio subyacente es aplicable a la selección de elegibilidad que debe llevarse a cabo en la fase de implementación. En suma, en las circunstancias particulares de este caso, en el que los solicitantes carecen de pruebas directas, la Sala considera que las presunciones de hecho deben ser invocadas para considerar que ciertos hechos han sido establecidos con el nivel de prueba requerido (párr. 141).

Esto último sería de aplicación también para probar (c) la relación de causalidad entre ese daño. Teniendo en cuenta las dificultades para obtener o producir pruebas, como se ha mencionado anteriormente, y los graves daños sufridos por las víctimas como consecuencia de los tipos de crímenes, la Sala considera que ciertos daños pueden presumirse una vez que una víctima ha demostrado, según el equilibrio de probabilidades, ser víctima de los crímenes por los que fue condenado Ntaganda (CPI, 2021, párr. 143). En esta ocasión, ejemplificó con el *caso Lubanga*, donde se estableció que, si un niño o niña habían participado del combate, en consecuencia, debieron haber sufrido psicológica, física y mentalmente, lo mismo, con las víctimas indirectas.

La Sala VI estableció que las presunciones del párrafo 144, se aplicaran para: "(i) ex niños soldados; ii) las víctimas directas de violación y esclavitud sexual; y (iii) víctimas indirectas que son familiares cercanos de víctimas directas de los crímenes contra los niños soldados, la violación y la esclavitud sexual" (CPI, 2021, párr. 145). Sin embargo, la Sala no mencionó expresamente al daño transgeneracional como pasible de recibir estas presunciones.

En torno a ello, giraría uno de los puntos a tratar por la SA, un año después, dado que tanto la Defensa del Sr. Ntaganda, como los grupos de Víctimas 1 y 2 apelaron la decisión.

III.2. La Sentencia de la Sala de Apelaciones

El 12 de septiembre de 2022, la SA resolvió el recurso revocando parcialmente la *Orden de Reparación del 8 de marzo de 2021*, en la medida en que la SPI VI omitió, entre otros puntos, “(v) proporcionar fundamentos en relación con el concepto de daño transgeneracional y la orientación probatoria para establecer dicho daño (...)” (CPI, 2022, párr. 23). Al mencionar los antecedentes procesales, la SA señaló los cuestionamientos respecto al daño transgeneracional como una cuestión “novedosa y compleja” (CPI, 2022, párr. 21).

Al momento de resolver sobre los agravios de los recurrentes respecto al daño transgeneracional, la SA señaló que la SPI VI no proporcionó motivación suficiente sobre el concepto de daño transgeneracional y los criterios probatorios para demostrarlo (CPI, 2022, párr. 471).

Respecto del concepto, la SA mostró su preocupación en torno a la definición proporcionada por la SPI en el párrafo 73 de la Orden de Reparación. Estimó que seis de las diez líneas del párrafo 73 se basan en una nota a pie de página del Primer Informe Pericial, y que dicha nota a pie de página, a su vez, se basa en las conclusiones formuladas por un experto en el *caso Lubanga* (CPI, 2022, párr. 486). La SA señaló esta práctica como cuestionable dado que el informe pericial del *caso Lubanga*, en el que se basan los peritos (y de hecho las partes), aunque existe en versión pública, no ha sido admitido en este caso y su fiabilidad tampoco ha sido analizada y probada (CPI, 2022, párr. 488).

La SA consideró que la SPI no se refirió a las posibles incertidumbres científicas, ni a las posibles limitaciones del concepto de daño transgeneracional, sino que expuso en términos más generales, lo que entiende que es el fenómeno

del daño transgeneracional, y que debe establecerse un nexo causal entre los delitos por los que el condenado fue declarado penalmente responsable y dicho daño (CPI, 2022, párr. 473-474). De acuerdo con la SA, la SPI tampoco brindó indicaciones al FFV con relación a la evaluación de las solicitudes de reparación por daño transgeneracional (CPI, 2022, párr. 479), e hizo una simple declaración sobre la necesidad de demostrar el daño, sin delimitar el **cómo** debía demostrarse, ni el tipo de pruebas que debían presentarse o, inclusive, qué investigación debía llevarse a cabo (CPI, 2022, párr. 481-492). Sobre la base de lo expuesto, la SA consideró que la *Orden de Reparaciones del 2021* no se encontraba suficientemente fundada.

La SA recomendó la SPI considerar el abordaje de cuestiones tales como: la cuestión de la base del concepto de daño transgeneracional; las pruebas necesarias para establecerlo; cuáles son los requisitos probatorios para que un solicitante demuestre este tipo de daño; la necesidad, en su caso, de un examen psicológico de los solicitantes y los padres; la necesidad, en su caso, **de actuar con cautela** al evaluar las solicitudes basadas en el daño transgeneracional; si el Sr. Ntaganda es susceptible de reparar dicho daño en el contexto específico de los delitos por los que ha sido condenado y tomando en consideración el impacto, en su caso, que el prolongado conflicto armado en RDC pueda tener en cuanto a la posibilidad de establecer que el trauma asociado al daño transgeneracional fue causado por el Sr. Ntaganda (CPI, 2022, párr. 495).

En estas circunstancias, la SA revocó las conclusiones de la SPI VI en relación con el daño transgeneracional y ordenó devolver el asunto a la SPI para que evalúe y motive adecuadamente la cuestión basándose en las alegaciones solicitadas a las partes, evaluando la credibilidad y fiabilidad de las pruebas periciales (reportes de expertos) que constan en el expediente y abordando una guía u orientación en materia probatoria sobre el daño transgeneracional (CPI, 2022, párr. 493).

III.3. Versión Pública Redactada del *Addendum* a la Orden de Reparaciones de 8 de marzo de 2021

El 14 de julio de 2023, la SPI II dictó el *Addendum* a la Orden de reparaciones del 8 de marzo de 2021, señalando que dicho documento debe ser entendido como parte integral de la Orden de Reparación del 8 de marzo de 2021.³⁴

Al abordar las cuestiones remitidas por la SA, la SPI II retomó la certeza científica sobre el concepto de daño transgeneracional, y señaló que se encuentra *convencida*³⁵ de que:

“En el estado actual de avance de la investigación académica y científica, expertos de distintas disciplinas *coinciden en la existencia* de ‘un fenómeno, por el cual la violencia social se transmite de ascendientes a descendientes con consecuencias traumáticas para estos últimos’” (CPI, 2023, párr. 174-175, cursiva agregada).

La SPI II, volvió a sostener que “el concepto de daño transgeneracional, tal como se define en la Orden de Reparaciones, está fundamentado en la interpretación común de la noción y el alcance del fenómeno por parte de la comunidad científica y académica” (CPI, 2023, párr. 177) señalando que el debate científico actual respecto de la forma de transmisión del trauma “simplemente refuerza la existencia misma de este fenómeno” (CPI, 2023, párr. 177). Finalizando la primera cuestión sobre la definición del daño transgeneracional, la Sala expuso las razones por las cuales consideró, dentro de su discrecionalidad, que los informes de expertos utilizados estaban suficientemente fundamentados y

³⁴ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Bosco Ntaganda*, Versión Pública Redactada del *Addendum* a la Orden de Reparaciones de 8 de marzo de 2021, SPI II, ICC-01/04-02/06-2858-Red, 14 de julio de 2023, párr. 15. "Para comenzar, la Sala recuerda que la Sentencia de Apelación sólo revocó parcialmente la Orden de Reparaciones y la devolvió para que la Sala abordará cinco cuestiones específicas. En consecuencia, y siguiendo la práctica anterior, el presente *Addendum* se considerará parte integrante de la Orden de Reparaciones, que deberá leerse conjuntamente con ella, y se entenderá que complementa y sustituye a la misma únicamente en lo que respecta a las cuestiones específicas que se tratan a continuación".

³⁵ Utilizó el término “satisfied”. Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Bosco Ntaganda*, Versión Pública Redactada del *Addendum* a la Orden de Reparaciones de 8 de marzo de 2021, SPI II, ICC-01/04-02/06-2858-Red, 14 de julio de 2023, párr. 174.

resultaban adecuados al *caso Ntaganda*,³⁶ zanjando la cuestión correspondiente al concepto del daño transgeneracional.

En segundo lugar, al abordar los criterios probatorios para demostrar el daño transgeneracional, la Sala recordó que se aplica el estándar de prueba del "equilibrio de probabilidades", el estándar de causalidad *but/for*, el requisito de que los crímenes por los que la persona fue condenada debían ser la "causa próxima" del daño por el que se solicita la reparación³⁷ y que resulta necesario establecer el nexo causal entre el daño y el crimen, de acuerdo con el nivel adecuado de prueba y causalidad a los efectos de las reparaciones expuesto³⁸, señalando que la Orden de reparaciones se encontraba suficientemente fundada como sentencia.

Seguidamente, la Sala mencionó que "al definir los tipos de daños sufridos por las víctimas, consideró toda la información pertinente que tenía ante sí y concluyó que los *hijos* de las víctimas directas sufrieron un daño transgeneracional" (CPI, 2023, párr. 182) y que "ningún otro miembro de la familia tiene derecho a reparaciones en este caso sobre la base del daño transgeneracional" (CPI, 2023, párr. 182-183). Por lo tanto, en términos concretos, un/a hijo/a de una víctima directa que alegue haber sufrido un daño transgeneracional, necesitaría probar (i) que una víctima directa sufrió un daño como resultado de un crimen por el que el Sr. Ntaganda fue condenado; (ii) que el/la hijo/a de la víctima directa sufrió un daño; (iii) que el daño del/de la hijo/a surge del daño sufrido por la víctima directa, es decir, el nexo causal; y (iv) una relación paternofilial³⁹. En cuanto a las pruebas necesarias para demostrar los elementos anteriores, la Sala considera que los mismos criterios probatorios aplicables para demostrar la identidad, el daño sufrido y el nexo causal entre el delito y el daño, como para cualquier otra víctima en el caso, se aplican a las

³⁶ *Ibid.* párr. 180.

³⁷ *Ibid.* párr. 181.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Ibid.* párr. 185.

víctimas que reclaman un daño transgeneracional⁴⁰. Ello parece, nuevamente, un criterio ambiguo. Sin embargo, se registran algunos avances.

En tanto el *caso Ntaganda* reúne a varios grupos de víctimas de distintos crímenes, la SPI confirmó que varias presunciones también serían aplicadas a los efectos de probar la existencia del daño de las víctimas tanto directas como indirectas⁴¹. Además, añadió que la necesidad de una evaluación psicológica tanto de las víctimas directas (progenitores) como de las indirectas (hijos/as) dependerá de la procedencia o no de alguna de las presunciones y del tipo de daño alegado⁴².

En cuanto al nexo causal entre el crimen y el daño, ello deberá determinarse en el momento de la evaluación de admisibilidad de la víctima por la autoridad responsable de llevarla a cabo. Deberá establecerse si es *más probable* que la víctima directa haya transmitido el trauma a su hijo, *basándose en criterios objetivamente justificables* como la naturaleza, intensidad, alcance y duración del sufrimiento tanto de la víctima directa como de la indirecta. Esta evaluación debe hacerse considerando las pruebas en su conjunto, teniendo en cuenta elementos clave como la fecha de nacimiento del niño/a y la situación de seguridad en la zona en la que vivía la víctima directa después de los hechos⁴³. Sin perjuicio de no haber modificado la cuestión del párrafo 182 de la Orden de Reparación de 2021, relativa a que descendientes de las víctimas directas pueden haber sufrido un trauma transgeneracional con independencia de la fecha en que nacieron, la Sala señaló que, “cuanto más se acerque la fecha de nacimiento del niño/a a la de los crímenes por los que fue condenado el Sr. Ntaganda, mayor será la probabilidad de que el

⁴⁰ *Ibid.* Véase también, Orden de reparaciones, párrs. 137-147.

⁴¹ Las presunciones correspondientes a cada grupo fueron desarrolladas en el Addendum, párrs. 182, 186 y 188, a las que remitimos en tanto su desarrollo excede el objeto de este artículo.

⁴² Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Bosco Ntaganda*, Versión Pública Redactada del Addendum a la Orden de Reparaciones de 8 de marzo de 2021, SPI II, ICC-01/04-02/06-2858-Red, 14 de julio de 2023, párr. 189.

⁴³ *Ibid.*, párr. 190.

trauma del progenitor se transmita al niño/a"⁴⁴. Finalmente, concluyó en que se debe determinar "si los crímenes sufridos por el progenitor -y por los que el Sr. Ntaganda fue condenado- son la causa próxima del daño sufrido por el niño/a, evaluando si el crimen está "*estrechamente relacionado*" y es "*lo suficientemente significativo*" como para haber causado el daño⁴⁵.

En cuanto al parentesco, se aplican los mismos criterios probatorios que para demostrar la identidad: mediante documentos oficiales o extraoficiales y, alternativamente, mediante la declaración firmada de dos personas⁴⁶.

Para cerrar la cuestión del daño transgeneracional, la SPI realizó unas últimas consideraciones. En cuanto a la cuestión de si es *apropiado* conceder reparaciones por daños transgeneracionales en el *caso Ntaganda* en particular, retomando uno de los señalamientos de la SA, la SPI reiteró que, al identificar y definir los tipos de daños sufridos por las víctimas en el caso, concluyó que, efectivamente, era *más probable* ("*more likely than not*") que los hijos de las víctimas directas de los crímenes por los que el Sr. Ntaganda fue condenado sufrieran daños transgeneracionales y fundamenta esta conclusión con las pruebas presentadas durante el proceso que demuestran; (i) la victimización masiva y la violencia extrema sufrida por las víctimas de los crímenes incluidos en la condena; y (ii) que las víctimas no recibieron ningún apoyo o tratamiento que aliviara su sufrimiento mientras continuaban con sus vidas⁴⁷.

Además, respecto a si Ntaganda es *responsable* de reparar el daño transgeneracional en el contexto específico de los crímenes por los que fue condenado y teniendo en cuenta el impacto del prolongado conflicto armado en RDC, la SPI consideró que en la Orden de Reparaciones se incluyen suficientes

⁴⁴ *Id.* Véase también, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Germain Katanga*, Decisión sobre la Cuestión del Daño Transgeneracional, SPI II, ICC-01/04-01/07-3804-Red-tEN, 19 de julio de 2018, párr. 29.

⁴⁵ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Bosco Ntaganda*, Versión Pública Redactada del Addendum a la Orden de Reparaciones de 8 de marzo de 2021, SPI II, ICC-01/04-02/06-2858-Red, 14 de julio de 2023, párr. 190.

⁴⁶ *Ibid*, párr. 191.

⁴⁷ *Ibid*, párr. 192.

elementos de salvaguardias de los derechos del condenado: cualquier posible reparación basada en daño transgeneracional requiere *pruebas suficientes del nexo causal entre el daño del niño/a y el daño causado al progenitor por el que Ntaganda fue condenado*, cuyo criterio de causalidad es el criterio "but/for" y la exigencia de que los crímenes por los que Ntaganda fue condenado hayan sido la "causa próxima" del daño cuya reparación se solicita.⁴⁸ En la misma línea, la SPI recomendó "cautela a la hora de evaluar si las víctimas que alegan daños transgeneracionales tienen derecho a beneficiarse de las reparaciones" (párr. 193) dado que:

"el daño causado por una experiencia traumática hace que una persona sea mucho más vulnerable a sufrir cualquier trauma posterior, y los resultados para la persona serían peores debido al trauma anterior. En consecuencia, la cuestión del impacto del conflicto armado prolongado en RDC es una cuestión de prueba que debe decidirse caso por caso como parte de las evaluaciones de elegibilidad" (CPI, 2023, párr. 193).

Por último, la SPI estableció que, si bien la descendencia de las víctimas directas puede calificarse como víctimas indirectas de los crímenes sin necesidad de alegar que han sufrido un daño transgeneracional⁴⁹, resulta *esencial reconocer la existencia del fenómeno del daño transgeneracional* y el sufrimiento personal que los hijos de víctimas de atrocidades inimaginables también pueden experimentar. En opinión de la Sala, este enfoque se justifica aún más a la luz del principio fundamental del "interés superior del niño", que debe guiar las decisiones de reparación relativas a los niños. Un enfoque sensible a los derechos de los niños y las niñas que -al tiempo que garantiza que los derechos de la persona condenada sean plenamente respetados- promueve cuidadosamente la protección de la

⁴⁸ *Ibid*, párr. 193.

⁴⁹ En efecto, como es la práctica en otros casos ante la Corte en la fase de reparación, se beneficiarán de una presunción o podrán demostrar que han sufrido un daño personal como resultado de los crímenes cometidos contra su(s) progenitor(es). Véase, por ejemplo, en el caso Lubanga donde se presumió daño material, físico y psicológico en relación con todas las víctimas indirectas 'debido a su estrecha relación personal con la víctima directa', véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo*, Versión corregida de la "Decisión por la que se fija la cuantía de la indemnización de reparación de la que es responsable Thomas Lubanga Dyilo", SPI II, ICC-01/04-01/06-3379-Red-Corr-tENG, 21 de diciembre de 2017, párrs. 180-185.

infancia y reconoce el daño personal diferencial que pueden haber sufrido, en sí mismo, ya puede constituir una medida de satisfacción.

Como conclusión, la SPI interpretó que el daño transgeneracional es indemnizable, pero, recomendó cautela en los exámenes de elegibilidad por parte del FFV, dado que la causa del daño puede verse “*desdibujada*” por otras circunstancias que rodean al conflicto armado en RDC. Actualmente, el *Addendum* se encuentra en etapa de apelación.

III. 4. La influencia del caso *Ntaganda* en el caso contra *Dominic Ongwen*

En la Orden de Reparaciones del caso *Fiscal contra Dominic Ongwen* del 28 de febrero de 2024, la CPI incorporó los principios de la Orden de Reparaciones de *Ntaganda* del 8 de marzo de 2021 y del *Addendum* a la Orden de reparaciones, incluyendo los principios relativos al concepto y tipos de daño (CPI, 2024, párrs. 167-168). Así, el daño transgeneracional se menciona expresamente como un tipo de daño posiblemente sufrido por las víctimas, y la Sala remite a la definición del mismo esbozada en el *caso Ntaganda*. En 2024, la CPI señaló -en consonancia con el enfoque adoptado en *Ntaganda*- la importancia de reconocer la existencia del fenómeno del daño transgeneracional y de reconocer que los hijos de las víctimas de atrocidades inimaginables también pueden experimentar sufrimiento personal, aunque no hayan vivido personalmente las atrocidades que causaron el trauma de sus padres (CPI, 2024, párr. 207).

En el *caso Ongwen* la Sala también encontró que los expertos coinciden en la existencia de “un fenómeno, por el cual la violencia social se transmite de ascendientes a descendientes con consecuencias traumáticas para estos últimos” (párr. 178). En cuanto a las pruebas necesarias para demostrar el daño transgeneracional (párr. 193-194), la Sala señaló los mismos estándares que en *Ntaganda*, citando en las notas al pie las referencias al caso: el equilibrio de probabilidades es el estándar de prueba apropiado y el estándar de causalidad *but/for* es el requerido con respecto al daño por el que se solicita reparación.

Adicionalmente, el daño transgeneracional tiene que ser sufrido personalmente por la víctima y debe establecerse el nexo causal entre el daño y el crimen por el que el Sr. Ongwen fue condenado. Además, los hijos de las víctimas directas pueden alegar haber sufrido un perjuicio transgeneracional con independencia de cuándo nacieron, siempre que puedan demostrar el perjuicio personal y el nexo causal que demuestre que su perjuicio es consecuencia de los delitos por los que se condenó al Sr. Ongwen.

Cabe resaltar que en el caso Ongwen la Sala si fue más clara respecto a las presunciones. En el párrafo 195 de la Orden de reparación, señaló expresamente que: “no puede adoptarse en el presente caso una presunción que se refiera específicamente al daño transgeneracional. No obstante, cuando proceda, se aplicarán las demás presunciones fácticas generales establecidas en la presente Orden de Reparaciones”.

La Sala dedicó un párrafo exclusivo sobre la necesidad de actuar con **cautela** al momento de evaluar las alegaciones de daño transgeneracional en este caso (CPI, 2024, párr. 197). Señaló que “no hacerlo sería contrario a los derechos del imputado y a los principios aplicables al presente procedimiento” y que el FFV también debe asegurarse de que el daño alegado cumpla con los estándares probatorios descritos en la Orden de reparaciones. La CPI recordó que cualquier posible reparación basada en daño transgeneracional debe basarse en pruebas suficientes del nexo causal entre el daño del niño y el daño causado al progenitor o progenitores derivado de los crímenes por los que el Sr. Ongwen fue condenado. En nuestra opinión, lo cierto es que dichas cuestiones también deben verificarse en cualquier solicitud de reparación que alegue cualquier tipo de daño.

Mientras en las Salas de la CPI apenas comienza a desarrollarse la reparación por daño transgeneracional, es crucial examinar este abordaje por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y cómo estas influencias pueden impactar positivamente en crear estándares de reparación para las víctimas de crímenes internacionales.

IV. ¿Qué recibió la CPI de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparación del daño transgeneracional?

A la hora de motivar el alcance, contenido y legitimación del daño transgeneracional, la SPI se nutrió^{50 51} de la frondosa jurisprudencia de la Corte IDH en la materia. Pero ¿por qué mirar los desarrollos de la Corte IDH en materia de reparaciones cuando se tratan de sistemas tan disímiles en materia de responsabilidad?

En primer lugar, quienes redactaron el ER plasmaron la necesidad de una disposición especial sobre el derecho aplicable a la CPI para adecuar las fuentes del derecho internacional al contexto del derecho penal en el que opera la CPI (Schabas, 2010, p. 383; de Guzman, 2008, p. 702). Como resultado, el artículo 21 ER incluye tanto fuentes internas específicas de derecho de la CPI (artículo 21(1)(a) y 21(2)) como fuentes externas generales de derecho (artículo 21(1)(b)-(c)). Asimismo, el artículo 21(3) establece que la aplicación e interpretación del derecho conforme al artículo 21 debe ser coherente con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, incluido el principio de no discriminación. Esta

⁵⁰ Para Arenas Meza, estamos frente a un “creciente proceso de cross-fertilization jurisprudencial que se viene dando entre tribunales” (2018:578) y si bien el autor analiza la cross-fertilization (en adelante referencias cruzadas) entre sistemas de protección regional de Derechos Humanos, y, si bien es cierto que se tratan de sistemas muy diferentes, podemos hallar puntos de conexión en cuanto a las definiciones. En este caso veremos cómo la Sala VI de la CPI, recoge su argumentación de las motivaciones de la Corte IDH a la hora de interpretar el daño, especialmente, el daño transgeneracional.

⁵¹ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Bosco Ntaganda*, Orden de Reparaciones, ICC-01/04-02/06, 8 de marzo 2021, párrs.92,97, 98, 102, 103,135,152,153, 155,159, 179, 181, 184, 185, 186, 187,193,195, 219, 220, 222, 253, 256, 270, 271, 272, 275, 378, 570 y, *Fiscalía contra Bosco Ntaganda*, Versión Pública Redactada del Addendum a la Orden de Reparaciones de 8 de marzo de 2021, SPI II, ICC-01/04-02/06-2858-Red, 14 de julio de 2023, nota al pie 423.

Asimismo, se cita jurisprudencia de tribunales penales internacionales híbridos como las Cámaras Extraordinarias en los Tribunales de Camboya (ECCC, Expediente del Caso No: 003/07-09-2009-ECCC-OCIJ Fiscal contra MEAS Muth, Orden sobre la Admisibilidad de las Solicitudes de Parte Civil, 28 de noviembre de 2018, D269, párr. 32 y nota al pie 47, y ECCC, Expediente del Caso No: 004/07-09-2009-ECCC-OCIJ, Orden de Solicitudes de Parte Civil, 28 de junio de 2019, D384, párr. 33 y nota al pie 49). O, las Cámaras Especializadas de Kosovo (KSC, Panel de Juicio I, El Fiscal Especial contra Salih Mustafa, Versión corregida de la Versión Pública Redactada de la Orden de Reparación contra Salih Mustafa, 6 de abril de 2023, KSC-BC-2020-05/F00517/RED/COR, párrafos 92, 187), entre otros.

disposición crea una jerarquía sustantiva del derecho que prevalece sobre la jerarquía formal entre fuentes establecida en el artículo 21(1) (Pellet, 2002, p. 1077). La Sala de Apelaciones de la CPI ha enfatizado que cada artículo del ER debe ser interpretado y aplicado de acuerdo con el artículo 21(3) (CPI, 2006, párr. 38).

Además, cabe recordar que la posibilidad de las víctimas de reclamar reparaciones en el marco de un procedimiento penal internacional es una cuestión sumamente novedosa, que se materializa con la entrada en vigor del ER. Según su esquema, una vez exista sentencia condenatoria contra el acusado, se abre una etapa de naturaleza más bien civil, donde las víctimas tienen la oportunidad de intervenir reclamando las reparaciones a los daños producto de los crímenes por los que el imputado fue condenado (artículo 75 párrafo 2 del ER). Aquí, la Fiscalía deja de ser parte en el proceso, e intervienen las Víctimas con sus representantes, el FFV y la Defensa.

Es entonces en esta etapa que la jurisprudencia consolidada en materia de reparaciones de la Corte IDH, cobra especial valor. De acuerdo con Miriam Cohen, la Corte IDH posee una rica y vasta trayectoria en materia de reparaciones que “elabora sobre muchos conceptos que son omnipresentes en cada sistema de reparación y que, se argumenta, pueden ser tenidos en cuenta para el desarrollo de principios de reparación dentro de la Corte Penal Internacional” (Cohen, 2012, p. 297). Además, señala que mucho puede aprenderse de la experiencia de otra institución que se ha ocupado de casos similares relativos a atrocidades y violaciones masivas a los derechos humanos (Cohen, 2012, p. 295).

Desde su primera “Decisión por la que se establecen los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones” en 2012, la CPI reconoció la relevancia de la experiencia de las instituciones de Derechos Humanos señalando que:

“dada la contribución sustancial de los órganos regionales de derechos humanos en la promoción del derecho de las personas a un recurso efectivo y a la reparación, la Sala ha tenido en cuenta la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos y los mecanismos y prácticas nacionales e internacionales que se han

desarrollado en este ámbito” (CPI, Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo, Decisión por la que se establecen los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones, SPI I, 7 de agosto de 2012, ICC-01/04-01/06, párr. 186 y nota 377).

Concluye Cohen, que la jurisprudencia de la Corte IDH puede aportar a la construcción de una jurisprudencia sólida en la CPI desde su entendimiento de que el daño causado debe ir acompañado de la debida reparación a las víctimas, la inclusión de estas en el centro del proceso; y de la creatividad ejercida por la Corte para otorgar reparaciones incluso en casos en los que tal otorgamiento no es ni intuitivo ni una tarea fácil: “Esta lección debe ser tenida en cuenta cuando los jueces de la CPI deban dar vida a la grandiosa tarea de juzgar y castigar a los acusados al tiempo que incluyen a las víctimas en el proceso y hacen justicia” (2012, p. 303).

Ahora bien, en tanto la experticia de la Corte IDH es incorporada en el mérito de las sentencias de reparaciones de la CPI, a continuación, analizaremos el caso particular de esta sinergia en el proceso de reparaciones del caso *Ntaganda*.

IV.1. La Orden de Reparaciones del 8 de marzo de 2021

La SPI IV acopia la jurisprudencia de la Corte IDH en el capítulo referido al daño y sus clases en sus citas⁵² en especial porque, dentro del análisis de los tipos de daño, el daño transgeneracional no quedó fuera de la perspectiva de la Corte IDH.

Es parte de su jurisprudencia consolidada que las violaciones a los Derechos Humanos contra una persona pueden afectar seriamente a su círculo familiar y que su efecto “trasciende a las generaciones futuras de diversas maneras” (véase, Corte IDH, Gómez Palomino contra Perú, 2005, párr. 146).⁵³ Es este mismo caso que

⁵² Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Bosco Ntaganda*, Orden de Reparaciones, ICC-01/04-02/06, 8 de marzo 2021 la nota al pie 179 para el daño psíquico y moral; nota al pie pérdida del plan de vida, nota al pie 181, 182, 184 y 185.

⁵³ Véase, Corte IDH, *Caso Gómez Palomino v. Perú*, Sentencia, 22 de noviembre de, Series C No. 136, párr. 146: “La Corte toma en cuenta que las graves violaciones de derechos humanos como la ocurrida en el presente caso dejan secuelas de impresión duradera en las víctimas y familiares directamente afectados, que a su vez impactan a las nuevas generaciones. Así, el dilema que viven

sirvió de fuente a la SPI VI, además del *Caso Rosendo Cantú y otra contra México (2010)*.⁵⁴

El caso *Rosendo Cantú* reconoció, entre las afectaciones que se relacionan con las consecuencias no directas a las vulneraciones de Derechos Humanos, al desarraigo como parte del daño sufrido por una víctima indirecta, la hija de la víctima directa. Particularmente, el desarraigo de la cultura indígena de la niña, de su entorno comunitario y familiar, por uno de cuidado alejado de sus tradiciones (Corte IDH, 2010, párr. 138). La Corte IDH interpretó que la violación sexual sufrida por la víctima directa y la impunidad en torno al caso afectó emocionalmente a su hija, vulnerando el derecho consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, relativo a la integridad personal (Corte IDH, 2010, párr. 139). Entre las medidas de satisfacción que la Corte IDH ordenó en este caso, se le otorgaron becas de estudio (Corte IDH, 2010, párr. 257) en el marco de una reparación integral.

La SPI VI reconoció que las características de los propios crímenes de competencia de la CPI hacen que las victimizaciones sean masivas, y en especial, tienen consecuencias no solo para víctimas en particular, sino que repercuten, como ya hemos estudiado, en el entorno y la comunidad (CPI, 2021, párr. 74). Al respecto, complementa a pie de página con los casos *Tibi vs. Ecuador (2004)* y *Masacre de Río Negro Vs. Guatemala (2012)*.

Por un lado, los párrafos escogidos por la SPI VI, del caso *Tibi contra Ecuador (2004)* refirieron a las consecuencias de las violaciones de derechos -o en el caso de la CPI, los crímenes- a los ámbitos de la familia de la víctima directa e

las generaciones presentes, afectadas directamente por la violación de sus derechos humanos, trasciende a las generaciones futuras de diversas maneras. Para lograr una reparación integral en atención a las circunstancias particulares del presente caso, el Tribunal dispone que, en caso de que las hermanas y el hermano del señor Gómez Palomino mencionados en el párrafo anterior no deseen hacer uso personal de la medida de reparación educativa ordenada a su favor, podrán transmitir dicho beneficio a sus hijos e hijas, el que se otorgará en forma de una beca”.

⁵⁴ Se trata un caso de violación de los derechos humanos de una niña indígena Me-phaade de 17 años, que fue violada sexualmente por soldados del estado de México y de las posteriores violaciones al debido proceso, igualdad, garantías judiciales, entre otros.

hicieron referencia a las secuelas presentes en las víctimas indirectas por la detención ilegal del señor Tibi, y que se vinculan estrechamente con la ruptura del núcleo familiar, y la “frustración de los planes personales y familiares” (Corte IDH, 2004, párr. 161). Por otro lado, el caso *Masacres de Río Negro (2012)* tuvo en común con el caso *Ntaganda* el contexto de un conflicto armado no internacional y, como víctimas, a la población civil.

Si bien existen diferencias que separan a ambos sistemas -por un lado, la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de Derechos Humanos y por otro la responsabilidad internacional penal individual relativa a crímenes del ER- es posible obtener algunas ideas en común, en especial si pensamos en el daño transgeneracional en conflictos armados no internacionales. Allí, la Corte IDH, estableció que:

“(…) las masacres sucedidas durante el conflicto armado interno en Guatemala, aunado al desplazamiento de los miembros de la comunidad de Río Negro y su reasentamiento en la colonia Pacux en condiciones precarias, generó la destrucción de su estructura social, la desintegración familiar y la pérdida de sus prácticas culturales y tradicionales, además del idioma maya achí. Todo ello ha impactado la vida colectiva de los miembros de la comunidad de Río Negro que hoy día todavía habitan en Pacux.”. (Corte IDH, *Masacre de Río Negro contra Honduras*, 2012, párr. 62).

Recordemos que, la SPI VI, interpretó que “los miembros de familias y comunidades pueden verse afectados por acontecimientos traumáticos sufridos colectivamente por los miembros individuales del grupo, por razones de desintegración, ruptura o dispersión del grupo” (CPI, 2021, párr. 74). A su vez, la Sala VI dedica dos párrafos a las reparaciones transformadoras, “el propósito transformador de las reparaciones apunta a producir un efecto restaurador y correctivo y a promover cambios estructurales, desmantelando discriminaciones, estereotipos y prácticas que pueden haber contribuido a crear las condiciones para que ocurra el delito” (CPI, 2021, párr. 94). Las reparaciones transformadoras forman parte de la jurisprudencia consolidada de la Corte IDH, y en virtud de las cuales la Sala VI cita dos sentencias emblemáticas: el caso *Gonzales y otras vs. México* (2009, párr. 450-451) y el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile* (2012, párr. 267).

IV.2. La sentencia de la Sala de Apelaciones

El uso de la jurisprudencia de la Corte IDH por la SPI VI planteó controversias. La defensa alegó que la Sala VI;

“se basó en presentaciones, informes de expertos y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (...) ‘ni siquiera hizo referencia a los límites de los conceptos citados en ellos’, y que “[e]n estas circunstancias, la dependencia de la Sala de Juicio en el concepto de daño transgeneracional carece de fundamento, lo que socava sus conclusiones que incorporan este daño en la Orden de Reparaciones” (CPI, 2022, párr. 461).

Al respecto la SA, estableció que, si bien la SPI VI, había referido a dos casos de la Corte IDH, *Gómez Palomino vs Perú y Rosendo Cantú y otra vs. México*, “no proporcionó un razonamiento suficiente sobre este concepto” (CPI, 2022, párr. 461). En uno de los casos, la Corte IDH, de acuerdo con su jurisprudencia, señaló que los límites a la valoración de la prueba, y vale la aclaración: en materia de responsabilidad internacional de los estados por violaciones a los DDHH;

“no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. Además, la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia” (*Gómez Palomino vs Perú*, 2005, párr. 46).

A su vez, la SA se sirvió de la jurisprudencia de la Corte IDH al momento de tratar la cuestión relativa a *(b) Si la SPI incurrió en error al considerar que los niños nacidos de violación y esclavitud sexual pueden ser considerados víctimas directas* (CPI, 2022, párr. 641-661). La SA consideró útil tener en cuenta las observaciones del Juez García Ramírez en *Masacres de Ituango vs. Colombia* para definir a las víctimas directas y a las indirectas. Allí se determinó que una víctima directa es:

“el individuo contra quien se dirige la conducta ilegal del agente estatal de manera inmediata, explícita y deliberada; el individuo que pierde su vida, cuya integridad o libertad es lesionada, que es privado de su patrimonio, violándose así las disposiciones de la Convención que establecen estos derechos” (Masacres de Ituango Massacres vs. Colombia, Opinión Separada del Magistrado S. García Ramírez, párr. 11).

El Juez García Ramírez señaló además que una víctima indirecta es un “individuo que no sufre esa conducta ilícita de la misma manera -inmediata, directa y deliberada-, pero que también ve afectados o vulnerados sus propios derechos, a partir del impacto en la llamada víctima directa” (CPI, 2022, párr. 651).

IV. 3. Versión Pública Redactada del Addendum a la Orden de Reparaciones de 8 de marzo de 2021

En el *Addendum* dictado en el 2023, la SPI II retoma el concepto del daño transgeneracional y sus criterios probatorios. Para expedirse sobre el concepto y concluir en la existencia de este fenómeno, se refiere, entre otras cuestiones, a las decisiones consolidadas en materia de daño transgeneracional de “otras jurisdicciones internacionales” como la Corte IDH (CPI, 2023, párr. 175).

En su nota al pie 423, la SPI II refiere al dictamen pericial presentado ante la Corte IDH en el caso *Rochac Hernández y otros c. El Salvador (2014)*. Este caso está relacionado con la desaparición forzada de niños y niñas, quienes eran sustraídos y retenidos ilegalmente por miembros de la Fuerza Armada en el contexto de los operativos de contrainsurgencia (2014, párr. 49) durante el conflicto armado de los años 1980 a 1991. Refiere en sus notas al pie a la opinión de una experta sobre las secuelas transgeneracionales de la desaparición forzada, y en el caso, son los representantes de las víctimas quienes solicitan que haya un sistema integral de apoyo para las familias de los menores desaparecidos en el conflicto (2014, párr. 237).

Se concluye del análisis del uso de las citas, que las Salas la CPI han utilizado las sentencias de la Corte IDH tanto para definir y diferenciar a las víctimas directas de las indirectas, como para demostrar la existencia de un posible daño

transgeneracional en determinados contextos y su manifestación en víctimas de violaciones graves a los derechos humanos, y para brindar una mayor fundamentación al concepto de daño transgeneracional en la jurisprudencia internacional. Sin embargo, no parece receptar esta jurisprudencia para profundizar en los alcances reparatorios del daño transgeneracional, ni para sustentar una posición de reparación integral.

V. Conclusiones

El sistema de justicia penal internacional receptado en el ER introduce un esquema de reparaciones novedoso, que refleja el reconocimiento en el derecho penal internacional de la necesidad de ir más allá de la noción de justicia meramente punitiva, hacia una solución más inclusiva, que fomente la participación y reconozca la necesidad de proporcionar recursos efectivos a las víctimas para obtener reparaciones. De acuerdo con la propia Corte, las reparaciones cumplen dos propósitos principales consagrados en el ER: obligan a los responsables de crímenes graves a reparar el daño que causaron a las víctimas y permiten a la Corte garantizar que quienes perpetran los crímenes rindan cuentas de sus actos. El régimen de reparación previsto en el ER, no es sólo una de sus características singulares, es también una característica clave: el éxito de la Corte está, en cierta medida, ligado al éxito de su sistema de reparaciones (CPI, 2015, párrs. 1-3)⁵⁵.

La jurisprudencia de la CPI contempla la posibilidad de que aquellas víctimas indirectas que sufran daños psicológicos obtengan reparaciones siempre que estos daños estén relacionados con el crimen por el que se condena al acusado. Sin embargo, como se descubrió en la decisión del *caso Katanga (2018)*⁵⁶, pueden

⁵⁵ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo*, Orden de reparaciones enmendada, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA 03-03-2015.

⁵⁶ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Germain Katanga*, Decisión sobre la Cuestión del Daño Transgeneracional, Sala de Primer Instancia II, ICC-01/04-01/07-3804-Red-tEN, 19 de julio de 2018.

surgir varias dificultades cuando se intenta hacer valer el derecho a reparaciones por daños transgeneracionales.

En *Ntaganda*, si bien se registran avances, la etapa de reparaciones fue especialmente compleja debido a las alegaciones por daño transgeneracional. Por un lado, el abordaje jurisprudencial sobre esta temática resulta muy necesario, en tanto colma el vacío existente, y permite desarrollar un análisis profundo sobre los elementos específicos para demostrar la manifestación del daño transgeneracional, dado que existe y debe ser reparable en el esquema de la CPI como institución central de la justicia internacional de nuestro tiempo.

Sin embargo, el diálogo entre salas no parece ser fructífero, sino evidentemente confuso. Esa inconsistencia, tiene como efecto la ausencia de un camino claro para las víctimas y sus representantes a la hora de motivar sus solicitudes y, además, produce una preocupante ausencia de estándares internacionales en materia de reparación penal, o un sistema de reparaciones acotado, que no tiene en cuenta -en la práctica- una mirada integral de las mismas. Por el contrario, su cautela tanto en *Katanga* como en *Ntaganda*, demuestra que si bien es “esencial reconocer la existencia del fenómeno del daño transgeneracional”⁵⁷ y que las víctimas “sufren, con toda probabilidad, daños psicológicos transgeneracionales”⁵⁸, la CPI no es aún capaz de otorgarles un reconocimiento efectivo.

La complejidad de este abordaje también se refleja en cuestiones procesales. El *Addendum* a la Orden de Reparaciones del caso *Ntaganda* aún se encuentra en etapa de apelación, pero ello no impidió que cuestiones referentes al daño transgeneracional tuvieran impacto en la Orden de Reparaciones del caso *Ongwen*

⁵⁷ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Bosco Ntaganda*, Versión Pública Redactada del Addendum a la Orden de Reparaciones de 8 de marzo de 2021, SPI II, ICC-01/04-02/06-2858-Red, 14 de julio de 2023.

⁵⁸ Véase, Corte Penal Internacional, *Fiscalía contra Germain Katanga*, Orden de reparación de conformidad con el artículo 75 del Estatuto, SPI II, ICC-01/04- 01/07-3728-tENG, 24 de marzo de 2017, párr.134.

en 2024. La SPI aludió al desarrollo del daño transgeneracional dado principalmente en la jurisprudencia del caso *Ntaganda*.

Consideramos que los problemas a los que se enfrenta la CPI en la etapa de reparaciones podrían ser resueltos nutriéndose de las resoluciones de otros tribunales con una amplia trayectoria en reparación integral, como es el caso de la Corte IDH, y no sólo limitarse a tomar de ella las definiciones que utiliza. Si bien la jurisdicción de ambos tribunales es diferente -como así también los sistemas de atribución de responsabilidad-, consideramos que esta fuente, receptada por el artículo 21(3) del ER, debe utilizarse para proporcionar una interpretación normativa que enriquezca la comprensión de las reparaciones de la CPI a la luz de los objetivos del ER mencionados en su preámbulo, garantizando a las víctimas la posibilidad de reclamar medidas reparatorias del daño transgeneracional que han sufrido y creando estándares penales internacionales en la materia.

Referencias bibliográficas

- AFIFAH RIDHUAN, Suria; CALTABIANO, Anna; GILLIS, Harry; GIRITLIOĞLU, Alí; GRAFF, Anna; HAMPIKIAN, L.E; JONES, Ariadin; LUETGERATH, Philp; PIERCE, Aidan; POMEROY, Emma & SAID-MOHAMED, Rihlat (2021). *Advocating for a Collaborative Research Approach on Transgenerational Transmission of Trauma*. *Journal of child & adolescent trauma*, 14(4), 527-531.
- ARENAS MEZA, Miguel (2018). *El diálogo judicial euro-latinoamericano en el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de cross-fertilization entre tribunales de Derechos Humanos*. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 20, n° 40. Segundo semestre de 2018. pp. 577-604.
- BRUSCO, Florencia, & MARTÍNEZ ELIAS, Agustín Eugenio (2023). *El daño transgeneracional en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. *Novum Jus*, 17(2), 17-42.
- COHEN, Miriam. (2012). *Reparations At The International Criminal Court: Lessons From The Inter-American Court Of Human Rights*. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 12, 295-310.

- CORNELL LAW SCHOOL, LEGAL INFORMATION INSTITUTE. (2024). But/for test. In *Wex Legal Dictionary and Legal Encyclopedia*.
- FIELD, Nigel P.; MUONG, Sophear; SOCHANVIMEAN, Vannavuth (2013). Parental styles in the intergenerational transmission of trauma stemming from the Khmer Rouge regime in Cambodia. *American Journal of Orthopsychiatry*, 83(4), 483-494.
- GARNER, Bryan A. (Ed.). (2004). *Black's Law Dictionary* (8th ed.).
- KLAMBERG, Mark. (2017). *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, FICHL Publication Series No. 29, Brussels.
- LEE, Roy SK; FRIMAN, Håkan (2001) *Reparations to Victims*, en R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Inc.
- MCAULIFFE DE GUZMAN, Margaret (2008). Article 21 – Applicable Law, in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 2nd ed., C.H. Beck/Hart/Nomos, Munich/Oxford/Baden-Baden, pp. 701-12.
- PELLET, Alain. Applicable Law, in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W.D. Jones (eds.) (2002). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2nd ed., Oxford University Press
- RINCÓN, Abril Paola; BOCANEGRA OYOLA, Valentina; GUERRERO GUTIÉRREZ, Daniel Camilo; MARTÍNEZ AGUDELO, Ana María; TOBÓN VÉLEZ, Laura. (2022). *Daño intergeneracional y transgeneracional*. Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), y el Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).
- SCHABAS, William A. (2010). *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press.

Documentos

Comunicados de Prensa

- Corte Penal Internacional (2018). “La Sala de Apelaciones de la CPI absuelve al Sr. Bemba de los cargos de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”, Comunicado de prensa del 8 de junio de 2018.
- Fondo Fiduciario para las Víctimas (2018). “Tras la absolución del Sr. Bemba, el Fondo Fiduciario para las Víctimas en la CPI decide acelerar el lanzamiento

del programa de asistencia en la República Centroafricana”. Comunicado de prensa del Fondo Fiduciario para las Víctimas, junio de 2018.

Instrumentos internacionales

Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998).

Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional (2000).

Jurisprudencia

Corte Penal Internacional

Fiscalía contra Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Orden de Reparaciones, SPI VIII, ICC-01/12-01/15-23, 17 de agosto de 2017.

Fiscalía contra Bosco Ntaganda, Orden de reparaciones del 8 de marzo de 2021, SPI VI, ICC-01/04-02/06- 2659.

Fiscalía contra Bosco Ntaganda, Sentencia sobre los recursos contra la decisión de la Sala de Primera Instancia VI de 8 de marzo de 2021 titulada "Orden de Reparaciones", SA, ICC-01/04-02/06-2782, 12 de septiembre de 2022.

Fiscalía contra Bosco Ntaganda, Versión Pública Redactada del Addendum a la Orden de Reparaciones de 8 de marzo de 2021, SPI II, ICC-01/04-02/06-2858-Red, 14 de julio de 2023.

Fiscalía contra Dominic Ongwen, Orden de Reparaciones, SPI IX, ICC-02/04-01/15-2074, 28 de febrero de 2024.

Fiscalía contra Germain Katanga, Decisión sobre la Cuestión del Daño Transgeneracional Alegado por algunos solicitantes de reparaciones devuelta por la SA en su Sentencia de 8 de marzo de 2018, Sala de Primer Instancia II, ICC-01/04-01/07-3804-Red-tEN, 19 de julio de 2018.

Fiscalía contra Germain Katanga, Orden de reparación de conformidad con el artículo 75 del Estatuto, SPI II, ICC-01/04- 01/07-3728-tENG, 24 de marzo de 2017.

Fiscalía contra Jean-Pierre Bemba Gombo, Presentación del Centro de Derechos Humanos QUB sobre cuestiones de reparación de conformidad con el artículo 75 del Estatuto, SPI III, ICC-01/05-01/08-3444, 17 de octubre de 2016.

Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo, Decisión por la que se establecen los principios y procedimientos aplicables a las reparaciones, SPI I, ICC-01/04-01/06, 7 de agosto de 2012.

Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo, Orden de reparaciones enmendada, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA 03-03-2015.

Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo, Recurso contra la "Decisión por la que se establecen los principios", SA, ICC-01/04-01/06-295, 14 de diciembre de 2012.

Fiscalía contra Thomas Lubanga Dyilo, Versión redactada de la "Decisión sobre 'víctimas indirectas'", SPI I, ICC-01/04-01/06-1813, 8 de abril de 2009.

Situación en la República Democrática del Congo, Decisión sobre las solicitudes de participación en las Actas de la VPRS 1-6, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC-01/04-101-tEN-Corr, 19 de enero de 2006.

Situación en la República Democrática del Congo. S. Ap., Sentencia sobre la Solicitud del Fiscal de Revisión Extraordinaria de la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I del 31 de marzo de 2006 Denegando Permiso para Apelar, 13 de julio de 2006.

Corte IDH

Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.

Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.

Espinoza Gonzáles vs. Perú, Sentencia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

La despenalización del aborto desde la Suprema Corte de México

Decriminalization of abortion by the Mexican Supreme Court

 **Leticia Bonifaz Alfonso**

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
Universidad Nacional Autónoma de México, México
lebonal@hotmail.com

 **Rosalba Mora Sierra**

Dirección de Acceso a la Justicia en la Unidad General de Conocimiento Científico y
Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México
rosalba.ms@gmail.com

Traducción al español* de  **Dana Repka**

Universidad de Toronto, Canadá
danarepkahruska@gmail.com

Resumen: En septiembre de 2021, la Suprema Corte de México emitió una sentencia que impidió a cualquier autoridad federal o local procesar a mujeres o personas con capacidad de gestar por el delito de aborto voluntario o consentido. Esta sentencia también declaró inconstitucionales las sanciones impuestas al personal médico que facilite o auxilie en estos procedimientos. Asimismo, la Corte determinó que limitar el acceso al aborto en casos de violación a un plazo específico resultaba desproporcionado. Posteriormente, en septiembre de 2023, la Suprema Corte confirmó que la criminalización absoluta del aborto era inconstitucional y declaró sin efectos la disposición que sostenía dicha criminalización en el Código Penal Federal. En consecuencia, los proveedores de servicios de salud que trabajan en instituciones públicas de salud federales no pueden ser criminalizados por garantizar el derecho al aborto.

* Este trabajo fue publicado en inglés con el título *Decriminalization of abortion by the Mexican Supreme Court* en el *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 165 (2024) 375-381.

Este artículo expone en detalle los argumentos utilizados por la Corte para garantizar el derecho a decidir, así como los efectos de ambas decisiones, más allá de la despenalización que se ha llevado a cabo —y que continúa impulsándose— en los Congresos locales. Además, se problematizan los alcances y las limitantes de las consideraciones de esta sentencia, lo que permite identificar con claridad cuáles son los retos pendientes en materia de interrupción voluntaria del embarazo.

Palabras clave: ABORTO; ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD; DERECHO A DECIDIR; SALUD SEXUAL; SALUD REPRODUCTIVA

Abstract: In September 2021, the Mexican Supreme Court issued a decision disallowing any federal or local judicial authority to indict someone for the offense of voluntary or consensual abortion. This decision also declared unconstitutional penalties imposed on medical personnel who facilitate or assist such procedures. Furthermore, the Court decided that limiting access to abortion in cases of rape to a specific time frame was disproportionate. Later on, in September 2023, the Supreme Court confirmed that absolute criminalization of abortion was unconstitutional and declared that the rule supporting criminalization in the Federal Penal Code was without effects. Consequently, healthcare providers who work in public federal health institutions cannot be criminalized for guaranteeing the right to abortion. This article reviews the reasons advanced by the Supreme Court to guarantee the right of reproductive self-determination, as well as the effects of both decisions beyond the decriminalization of abortion by Mexican federal and state legislatures. The paper also examines the scope and limitations of these rulings and identifies the remaining challenges regarding voluntary abortion procedures in Mexico.

Keywords: ABORTION; ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY; RIGHT TO DECIDE; SEXUAL HEALTH; REPRODUCTIVE HEALTH

Fecha de recepción: 23/01/2025
Fecha de aceptación: 13/02/2025
Identificador doi: 10.62169/rg.i34.2435



La despenalización del aborto desde la Suprema Corte de México

Leticia Bonifaz Alfonso y Rosalba Mora Sierra

I. Introducción

El 7 de septiembre de 2021, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (la Corte) declaró inconstitucional la penalización de tres cuestiones principales: (1) la interrupción voluntaria del embarazo (IVE); (2) la atención prestada por especialistas ya sea en la realización del procedimiento o el auxilio en la IVE a través, por ejemplo, del otorgamiento de medicamentos, y (3) la limitante de doce semanas como plazo único para solicitar la IVE en casos de violación. El análisis central de la Corte se basó en el derecho a decidir de las mujeres y personas con capacidad de gestar (MPCG), considerando que la criminalización de la intención de interrumpir el embarazo contradecía de manera injustificada este derecho.

Basándose en este razonamiento, el 6 de septiembre de 2023, la Corte declaró inconstitucional la criminalización de la IVE en el Código Penal Federal. Como resultado de esta sentencia, las instituciones públicas federales de salud, como el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), enfocado en el sector privado, y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), enfocado en el sector público, entre otras, ya no están obligadas a cumplir con aquella norma prohibitiva y pueden garantizar el derecho reproductivo a la libertad de decisión sobre el propio cuerpo.

Este artículo presentará, en primer lugar, los argumentos hechos valer por la Corte en las sentencias históricas de 2021, en el caso “Acción de

Inconstitucionalidad 148/2017” (AI 148/2017)¹ y de 2023, en el caso “Amparo en Revisión 267/2023” (AR 267/2023)². Además, el artículo identificará el posible alcance de estas decisiones para evaluar su impacto y limitaciones. La sección siguiente examinará la opinión de la Suprema Corte respecto al personal médico. Finalmente, las autoras presentarán los desafíos más significativos para garantizar el derecho a decidir en su modalidad de vertiente de interrupción voluntaria de un embarazo.

II. La Acción de Inconstitucionalidad 148/2017 y sus efectos

A través de la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, la entonces Procuraduría General de la República impugnó diversos artículos del Código Penal del Estado de Coahuila relacionados con la penalización del delito de aborto y la tipificación de la violación entre cónyuges. En relación con la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), la Corte resolvió cuatro cuestiones principales: (1) La despenalización de la IVE en cualquier momento, con el fin de garantizar los derechos de toma de decisiones de las MPCG, como algunos hombres transgénero (Dickens, 2020); (2) La eliminación de la pena de privación de libertad y de la suspensión temporal del ejercicio profesional en casos relacionados con la provisión de atención o asistencia para la IVE; (3) La eliminación de sanciones en casos de aborto, sin modificar su tipificación como delito; y (4) La ampliación del permiso legal para practicar la IVE en casos de violación más allá de las primeras 12 semanas de gestación.

Desde este enfoque, la Suprema Corte aplicó una perspectiva de género sólida. Por perspectiva de género, la Corte se refiere a un método que debe aplicarse en todos los procedimientos judiciales, incluso si las partes no lo solicitan, para determinar si existe alguna situación de violencia o vulnerabilidad

¹ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021.

² SCJN. Amparo en Revisión 267/2023. 6 de septiembre de 2023.

basada en el género que limite la administración plena e igualitaria de justicia. La obligación de juzgar con perspectiva de género exige remediar los posibles efectos discriminatorios que las normativas legales y las prácticas institucionales puedan tener en detrimento de las personas, particularmente de las mujeres. Este enfoque ya había sido abordado por la Suprema Corte en algunos casos relacionados con la IVE, en particular los Amparos en Revisión 1388/2015³ y 438/2020⁴. En la decisión de 2021, fue esencial aplicar una perspectiva de identidad de género y considerar a personas con identidades de género diversas, en contraste con el concepto tradicional de mujer⁵.

El razonamiento de la Corte se basó en varios puntos clave, que incluyen: (1) Los derechos relacionados con el derecho a decidir, incluyendo el plazo para ejercer dicho derecho en casos de IVE; (2) El derecho a la protección; (3) La criminalización de la IVE en cualquier momento de la gestación; (4) La asistencia en la IVE por parte de personal médico especializado; (5) Las excusas absolutorias en casos de aborto, y (6) El plazo para acceder a la IVE en casos de violación.

II.1. Derecho a decidir

La Constitución Mexicana otorga el derecho a decidir de manera libre e informada sobre el esparcimiento de los hijos desde 1974. Este derecho ha sido ampliado y clarificado mediante diversos fallos de la Suprema Corte (GIRE, 2022). Esto se debe a que la enmienda del artículo 4º de la Constitución en 1975 no modificó ni el Código Penal Federal ni los distintos Códigos Penales que rigen los delitos en las jurisdicciones subnacionales (éstos son: los 32 estados, incluyendo la Ciudad de México) (Madrado, 2009).

En el año 2000, la Suprema Corte abordó por primera vez el tema del aborto, en relación con una iniciativa legislativa conocida como la “Ley Robles”, promovida

³ SCJN. Amparo en Revisión 1388/2015. 15 de mayo de 2019.

⁴ SCJN. Amparo en Revisión 438/2020. 7 de julio de 2021.

⁵ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párr. 47.

por Rosario Robles Berlanga, entonces Jefa de Gobierno del Distrito Federal. En aquel momento, la Corte evaluó si la nueva causal agregada al Código Penal, que despenalizaba el aborto en caso de que el producto presentara alteraciones congénitas o genéticas que pudieran poner en riesgo su sobrevivencia, era constitucional. En esta primera ocasión, los argumentos se centraron en el derecho a la vida, y la Suprema Corte llegó a la conclusión de que la Constitución protege este derecho, incluso, desde el momento de la concepción⁶.

Ahora bien, aún aunque los argumentos de las partes no consideraron el derecho a la salud o a la interrupción del embarazo de las mujeres, la Corte determinó que el artículo era constitucional pues, “en realidad” no permitía la privación de la vida del producto de la concepción, sino que establecía que, cumpliendo ciertos requisitos, no debía aplicarse una sanción⁷. Si bien dichas razones no resultaban las más protectoras del derecho a decidir, esta sentencia fue muy importante porque validó las primeras puertas que se abrieron a la interrupción legal del embarazo.

Tras otro caso del Distrito Federal, se impulsaron reformas al Código Penal y a la Ley General de Salud para despenalizar el aborto. Estas enmiendas permitían que las mujeres interrumpieran su embarazo dentro de las primeras 12 semanas de gestación y requerían que el gobierno proporcionara atención médica esencial y consejería. Estas medidas legislativas fueron aprobadas en abril de 2007 y llevaron a las decisiones de la Suprema Corte en 2008 en los casos de las Acciones de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 148/2007⁸.

En contraste con los casos anteriores, la Suprema Corte realizó en sus sentencias de 2008 un análisis más amplio, incluyendo normativa internacional y derecho comparado. Así, el fallo determinó que no existe una protección completa del derecho a la vida, indicando que éste se protege, principalmente, una vez que

⁶ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 10/2000. 30 de enero de 2002, pp. 90 y 103.

⁷ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 10/2000. 30 de enero de 2002, p. 112.

⁸ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. 28 de Agosto de 2008.

se demuestra que la condición de vida ya existe. Además, concluyó que proteger la vida desde la concepción no es absoluto, especialmente porque no hay consenso sobre cuándo comienza la “vida”⁹.

La Corte también definió que este derecho no solo implica dimensiones relacionadas con la libertad reproductiva –decidir si se quiere o no tener descendencia–, sino que también se refiere a la libertad sexual y las decisiones que cada persona toma alrededor de su sexualidad. Esto fue determinado a través de los puntos decisivos en la sentencia¹⁰.

Una década después, la Corte emitió la decisión sobre la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, en el cual realizó un análisis más profundo del contenido del derecho a decidir y lo que significa en su relación con otros derechos, tales como los siguientes:

1. Dignidad, en tanto que resulta un presupuesto para ejercer el resto de los derechos y, concretamente, resulta condición fundamental para que las MPCG puedan disponer con plena conciencia y libertad sobre sus cuerpos. Esto les permite establecer sus identidades sin violaciones ni restricciones¹¹.
2. Autonomía, libre desarrollo de la personalidad e intimidad. Estos derechos son esenciales para que las MPCG definan sus proyectos de vida a partir de decisiones individuales, impidiendo que un gobierno estatal use su poder punitivo para afectarlas. La decisión de continuar o interrumpir un embarazo pertenece a la esfera más íntima de los individuos, y el Estado no tiene autorización para evaluar o condenar sus razones¹².
3. Igualdad jurídica. Es necesario eliminar todos los estereotipos que afectan negativamente a las mujeres (Cook et al, 2010), específicamente aquellos que sugieren que la sexualidad solo debe ejercerse alrededor de la procreación.

⁹ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. 28 de Agosto de 2008, pp. 173-75.

¹⁰ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. 28 de Agosto de 2008, p. 187.

¹¹ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 63 and 64.

¹² SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 67, 72, 84 and 133.

Estas consideraciones discriminatorias asignan roles que amenazan su dignidad y su derecho a elegir un plan de vida autónomo e individual¹³.

4. Salud (psicológica y física) y libertad reproductiva. Al decidir si continuar o interrumpir la gestación, las condiciones de salud juegan un papel crucial. Esto fue discutido extensamente en el Amparo en Revisión 1388/2015, en el que se recordó que este derecho debe ser entendido como el acceso al más alto nivel posible de salud individual, lo que incluye el bienestar general en el estado físico, mental, emocional y social¹⁴.
5. Provisión de recursos por parte del Estado. La Corte determinó que el derecho a la autodeterminación reproductiva no termina con que el gobierno permita pasivamente que los individuos, por sus propios medios y sin intervención estatal, tengan libertad para adoptar decisiones sobre su salud y libertad reproductiva. También significa que el Estado debe proporcionar de manera activa los recursos necesarios para garantizar que las decisiones de los individuos puedan llevarse a cabo adecuadamente. Esto implica la obligación estatal de prevenir razonablemente los riesgos de un aborto en condiciones poco seguras, contando con la infraestructura adecuada para proporcionar servicios médicos seguros, disponibles, accesibles, aceptables, asequibles, respetuosos y de calidad¹⁵.
6. Contexto de México. La Corte también dictaminó que, para materializar el derecho a decidir, es necesario tomar en cuenta cuestiones fundamentales como el contexto social, económico, cultural y de violencia en México. Desde esta perspectiva, no se pueden ignorar las condiciones de pobreza y pobreza extrema en las que más de 65 millones de personas viven en el país (al 2020). El porcentaje de la población que vive en pobreza aumenta considerablemente cuando se trata de mujeres habitantes de zonas rurales.

¹³ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 93, 94 and 106.

¹⁴ SCJN. Amparo en Revisión 1388/2015. 15 de mayo de 2019, párr. 96.

¹⁵ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párr. 124.

Además, la falta de acceso a servicios de salud ha ido en aumento considerable en los últimos años, pasando de un 13.7% a 30.5% en zonas rurales de personas que carecen de este acceso¹⁶. Esto sugiere que el derecho a decidir es mucho más difícil de ejercer cuando se está en ciertas situaciones de vulnerabilidad y marginación, particularmente cuando el Estado no garantiza las condiciones necesarias para ejercerlo.

Por estas razones, la Corte estableció que el cumplimiento de la obligación de garantizar el acceso al derecho a decidir en salud sexual y reproductiva implica siete cuestiones fundamentales: (1) aplicar la educación sexual como pilar de la política pública en materia de salud reproductiva; (2) garantizar el acceso a la información y asesoría en planificación familiar y métodos de control natal; (3) reconocer a las MPCG como titulares del derecho a decidir si continúan o interrumpen el embarazo; (4) garantizar una toma de decisión informada; (5) reconocer en todo momento que se debe asegurar la protección de la decisión en sus dos vías, ya sea para continuar o interrumpir el embarazo; (6) garantizar el acceso a la IVE en instituciones de salud pública de forma accesible, gratuita, confidencial, segura, expedita y no discriminatoria, y (7) controlar el derecho a decidir sobre la IVE dentro de un breve periodo cercano al inicio del proceso de gestación (generalmente, 12 semanas)¹⁷.

II.2. Derecho a la protección

Con respecto al plazo para ejercer el derecho a decidir en casos de aborto voluntario por embarazo producto de una relación sexual consentida, la Corte reiteró su línea jurisprudencial en el sentido de que los poderes públicos (y, por tanto, las decisiones judiciales), no tienen capacidad ni legitimidad para definir cuándo inicia la vida del ser humano, pues es una cuestión en la que no hay todavía

¹⁶ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 266 and 270.

¹⁷ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 156-181.

respuestas definitivas e inamovibles¹⁸. Sin embargo, para efectos de la protección, se retomó la postura de la gran mayoría de la normativa nacional e internacional, que define que la protección de la personalidad jurídica inicia, por regla general, desde el nacimiento¹⁹.

El Estado reconoce la importancia de proteger la gestación, al tiempo que respeta el derecho de las MPCG a tomar sus propias decisiones respecto a su embarazo. Por ello, la Corte ha determinado que el debate entre proteger la vida no nacida durante la gestación o el derecho de las personas gestantes a elegir es innecesario. En su lugar, se debe llegar a un punto medio de conciliación, ya que es solo a través de las personas que decidieron gestar que el Estado puede cumplir con su obligación de proteger la vida en gestación como bien constitucionalmente relevante²⁰.

Atento a lo anterior, la Corte determinó, de acuerdo con su razonamiento previo, como se adelantó en la decisión de la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, que el plazo para la IVE debe ser razonable y tomar en cuenta el incremento paulatino del valor del proceso de gestación. Por lo tanto, un equilibrio armonioso entre la gestación y el derecho a la autodeterminación respecto a la IVE resultó en la fijación de un período razonable de 12 semanas antes de que la regulación estatal pueda ser legítima²¹.

II.3. Criminalización de IVE en todo momento

La Corte analizó si una prohibición total de la IVE es constitucional cuando un Código Penal estatal contiene el delito de aborto, castigando a quien cause la muerte de un feto en cualquier momento del embarazo²². Se estableció que esa protección era adecuada en relación con el *aborto forzado* que pudiera ser

¹⁸ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párr. 185.

¹⁹ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 187-98.

²⁰ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 226 and 232.

²¹ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 233-40.

²² SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párr. 242.

provocado por una persona ajena y contrario al derecho a decidir gestar como proyecto de vida. En dicho caso, la protección debía ser total y abarcar *cualquier momento del embarazo*²³.

Sin embargo, la inconstitucionalidad provenía de utilizar esta temporalidad de referencia a la conducta delictiva de aborto cuando se definía el tipo penal de *aborto autoprocurado o consentido*. El criminalizar el aborto voluntario en cualquier momento del embarazo anula de manera total el derecho a decidir de las MPCG y todos los derechos relacionados con él, tales como la dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad, privacidad e intimidad y su salud.²⁴ Además, al revisar precedentes legales, la Corte advirtió que este tipo de normativa restrictiva no respeta el principio de utilizar los medios coercitivos como el último instrumento estatal para prevenir ataques a bienes fundamentales de la sociedad. Al prohibir totalmente el aborto, el derecho penal se utiliza de manera inapropiada como un gesto simbólico en lugar de como un mecanismo de última ratio²⁵.

Por estas razones, la Suprema Corte ha insistido en que imponer un castigo por decidir interrumpir un embarazo es ineficaz para garantizar el correcto desarrollo del proceso gestacional y, por el contrario, discrimina a las mujeres y a las personas IGC. En este sentido, criminalizar esta conducta es completamente ineficaz, ya que no impide que las mujeres busquen un aborto, sino que solo las empuja a someterse a procedimientos inseguros que ponen en riesgo sus vidas²⁶.

El razonamiento constructivo de la Corte sobre el derecho a decidir en esta sentencia es valioso por su precisión y porque clarifica que la garantía de dicho derecho no se contrapone con la protección de la vida en proceso de gestación, sino que ambos deben garantizarse en su justa medida y proporcionalidad

²³ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 249 and 250.

²⁴ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 270.

²⁵ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 282.

²⁶ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 281 and 282, pp. 183 and 184.

(considerando la gestación desde una perspectiva gradual y progresiva), sin reprimir los derechos de las MPCG sobre sus propios cuerpos.

II.4. Asistencia por personal médico especializado en casos de IVE

En el Estado de Coahuila, el Código Penal, al igual que muchos otros códigos estatales, había clasificado como delito facilitar procedimientos de aborto o brindar ayuda para interrumpir un embarazo, incluyendo la provisión de medicamentos. Este delito podía resultar en la privación de la libertad y la suspensión temporal del derecho al ejercicio profesional de especialistas en salud y asistentes de parto, como parteras²⁷. En su decisión de 2021, la Suprema Corte anuló las penas privativas de la libertad y otras sanciones para quienes indujeran la IVE en su declaración de inconstitucionalidad, por las razones explicadas anteriormente.

La Corte determinó que las sanciones de suspensión temporal también debían permanecer vigentes en casos de aborto forzado, pero invalidó dichas sanciones para el personal médico o especialistas que brindaran ayuda en casos de IVE. Si esta sanción punitiva permaneciera, haría imposible ejercer el derecho a decidir en tales casos o conduciría a su realización en condiciones inseguras o peligrosas para la salud e integridad de las MPCG²⁸.

II.5. Excusas absolutorias o el uso de la ley penal para perpetuar estereotipos

El fallo en la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017 indica que la Corte busca desalentar prácticas discriminatorias, más allá del caso específico de la IVE. La decisión establece explícitamente que el objetivo es reducir el impacto negativo generado por la criminalización del aborto y los estereotipos de género que

²⁷ Código Penal para el Estado de Coahuila de Zaragoza. México, arts. 196 and 198. Consultado en: 3 de enero de 2023.

²⁸ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párr. 308.

perpetúa dicha criminalización. Estos estereotipos sugieren que las mujeres deben ajustarse al papel tradicional de la maternidad y condenan a aquellas que eligen un camino diferente, etiquetándolas como “malas mujeres” o “malas madres”.

Esta decisión busca combatir estos dañinos estereotipos y estigmas de género²⁹. La sentencia concluye que definir el aborto como un delito, aunque existan excepciones que lo hagan excusable o no punible (como en casos de violación, inseminación o implantación indebida, continuación del embarazo que ponga en peligro la vida de la mujer, y anomalías fetales graves o congénitas), infringe el derecho a decidir. Esto se debe a que tales definiciones perpetúan la conformidad con un comportamiento estereotipado esperado de maternidad consciente, incluso si el incumplimiento de dicho estereotipo no siempre es punible debido a circunstancias exculpatorias³⁰.

La Suprema Corte fue clara al determinar que definir el aborto como un delito, incluso si no es punible, no es tan grave como criminalizar la IVE. Sin embargo, insistió en que el acto de definir el aborto como un delito, incluso cuando no es punible, puede afectar la relación entre la persona que desea interrumpir su embarazo y quienes participan en el procedimiento (como el personal médico), ya que perpetúa la noción de identificar a la mujer o a la persona IGC como "delincuentes". Esto puede tener consecuencias en la forma en que son tratadas (Dickens, 2020). Por esta razón, es importante que las leyes no perpetúen estereotipos que puedan tener un impacto en la conducta de las personas y en el imaginario colectivo de la sociedad que regulan.

II.6. Interrupción del embarazo en supuestos de violación

Por último, la Corte se pronunció sobre el plazo limitante de doce semanas que se establecía en el Código Penal de Coahuila para el caso de la interrupción del

²⁹ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 298-302.

³⁰ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párr. 316.

embarazo que fuera resultado de una violación³¹. La Suprema Corte de México consideró que dicho plazo carecía de justificación y racionalidad. No obstante, determinó que podría ser justificable diferenciar los supuestos en los que el embarazo no resulta de una conducta ilícita³² (ver la sección “Limitaciones de la sentencia AI 148/2017” más adelante).

En dicho sentido, la Corte reconoció que el plazo legal de doce semanas desconocía la situación en la que es colocada una MPCG víctima de un acto violento que resulta en una gestación. Esto se debe a que, dada la naturaleza traumática de la violencia sexual y la estigmatización social, un plazo corto para decidir cómo reaccionar podría impedir que las víctimas denuncien y busquen soluciones³³. Limitar el plazo para acceder a la interrupción del embarazo tendría como consecuencia, entonces, agudizar los efectos del delito cometido en su contra, equivaldría a una forma de revictimización y vulneraría todos los derechos de las MPCG relacionados con el derecho de decidir³⁴. Así, la Corte enfatizó que no se debería fijar un plazo en supuestos de violación. La comisión de dicho delito requiere medidas adicionales para apoyar y asistir a las víctimas de manera oportuna y segura, especialmente para las MPCG que decidan continuar con su embarazo³⁵.

La Corte ya había fallado en un caso anterior sobre la injusticia de establecer un plazo específico para las interrupciones del embarazo en casos de violación³⁶. Sin embargo, esta decisión se aplicaba únicamente al caso particular bajo revisión (*Amparo en Revisión*). En contraste, la sentencia de 2021 AI 148/2017 tiene implicaciones más amplias, ya que se extiende a los tribunales federales y a los

³¹ Código Penal para el Estado de Coahuila de Zaragoza. México. art. 199. Consultado en: 3 de enero de 2023.

³² SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párr. 323.

³³ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párrs. 331, 5 and 137.

³⁴ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párr. 332.

³⁵ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párr. 333.

³⁶ SCJN. Amparo en Revisión 438/2020. 7 de julio de 2021.

tribunales de todos los Estados, para despenalizar los abortos resultantes de violación tanto antes como después de las 12 semanas de gestación.

II.7. Efectos de la sentencia AI 148/2017

La Corte invalidó las disposiciones impugnadas del Código Penal del Estado de Coahuila, declarándolas inconstitucionales. En consecuencia, la IVE en el Estado de Coahuila no será considerada punible bajo las regulaciones penales estatales. Además, la Corte decretó que la invalidez de las normas tuviera efectos retroactivos desde el momento en que entró en vigor la normativa, es decir, 4 años antes de la fecha de sentencia, el 26 de noviembre de 2017³⁷.

Esto trajo como consecuencia que las autoridades (tanto judiciales como ejecutivas encargadas de la procuración de justicia) revisaran los posibles casos de MPCG o especialistas médicos que estuvieran enfrentando un proceso o una pena por haber ejecutado o auxiliado en la ejecución de una IVE. Según estadísticas oficiales, de 2015 hasta antes de la sentencia de la Corte, en Coahuila se habían registrado 25 carpetas de investigación por el delito de aborto³⁸. El mismo día de la resolución de la Corte, el gobierno de Coahuila emitió un comunicado retomando lo resuelto en la sentencia y señalando que, si hubiese alguna mujer privada de la libertad por el delito de aborto, debía ser puesta en libertad inmediatamente³⁹.

Según la legislación mexicana, el hecho de que más de 8 votos judiciales aprobaron los fundamentos de la Suprema Corte implica que son obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales federales y de las entidades federativas. Este es el punto fundamental y revolucionario de esta sentencia: a partir de ella, ninguna autoridad judicial estatal o federal podrá procesar a una MPCG por haber interrumpido su embarazo de forma voluntaria.

³⁷ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021, párr. 374.

³⁸ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. 28 de agosto de 2008.

³⁹ Gobierno de Coahuila. Comunicado del 7 de septiembre de 2021. Official Twitter Account @GobDeCoahuila.

II.8. Limitantes de la sentencia AI 148/2017

Sin duda, las implicaciones de la sentencia dictada por la Corte son un gran avance en el respeto y garantía del derecho a decidir de las MPCG. Sin embargo, es necesario comprender y reconocer las limitaciones de la decisión.

La sentencia asegura que ninguna persona que busque una IVE volverá a ser juzgada o condenada por jueces locales o tribunales en un tribunal. No obstante, esto no implica que el delito penal sea inválido bajo las leyes de otros Estados. La única normativa penal que fue invalidada fue la del Estado de Coahuila, lo que significa que, en otros Estados, la fiscalía local puede abrir una carpeta de investigación por la comisión del delito de aborto voluntario dentro de las primeras doce semanas, o posterior a dichas semanas si el embarazo fue producto de una violación. No obstante, ninguna autoridad judicial puede procesar a alguien por dicho delito y debe ordenar la liberación inmediata de cualquier persona encarcelada relacionada. Lo mismo aplica a las carpetas de investigación que pudieran abrirse contra el personal médico que haya facilitado o asistido en una IVE. Cuando cualquier procedimiento llegue a un tribunal, no puede vincularse con ningún delito por proporcionar estos servicios, excepto en casos tangenciales como negligencia grave que cause lesiones corporales serias o el ejercicio no calificado de la medicina.

III. La sentencia de 2023: Amparo en revisión 267/2023

Dos años después de la sentencia de 2021 en el caso AI 148/2017, la Suprema Corte resolvió el *Amparo en Revisión 267/2023*. Un “amparo” es una acción legal presentada ante un tribunal federal para proteger derechos amenazados por leyes inconstitucionales. Utilizando el mismo razonamiento que en la sentencia anterior, la Suprema Corte analizó los artículos del Código Penal

Federal que determinaban que el aborto y la participación en él eran un delito⁴⁰. Este Código incluso otorgaba una pena de prisión menor a las MPCG que abortaban pero que (1) no eran de mala reputación; (2) habían ocultado su embarazo; o (3) el embarazo provenía de una “unión ilegítima”⁴¹. Esto evidenciaba la perpetuación de estereotipos de género que afectan a las mujeres que se espera sean buenas mujeres y buenas madres⁴². (párr. 157–163).

Basándose en los derechos y principios de dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad, igualdad jurídica, salud (psicológica y física) y libertad reproductiva, la Suprema Corte insistió en el derecho de las MPCG a decidir⁴³. Al analizar los artículos específicos del Código Penal Federal que regulaban el aborto, determinó, de la misma manera que lo hizo en AI 148/2017, que criminalizar el aborto era contrario a la libertad reproductiva y al derecho de las personas a decidir⁴⁴.

La Corte reiteró que esta criminalización no inhibía, en la práctica, el aborto inducido. Por el contrario, la criminalización llevaba a los gobiernos a descartar otras opciones posibles menos perjudiciales, tales como la provisión de consejería y apoyo para tomar una decisión libre e informada, o la adopción de políticas sobre educación sexual, planificación familiar y uso de métodos anticonceptivos, entre otros⁴⁵.

Este *Amparo en Revisión* determinó que la protección del interés legítimo que defiende un derecho colectivo obliga a los jueces a remediar las deficiencias inconstitucionales, incluso cuando los efectos van más allá de la persona (o asociación civil, como en este caso) que presentó el amparo⁴⁶.

⁴⁰ SCJN. Amparo en Revisión 267/2023. 6 de septiembre de 2023, párr. 28.

⁴¹ Código Penal Federal. México. Consultado el: 18 de agosto de 2023.

⁴² SCJN. Amparo en Revisión 267/2023. 6 de septiembre de 2023, párrs. 157-63.

⁴³ SCJN. Amparo en Revisión 267/2023. 6 de septiembre de 2023, párrs. 29-135.

⁴⁴ SCJN. Amparo en Revisión 267/2023. 6 de septiembre de 2023, párr. 140.

⁴⁵ SCJN. Amparo en Revisión 267/2023. 6 de septiembre de 2023, párrs. 149.

⁴⁶ SCJN. Amparo en Revisión 267/2023. 6 de septiembre de 2023, párrs. 224-27.

La Corte determinó que los derechos de las MPCG a la salud reproductiva, la igualdad y la no discriminación tienen una base constitucional y que la protección de los derechos humanos debe ser preferida y maximizada. Por lo tanto, de acuerdo con los principios de elegir lo mejor para las personas, la protección judicial efectiva y la supremacía constitucional, la Corte ordenó al Congreso Federal derogar los artículos del Código Penal Federal que establecían el aborto y la participación del personal médico o cualquier otra persona que asista a las MPCG en estos procedimientos como un delito⁴⁷.

Es importante recordar que este Código Penal Federal regula las acciones que ocurren en hospitales públicos que están regidos por normativas federales, como los pertenecientes al IMSS y al ISSSTE o aquellos exclusivos de las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), entre otros.

La importancia de esta decisión radica en que el personal médico que trabaja en estas instituciones y las mujeres o IGCs que acuden a ellas ya no están regidos por un código penal que criminaliza su conducta. Los efectos de esta sentencia son similares a los que ocurrieron en Coahuila derivados de la sentencia AI 148/2017. Es decir, ni los funcionarios judiciales ni los fiscales podrán asociar a las personas que asisten o ayudan a una IVE con un delito, porque el delito ya no existe. Esto contrasta con lo que sucede en otros Estados que continúan clasificando la IVE como un delito en sus códigos penales locales.

IV. Actualidad de la situación del aborto para proveedores de la salud

Mientras que las sentencias de la Suprema Corte de 2021 y 2023 brindan una protección fundamental para los proveedores de la salud licenciados que, según su especialidad médica, realizan o asisten en IVE, es esencial distinguir cuestiones relevantes respecto a sus funciones. A pesar de la sentencia de la Corte sobre la inconstitucionalidad de caracterizar la IVE y su realización o asistencia por parte

⁴⁷ SCJN. Amparo en Revisión 267/2023. 6 de septiembre de 2023, párrs. 233, 235, 237 and 238.

del personal médico como criminal, la despenalización por sí sola no garantiza el acceso de ninguna MPCG al derecho de IVE en un hospital público o privado ni a la prestación de IVE por un proveedor, en particular, de su elección.

Muchos integrantes de los cuerpos médicos se abstendían de realizar procedimientos de este tipo por temor a una sanción penal. Sin embargo, incluso en el caso del Código Penal Federal, donde la Corte eliminó dicha responsabilidad, la sentencia no obliga directamente a un profesional a asegurar el acceso de las MPCG a la IVE. Además, en aquellos Estados donde la IVE permanece en los Códigos Penales, los profesionales de la salud podrían negarse directamente a proporcionar IVE debido a tal clasificación criminal, incluso cuando, en la práctica, ninguna mujer o proveedor de salud puede ser acusado o disciplinado por la comisión del delito.

Existen múltiples precedentes de la propia Corte que otorgan bases para lograr la materialización del acceso al derecho a decidir cuando este tiene que ver con la interrupción voluntaria del embarazo. Sin pretender ser exhaustivo, por ejemplo, la sentencia en Amparo en Revisión 1388/2015 reprochó a las autoridades por negar a una mujer el acceso a la IVE porque consideraban que pondría en peligro su salud. Esta resolución de amparo enfatizó que el derecho a la atención médica debe priorizarse como un aspecto esencial del bienestar físico, mental, social y emocional⁴⁸.

El caso de la Acción de Inconstitucionalidad 54/2018 reconoció el derecho de los proveedores de salud a la objeción de conciencia para participar en servicios que se oponen. Consistente con las directrices éticas de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO, 2021), la Corte determinó que una objeción no podía ser razón para prevenir o retrasar el acceso de las pacientes a servicios de salud, incluidos aquellos relacionados con la salud sexual y reproductiva, que pueden involucrar la IVE. Para maximizar el acceso a la atención médica, es esencial que las instalaciones de salud que ofrecen servicios ginecológicos cuenten

⁴⁸ SCJN. Amparo en Revisión 1388/2015. 15 de mayo de 2019, p. 50.

con suficiente personal médico y de enfermería que no sean objetores de conciencia. Los objetores deben informar a las mujeres que buscan tales servicios sobre su objeción o, si trabajan en instalaciones que ofrecen atención ginecológica, remitir de inmediato a las mujeres que consideren dichos servicios a sus superiores o administradores de la instalación para asegurar el acceso de las pacientes a la atención médica. Esta sentencia se aplica a todas las instalaciones privadas y públicas que ofrecen atención ginecológica. Los profesionales de salud que objetan individualmente están bajo un deber ético y, a menudo, legal de referir a las pacientes que se niegan a tratar por motivos de conciencia a otros apropiados que garantizarán el acceso oportuno de las pacientes a la IVE (Dickens, 2021)⁴⁹.

Algunas decisiones judiciales, como AI 148/2017, la más reciente AI 72/2021 y el Amparo en Revisión 267/2023, destacan la responsabilidad gubernamental de asegurar el acceso de las pacientes a servicios médicos que sean seguros, disponibles, aceptables, asequibles, respetuosos, de alta calidad y, en el caso de los servicios públicos, accesibles. Esto incluye el acceso a los procedimientos y medicamentos necesarios para la IVE, así como el cuidado posterior y otros servicios relacionados con el aborto.

En otro sentido, la Corte ha sido muy insistente en que ninguna causa justifica bloquear el acceso a la IVE cuando sea producto de una violación: el servicio no puede ser denegado incluso cuando la gestación no se considera un riesgo para el bienestar físico de la persona, y particularmente cuando se refiere a una niña o adolescente⁵⁰; la IVE tampoco se puede negar bajo el argumento de que no constituye un servicio urgente⁵¹, ni se puede establecer un plazo limitante para ejercer el derecho de IVE^{52, 53}.

⁴⁹ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 54/2018. 21 de Septiembre de 2021: p. 117–118.

⁵⁰ SCJN. Amparo en Revisión 601/2017. 4 de abril de 2018.

⁵¹ SCJN. Amparo en Revisión 1170/2017. 18 de abril de 2018.

⁵² SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. 7 de septiembre de 2021.

⁵³ SCJN. Amparo en Revisión 438/2020. 7 de julio de 2021.

V. Conclusiones

Lo hasta aquí relatado permite concluir que el papel de la Corte en el avance de la materialización del derecho a decidir de las MPCG sobre sus propios cuerpos ha sido fundamental. Las victorias registradas en las sentencias de 2021 y 2023 permiten que México dé pasos agigantados para eliminar la amenaza del encarcelamiento y de los argumentos legales sutiles que limitan el ejercicio del derecho a decidir.

A pesar de dicho progreso, muchas legislaturas estatales locales aún necesitan despenalizar la IVE mediante la modificación del lenguaje en el Código Penal Estatal. Además, existen obstáculos para despenalizar completamente el derecho a decidir, incluyendo los diversos tipos penales que son utilizados para estigmatizar a quienes ejercen este derecho, como el homicidio agravado en grado de parentesco, que continuamente es hecho valer en casos, incluso, de abortos espontáneos⁵⁴.

La despenalización continúa siendo resistida por las autoridades estatales locales cuyos Códigos Penales caracterizan la IVE como un delito, incluso cuando esto no conlleva efectos materiales respecto al encarcelamiento o la suspensión de licencias profesionales para ejercer. La criminalización en los Códigos Penales estatales seguirá siendo una de las principales reclamaciones en México para limitar el acceso de las mujeres y las IGC a la atención médica. En contraste con la condicionante histórica de los Estados de abortos peligrosos o costosos, los esfuerzos continuarán enfocados en asegurar el acceso equitativo de las mujeres a abortos legales, seguros y asequibles, de acuerdo con la Guía de Atención de Aborto de la OMS⁵⁵.

⁵⁴ SCJN. Amparo Directo 21/2012. January 22, 2014.

⁵⁵ Abortion Care Guideline. World Health Organization; 2022. <https://www.who.int/publications/i/item/97>.

Referencias bibliográficas

- COOK, Rebecca J., CUSACK, Susan, y DICKENS, Bernard M. (2010). Unethical female stereotyping in reproductive health. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 109, 255–258.
- DICKENS, Bernard M. (2020). Transsexuality: Legal and ethical challenges. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 151, 163–167.
- DICKENS, Bernard M. (2021). Conscientious objection and the duty to refer. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 155, 556–560.
- MADRAZO, Andrés (2009). The evolution of Mexico City's abortion laws: From public morality to women's autonomy. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 106, 266–269.

Documentos

- ABORTION CARE GUIDELINE. (2022). World Health Organization.
- CÓDIGO PENAL FEDERAL. (2023). México.
- CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA. (2023). México.
- FIGO COMMITTEE ON ETHICAL AND PROFESSIONAL ASPECTS OF HUMAN REPRODUCTION AND WOMEN'S HEALTH. (2021). Guideline 014: Conscientious objection. En FRANK A. CHERVENAK & LAUREN B. MCCULLOUGH (Eds.), *FIGO Ethics and Professionalism Guidelines for Obstetrics and Gynecology* (pp. 45–47). FIGO.
- GIRE. (2022). *Step by step: Mexico's Supreme Court rulings on abortion*.
- GOBIERNO DE COAHUILA. (2021). Comunicado del 7 de septiembre de 2021. Cuenta Oficial de Twitter @GobDeCoahuila.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN). (2002). *Acción de Inconstitucionalidad 10/2000*. 30 de enero.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN). (2008). *Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007*. 28 de agosto.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN). (2014). *Amparo Directo 21/2012*. 22 de enero.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN). (2018). *Amparo en Revisión 601/2017*. 4 de abril.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN). (2018). *Amparo en Revisión 1170/2017*. 18 de abril.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN). (2019). *Amparo en Revisión 1388/2015*. 15 de mayo.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN). (2021). *Acción de Inconstitucionalidad 54/2018*. 21 de septiembre: pp. 117–118.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN). (2021). *Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*. 7 de septiembre.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN). (2021). *Amparo en Revisión 438/2020*. 7 de julio.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN). (2022). *Acción de Inconstitucionalidad 72/2021 y su acumulada 74/2021*. 10 de octubre: párrafo 81.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN). (2023). *Amparo en Revisión 267/2023*. 6 de septiembre.
- SECRETARIADO EJECUTIVO DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA. (2023). *Cifras de incidencia delictiva estatal, 2015-junio 2023*.

Pautassi, Laura (2023). *De la polisemia a la norma. El Derecho Humano al cuidado*. Fundación Medifé Edita, ISBN 978-987-8437-35-4, 97 páginas.

 **Mariana Winocur**

mwinocur@gmail.com

Fecha de recepción: 30/12/2024

Fecha de aceptación: 17/02/2025

Identificador doi: 10.62169/rg.i34.2836



De la polisemia a la norma se llama el libro de Laura Pautassi editado por Fundación Medifé, bajo la colección “Horizontes del cuidado”. Se trata de un extenso trabajo que permite ver el recorrido entre los múltiples significados que puede tener un concepto hasta convertirse en instrumentos de observancia obligatoria, o al menos recomendada, para los Estados.

¿Pueden las palabras convertirse en obligaciones? O, ¿cómo es posible, y se ha podido, convertir una narrativa en un compendio de normas y políticas y, por ende, en un cambio cultural?

En *De la polisemia a la norma*, Laura Pautassi va hilvanando como un tejido a modo de telar el proceso de reconocimiento del cuidado como derecho y el proceso que ha permitido nombrar lo que el trabajo de cuidados ocultaba. O nombrar todo lo que se pretendía ocultar en relación con el trabajo de cuidados. Porque tal como dijo en 1970 Foucault en su trabajo “El orden del discurso”:

“en toda sociedad la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por un cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar los poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad” (Foucault, 1992, p. 5).

Sin embargo, el trabajo que ha hecho Laura Pautassi ha permitido conjurar el seguro intencional ocultamiento de algunos discursos y convertirlos en acontecimientos. En materiales. En actos concretos. En derechos exigibles.

Tal como la autora lo demuestra en este texto que puede funcionar a modo de telar, el conjunto de instrumentos internacionales y normas elaboradas en torno a los cuidados, así se los nombre explícitamente o de otra manera, funcionan como urdimbre de una trama que van armando las palabras: La narrativa sobre los cuidados. O recíprocamente: un conjunto de palabras y mensajes sobre qué es cuidar y qué implica funcionan como urdimbre sobre la cual se va tejiendo la trama de obligaciones y recomendaciones sobre cuidados en otros instrumentos internacionales y normativas locales. Se pregunta Laura Pautassi:

“¿Cómo un concepto polisémico, altamente problematizado, que atraviesa y sostiene la vida, que ha sido delegado por siglos en las mujeres, que es un trabajo remunerado o no, puede ser considerado un derecho para cada persona?” (Pautassi, 2023, p.47).

En su mismo libro la autora da algunas respuestas. Y esas respuestas contienen, por un lado, la “lectura en clave de género y de cuidados de los instrumentos internacionales”, citando a Nieves Rico en el prólogo.

Aquí me quiero detener: lo que Pautassi ha puesto en evidencia es que el avance en el reconocimiento del cuidado como derecho fue resultado, también, de la fuerza del lenguaje. De la manera en la que las palabras y las narrativas configuran la realidad.

La autora explica en su recorrido por los instrumentos internacionales que al analizarlos con un enfoque de derechos, en todos ellos hay referencias al cuidado. No necesariamente porque se haya definido el cuidado como derecho o se haya usado el concepto de cuidados en plenitud, dice, sino porque “se definen obligaciones positivas de hacer o de abstención respecto al cuidado e inclusive se lo llama cuidado” (Pautassi, 2023, p. 48).

Es decir: se reconoce (con palabras, agrego yo) que el cuidado es una obligación del Estado y un derecho de las personas. Entonces, de nuevo aquí el lenguaje: nombrar, decir, expresar que los cuidados son derecho y obligación, una responsabilidad compartida, que son el sostenimiento de la vida y, por ende, responsabilidad de todas las personas adultas. Dice Pautassi:

“Hubo un lenguaje asociado a derechos, a través de la comunicación de las gestiones gubernamentales de procesos de reconocimiento de derechos... en todo caso, en la primera década se instala fuertemente una narrativa vinculada a derechos, que opera con un importante efecto de cohesión interna y legitimidad” (Pautassi, 2023, p.67).

Esta nueva narrativa, dice Laura Pautassi, incluyó la apropiación del concepto de género, lo cual derivó en un movimiento que va dejando de lado la idea de “la mujer” como destinataria de ciertas políticas públicas para ubicar los cuidados en el campo de la igualdad de género. Y esta nueva narrativa también incluyó el abordaje de un lenguaje de derechos.

Pero el paso del concepto de cuidado al cuidado como derecho es consecuencia, también, de algo que involucra particularmente a la autora, aunque en sus presentaciones públicas se proponga diluir su enorme aporte. Me refiero a que ha sido Laura Pautassi quien acuñó 2007 el concepto: el derecho al cuidado implica cuidar, ser cuidado y el autocuidado (Pautassi, 2007). Y hasta el día de hoy, todas las acciones y políticas de la región dedicadas a mejorarle la vida a las sociedades en relación con los cuidados se basan en ese concepto. En el derecho al cuidado, acuñado por Laura Pautassi.

Sigo entonces...

¿Basta con tener leyes o instrumentos que reconozcan los cuidados como un trabajo y un derecho para que el derecho al cuidado sea reconocido y reclamado? No, no basta. Pero nombrar los cuidados y todas las formas que adquieren es un camino para

— Para hacer que esas leyes o instrumentos sean exigibles.

- Para reconocer todo lo que abarca el concepto de cuidados,
- Para reclamar a los gobiernos aquello a lo que los obliga la norma.
- Para que cada uno de nosotros nos sepamos poseedores de este derecho.

Laura Pautassi hace justamente eso: ponerle nombre a las múltiples actividades que implica cuidar y convertirlas en derecho, en un derecho que cada vez más implica obligaciones por parte de los Estados. Obligaciones que comprenden reconocer el cuidado como trabajo, reducir el trabajo de cuidados no remunerados, redistribuir este trabajo entre todos los sectores de la sociedad (el Estado, el mercado, las familias y la comunidad). Obligaciones que implican, también, recompensar/remunerar a quienes cuidan de manera no remunerada e incluir la representación de quienes cuidan en todas las decisiones que les involucran.

Laura Pautassi va sacando a la superficie las diversas maneras de nombrar al cuidado que parecían estar ocultas. Que tal Convención lo menciona de esta manera, que tal Tratado lo reconoce así, que este Compromiso implica esto, que tal Protocolo recomienda esto otro.

En este libro, y a lo largo de su riquísima trayectoria como investigadora y activista a favor del derecho al cuidado, Laura Pautassi va haciendo visible lo que estaba oculto. Lo que todo el conjunto de instrumentos internacionales establece, y que estaba intencionalmente tapado.

Entonces, el reconocimiento del cuidado como derecho propio y universal (para quienes cuidan como para quienes reciben cuidados, y para el autocuidado), agrega la autora, logrará un cambio emancipatorio. “Este es precisamente el núcleo central: de la invisibilización a la consagración de derechos fundamentales” (Pautassi, 2023, p.72).

Otra vez, las palabras y las cosas. Nuevas políticas dan pie a nuevas narrativas. Y nuevas narrativas dan pie a nuevas políticas.

Para cerrar:

De la polisemia a la norma no es sólo la genealogía de un derecho. Es también un testimonio escrito de un proceso, un concepto y un camino para seguir avanzando en la justicia de género.

Es una narrativa, un enunciado, una forma de seguir contando, hablando, nombrando.

Una forma de seguir tejiendo palabras y cosas.

Referencias bibliográficas

- FOUCAULT, Michel (1992). *El orden del discurso*. Buenos Aires: Tusquets.
- PAUTASSI, Laura (2023). *De la polisemia a la norma: el derecho humano al cuidado*. Buenos Aires: Fundación Medifé Edita.
- PAUTASSI, Laura (2007). El cuidado desde un enfoque de derechos humanos, Serie Mujer y Desarrollo No. 57. Santiago de Chile: CEPAL.

Gargarella, Roberto; Ramón Michel, Agustina y García Alonso, Lautaro (2025). Cuando hicimos historia. Acuerdos y desacuerdos en torno al Juicio a las Juntas. Siglo XXI. ISBN: 978-987-801-419-7, 264 páginas.

 **Leonardo Filippini**

Universidad de Buenos Aires, Argentina
leonardofilippini@derecho.uba.ar

Fecha de recepción: 04/04/2025

Fecha de aceptación: 01/06/2025

Identificador doi: 10.62169/rg.i34.2838



I. El libro

Cuando Hicimos Historia reúne una serie de conversaciones en torno al Juicio a los Juntas de 1985. Los autores del trabajo —a la vez, anfitriones de esos encuentros— han generado sucesivas charlas entre actores del juicio y personas estudiosas del tema en torno al legado del juicio, a cuarenta años de su realización. La transcripción ligeramente editada de esas conversaciones es el aporte central del trabajo, junto a una introducción general. El texto ofrece así la bitácora cuidada de un diálogo abierto a partir de un hito judicial inédito.

El formato coral tiene una intención: Gargarella, Ramón Michel y García Alonso buscaron fomentar la escucha en torno a un episodio importante de la historia reciente, partiendo de considerar valiosa una perspectiva dialógica como punto de mira. Formularon preguntas abiertas a cada mesa y desde plurales abordajes posibles. Desde cuestiones de índole más estrictamente jurídica, hasta el repaso de algunos trazos históricos, o la ponderación institucional en perspectiva de historia reciente. Las transcripciones de las respuestas revelan las ondulaciones

y pliegues propios de una charla. Hay concesiones, matices, simetrías. Las intervenciones se van construyendo unas sobre otras. El resultado es rico y sugerente, sin perder unidad.

Las conversaciones reúnen impresiones plurales acerca de los muchos aspectos involucrados. Conviven recuerdos, emociones, y vivencias en primera persona de víctimas y protagonistas, ponderaciones académicas de políticas públicas, de ideas, y hasta debates sobre ficciones históricas sobre el juicio.

Naturalmente, y como el título asevera, el aura del juicio selló un momento crucial de la transición: “hicimos historia” y esta marca duradera sobre nuestro pasado reciente hilvana las conversaciones. Este es, posiblemente, el “acuerdo” principal e implícito que sostiene al conjunto de las intervenciones. El valor del juicio, el interés vigente por conversar sobre su huella e impacto actual.

II. El olvido del Juicio

En la introducción los compiladores afirman la necesidad de “despertar al juicio del olvido”. Entienden que, aunque hubo una abundante producción académica, artística e intelectual respecto de varios aspectos del pasado reciente “el hecho mismo del juicio permaneció mayormente ausente” (p. 22). En otros pasajes, entre las preguntas formuladas, vuelven sobre esta misma idea al preguntar si la importancia del juicio se ha ido eclipsando (p. 219).

Puede haber otras miradas sobre esto, no obstante. Y, dado que, al fin, se trata de una conversación abierta, elijo este punto entre otros posibles, para aprovechar la invitación y expandir uno de los tantos asuntos que el libro trae. A fin de postular con claridad una posible mirada antagónica creo que tiene sentido confrontar la idea de que quizá no había una vacancia semejante. Y que tal vez la denuncia de un cierto vacío pueda no resultar tan provechosa como pensar, en cambio, de qué modo y por qué podemos llegar a tener miradas tan encontradas acerca del lugar de este juicio en nuestra memoria social hoy: la de los autores y la de quienes tendemos a pensar que, en cambio, el juicio tiene una presencia más

bien inusual, en un contexto de desarrollos institucionales en absoluto exento de novedades y cimbronazos.

¿Hay un olvido del juicio? Mi sensación, contraria a la de la introducción, es que no, o por lo menos no en el mismo sentido expuesto.

Por empezar, desde 1983 es de importancia crítica el cauce democrático de las aspiraciones políticas y cierto conjuro de la violencia directa como vía de acción admisible. Y esto puede decirse que es en parte el resultado del momento transicional que el juicio colaboró a configurar junto al Informe Nunca Más y a otras iniciativas.

Es ostensible, además, el distinto modo en que el tiempo ha ido macerando la ponderación del año 1985 en comparación con otros ensayos de reacción institucional frente al pasado. Los indultos no maduraron tan bien, por decirlo de algún modo. En la reflexión sobre los 1990s de algunos de sus actores y protagonistas se reivindican y explicitan las motivaciones y funciones de esa política presidencial. Pero el punto de referencia sigue siendo, no obstante, las condenas de la cámara federal.

Algo parecido ocurre con la reapertura de los procesos a partir de 2003. Casi no es posible sostener una afirmación apoyada en ese giro de la política estatal de persecución penal que ponga en cuestión al valor del juicio. Más bien, siempre han estado bajo mirada relativamente más crítica, las medidas que mitigaron la persecución o que consagraron la salida por la impunidad de los principales imputados. El juicio aportó un caudal espeso de consideraciones fácticas y de valoración jurídica y desde su irrupción en la conversación siempre ha sido una cuestión ineludible la pregunta por cómo acomodar su legado sustancioso. El juicio a las juntas y el Nunca Más han perfilado la caracterización de las intervenciones posteriores. Inevitablemente, cada vez, ponderamos los ensayos institucionales habidos en relación con aquellas respuestas de los 1980s.

Privar de efectividad a las penas no logró borrar la contundente afirmación de los hechos, ni el peso argumental de las conclusiones sobre la responsabilidad

de los líderes, ni ciertos núcleos de la condena social a algunos actos y actores. La reapertura en el cambio de milenio, por su lado, tampoco pudo más que recuperar un hilo en la persecución penal sin moverse en esencia del marco fijado por la cámara federal, por ejemplo, respecto de la estructura de la represión ilegal y de su ausencia de justificación. Como la traza una gran avenida, el juicio ha tenido una presencia persistente más allá de muchas sucesivas intervenciones ulteriores. De un modo que, más allá de que pueda considerarse relativamente silente, me parece defendible y respaldada en hechos la idea de su carácter duradero. Esto morigera la idea de su olvido, o al menos, obliga a desgranarla.

Tampoco es menor la perdurabilidad del acervo del juicio a las juntas en la respuesta estatal. La construcción sobre responsabilidad de mandos en aparatos de poder, los parámetros para la valoración de testigos, la prueba sobre la sistematicidad de las prácticas represivas, la descripción del contexto de violencias en aquellos años, amén, claro está, de la prueba misma de los cientos de casos acreditados son huellas imperecederas en la respuesta institucional del estado y no han sufrido variaciones significativas en décadas.

En fin, no trato de confrontar o no la idea de un olvido, sino de hurgar en torno a la manera en la que esa imagen provoca varios sentidos posibles: ¿Cómo y por qué podemos tener miradas dispares respecto de la persistencia social de un hecho de estas características?

La lectura de la intervención de Camila Perochena, una de las entrevistadas, quizá es la que más se acerca a esta línea de observación. Ella identifica distintos momentos en los que el juicio pudo haberse visto opacado, de un modo que encuentro menos abrupto que el que creo ver sugerido en la introducción.

Olvido, eclipse, también son expresiones usadas, entre otros, en algunos artículos de la revista Punto de Vista de diciembre de 1989, luego de los primeros decretos de indulto: “Eclipse de la memoria, política del olvido” es el título de un texto de José María Gómez. “Olvidar la memoria”, uno de Hilda Sabato. También, como venimos hablando, son las expresiones de los compiladores en la

introducción o en algunas de sus preguntas y en algunas de las repuestas. Y una importante expresión en otras construcciones como en el reclamo “ni olvido ni perdón”.

En parte debido a esta carga semántica y a la historicidad del uso del término una referencia poco matizada al olvido respecto de la discusión en torno juicio ofrece dimensiones subexplotadas o superpuestas. El agrupamiento de la consideración sobre medidas estatales, producción académica y artística alrededor de la noción del olvido nos priva de distinciones relevantes.

Ciertamente, una discusión posible es si la producción académica o periodística presenta áreas de carencia. Pero en un plano temporal más o menos próximo se podría marcar alguna corrección ante la existencia de trabajos que se ocuparon del tema, como el de Diego Galante que en 2019 publicó, “El Juicio a las Juntas: Discursos entre política y justicia en la transición argentina”. O el de Pepe Eliashev “Los Hombres del Juicio”; o la obra de Matías Bauso que agregó “El Fiscal”, en 2022, con una importante imagen de Julio César Srassera en tapa.

En otro plano, también es ostensible que muchos protagonistas del juicio mantienen participaciones públicas de alto perfil, reciben reconocimientos de sus pares y ocupan posiciones de relevancia en la profesión y la política local ¿En qué sentido posible ha sido olvidado su rol? ¿No es acaso aquella participación en el juicio la que todavía hace parte de la validación social de estos profesionales?

Finalmente, y como las conversaciones reunidas en el libro también abordan, hay puentes insoslayables entre las representaciones de la cultura y el arte y las valoraciones sociales. Tratándose de un campo donde la subjetividad puede jugar más fuerte, también me pregunto si el impacto asignado a algunas producciones pueda estar fuera de escala. Volviendo a la periodización que propone Perochena en su intervención, la identificación de qué hechos o momentos importan más que otros es una pregunta ineludible también en este andarivel.

Creo, entonces, que el desacuerdo que puedo lograr a expresar —en el marco de un gran consenso sobre el valor e interés por la discusión sobre el juicio— es

respecto de la jerarquización de la importancia de algunos episodios y del tenor y envergadura de su impacto sobre nuestra constitución social. Respecto de algunos episodios, movimientos, aportes, o intervenciones sobre el juicio propondría otra clave de lectura: Muchos de esos acontecimientos podrían no delatar desdén u olvido, al contrario, ellos son posibles solo porque pueden asentarse en un sentido aún vigente del juicio.

Tuve la ocasión de conversar con Agustina Ramón Michel y con Roberto Gargarella para un podcast del Centro de Derechos Humanos de la Facultad. Y, también de otra charla, junto a Diana Maffía y Roy Hora, en la presentación del libro organizada por el Instituto Gioja. En cada ocasión, el camino abierto con *Cuando Hicimos Historia* me ha invitado a pensar en nuevas aristas, a escuchar opiniones e ideas distintas. Del mismo modo, se hace evidente la pertinencia e interés del trabajo y la manera en la que muchas personas se han sentido invitadas a compartir su experiencia u opinión. Sin dudas, un efecto valioso y buscado, que posiblemente también experimentará quien lea el trabajo. Aquí solo he querido avanzar, en la misma tónica, sobre otros aspectos que mi propia lectura me sugirió. El libro es una invitación a un continuar en una conversación abierta y crítica sobre nuestra historia reciente, el lugar del derecho y los modos posibles de superar definitivamente un pasado atroz.

González, Cecilia (2025) *Juicio por jurados y Género. Mujeres acusadas frente al estrado*. Didot. ISBN 978-987-8949-39-0, 144 páginas.

 **Guillermina Luque Wickham**

Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina
guillermina.luquew@gmail.com

Fecha de recepción: 11/03/2025

Fecha de aceptación: 04/05/2025

Identificador doi: 10.62169/rg.i34.2839



En *Juicio por jurados y Género. Mujeres acusadas frente al estrado*, Cecilia González ofrece un análisis crítico sobre cómo se aborda la perspectiva de género en los juicios por jurados en Argentina, especialmente cuando las mujeres aparecen como infractoras de la ley penal.

Desde un enfoque cualitativo y transversal, y a partir de un minucioso estudio de casos, la obra examina cómo la interacción entre las partes, la judicatura profesional y los jurados populares puede coadyuvar o dificultar el juzgamiento libre de estereotipos discriminatorios basados en el género.

También, logra identificar cómo estos actores suelen reproducir prácticas y dinámicas que refuerzan esas ideas o preconcepciones que socialmente son asociados a las mujeres, en especial, cuando son acusadas de delitos. Como enseña la teoría legal feminista, esos preconcepciones a menudo proyectan imágenes distorsionadas de los grupos sociales, las cuales terminan siendo dirimentes en la aplicación de la ley sustantiva (Hopp, 2023). En el caso de las mujeres, estas ideas preconcebidas se asocian a roles en la distribución sexual del trabajo (por ejemplo, a la maternidad o a los cuidados) o a características negativas de la personalidad (el

desequilibrio emocional, la fabulación, la manipulación) (Piqué y Fernández Valle, 2021). De allí que, se sostiene, en la aplicación de la ley penal el género aparece como una variable relevante, habida cuenta de que puede producir discriminación por el resultado (Hopp, 2023). Consciente de ello, este libro propone arreglos institucionales y procesales para garantizar el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial.

González sitúa su estudio en juicios por jurados celebrados entre los años 2015 y 2021 en nuestro país, con especial foco en la Provincia de Buenos Aires. En su introducción, advierte con acierto que en ese espacio temporal fueron contemporáneos dos acontecimientos históricos relevantes: por un lado, las demandas ciudadanas en torno a la democratización de la justicia, que legislativamente se tradujeron en iniciativas provinciales de implementación del sistema de jurados; y, por otro, las reivindicaciones feministas, entre las cuales se destacó una fuerte impugnación a la administración de Justicia y el sesgo machista en sus prácticas y decisiones.

En este contexto, el escrutinio en torno a la capacidad del sistema de jurados en resguardar los estándares internacionales en materia de debida diligencia reforzada no tardó en llegar (Arduino y Lorenzo, 2022). Cecilia González analiza estas tensiones en el primer capítulo de su obra, en el cual repasa la jurisprudencia interamericana que validó el sistema a la luz de la Convención Americana y se mete de lleno en el debate en torno a si la capacitación al jurado es o no un mecanismo necesario para garantizar un juicio justo e imparcial¹.

Pero toda vez que “poner el acento en la capacitación del jurado es poner el foco en la foto final del proceso, sin reflexionar sobre las etapas previas que brindaron las condiciones de posibilidad para la decisión adoptada por las personas legas” (González, 2025, p. 29), en los capítulos III a V, la autora

¹ Sobre esta controversia ver Romano y Porterie (2022) y Reyes (2023).

desarrollará en extenso cómo debería materializarse la debida diligencia en el sistema de jurados, en clave de *película* y no meramente como *foto*, tal y como proponen los métodos feministas (Bartlett, 2011).

Antes de ingresar al análisis de los litigios objeto de su estudio, se presentan los diez casos estudiados. La narración de sus hechos, por su precisión y claridad, invita a la ávida lectura de los capítulos siguientes. En ese segundo capítulo, los clasifica de acuerdo a las teorías del caso que expusieron, como hipótesis principal, las Defensas de las mujeres acusadas. De esta manera, adelanta que en la obra se estudiará la litigación de las partes y la actuación de jueces profesionales en casos en los que se alegó legítima defensa, inimputabilidad, emoción violenta y no participación de las mujeres acusadas.

Todas ellas poseían en común una historia de violencia y vulnerabilidad que formó parte -en mayor o menor medida- de la teoría del caso y la teoría de la prueba de sus defensas. Todas poseían con la víctima procesal un vínculo sexoafectivo o familiar (ya sea relación de pareja o paterno filial), caracterizado por la desigualdad de poder y la violencia motivada en el género. De allí que interesa especialmente a este estudio indagar sobre en qué medida ese contexto especial condicionó la determinación de los hechos que realizó el jurado en esos juicios.

Adentrada en el examen de los juicios, en el capítulo III, González indaga sobre las implicancias de la composición del jurado en el producto final del debate: el veredicto. Advierte, con la doctrina especializada (Schiavo, 2024; Harfuch, 2019), que el correcto uso de estrategias de litigación en la audiencia de *voir dire* es clave para la identificación de sesgos que puedan afectar la imparcialidad de los potenciales jurados, y de allí, la relevancia de las recusaciones. Lo novedoso de esta obra es que pone el foco en la actividad de las partes en la identificación de estereotipos basados en el género. El escrutinio de la evidencia empírica hace concluir a la autora que este mecanismo es poco aprovechado por las partes, y que

incluso, a veces, tienden a introducir ellos mismos sesgos en los potenciales jurados, en especial en relación a las representaciones sociales en torno a la violencia de género.

En el siguiente capítulo, se demuestra la correlación existente entre la presentación de un caso sólido y claro desde la producción de la prueba, con las posibilidades de éxito para la Defensa en el veredicto. La producción de la prueba en general, y en particular el modo en que las partes efectuaron sus interrogatorios directos y sus conainterrogatorios y el uso de prueba conaintuitiva, de acuerdo a lo relevado “marcó una diferencia que obturó (o habilitó) la posibilidad de contar situaciones tan dolorosas” (González, 2025, p. 89) como las que fueron objeto de los litigios. Es decir, la capacidad de las partes de “producir la historia a través de la prueba” (Lorenzo, 2020, p. 138) en el juicio, y en consecuencia, la posibilidad del jurado de percibir por sí mismos la evidencia de las violencias, fue dirimente en su decisión. A pesar del carácter inmotivado del veredicto, puede sostenerse dicha afirmación a la luz de haber mediado en todos los casos estudiados, veredictos de no culpabilidad o de culpabilidad por un delito menor al que fuera atribuido por la Fiscalía al requerirse la elevación de la causa a juicio.

Finalmente, González aborda la relevancia del momento en que el juez/a profesional, explica al jurado la ley aplicable. La autora analiza cómo en los casos estudiados se ha aplicado o no la perspectiva de género a la hora de instruir al jurado. No obstante, coherente con el resto de la obra, en la cual se otorga una capacidad de rendimiento mayor al litigio, se advierte que, prescindente de un litigio con enfoque de género, el instruir al jurado del derecho vigente con esa perspectiva no garantiza *per se* un juzgamiento justo.

En este sentido, la investigación demuestra que, en general, las defensas de exculpación planteadas (legítima defensa e inimputabilidad) y las atenuantes (circunstancias extraordinarias de atenuación y emoción violentas) fueron explicadas al jurado en términos neutros; es decir, sin evidenciar cómo el género y

la violencia permea en su comprobación o no en casos concretos. Cuando sí existió ese enfoque en las instrucciones, fue de manera insuficiente, o brindando concepciones estereotipadas o parcializadas sobre la violencia contra las mujeres. Tampoco medió una indicación precisa y contextualizada de cómo valorar la evidencia producida en el juicio, habida cuenta las igualdades y las diferencias que impone esa actividad cuando se alega violencia contra las mujeres (DI CORLETO, 2016).

Esta explicación deficiente contrarrestó con la actividad probatoria desplegada por las Defensas en los casos de éxito, y por ello, aunque necesarias (y obligatorias, me permito agregar) las instrucciones al jurado con perspectiva de género no son suficientes para garantizar un juzgamiento justo e imparcial a las mujeres acusadas de delitos en contextos de violencia.

En síntesis, esta obra es un insumo fundamental para litigantes de la Defensa y de la Acusación, y para jueces/as técnicos, porque permite visibilizar en términos concretos las condiciones necesarias para que el jurado llegue a una decisión libre de concepciones negativas basadas en roles de género. Las partes y el sistema de justicia profesional posibilitan u obturan ese resultado a través de prácticas y decisiones que no siempre son conscientes. Este libro propone identificarlas, para luego, adoptar un enfoque consciente de sus efectos distributivos en el veredicto del jurado, y mediando los ajustes institucionales y procesales necesarios, garantizar el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de debida diligencia, aún cuando la causa se termine con jurados, como ordena la Constitución Nacional.

Referencias bibliográficas

- ARDUINO, Ileana y LORENZO, Leticia (2022) Juicio por jurados y cuestiones de género. Ni romantizar la participación, ni reivindicar rutinas burocráticas. *Revista Atípica*, (4).
- BARTLETT, Katharine (2011). *Métodos jurídicos feministas*. En M. Fernández y F. Morales (coords.), *Métodos feministas en el derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana* (pp. 19-116). Palestra.
- DI CORLETO, Julieta (2017) Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género. En: Di Corleto, Julieta (comp.) *Género y Justicia Penal* (1 ed., pp. 285-307). Didot.
- GONZÁLEZ, Cecilia (2025) *Juicio por jurados y género. Mujeres acusadas frente al estrado*. Didot.
- HARFUCH, Andrés (2019) *El veredicto del jurado*. Ad Hoc.
- HOPP, Cecilia Marcela (2023) *Maternidades enjuiciadas. Delitos de omisión*. Didot.
- LORENZO, Leticia (2020) *Visiones acerca de las justicias. Litigación y gestión para el acceso*. Editores del Sur.
- REYES, Analía Verónica (2023). “Argentina: Sistema modelo de juicio por jurados con perspectiva de géneros”. En *Jurisprudencia Argentina Gran Cuyo*, 25 (5). TR LALEY AR/DOC/2267/2023.
- ROMANO, Aldana y PORTERIE, Sidonie (2022). Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza en el derecho. En DI CORLETO, Julieta y ARDUINO, Ileana (comp.) *Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza en el Derecho*.
- SCHIAVO, Nicolás (2024). *El juicio por jurados*. (2 ed.). Hammurabi.
- PIQUÉ, María Luisa y FERNÁNDEZ VALLE, Mariano (2021). La garantía de imparcialidad judicial desde la perspectiva de género. En M. Herrera, S. Fernández y N. De la Torre (dirs) *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia*. T1. (pp. 123-147) Rubinzal-Culzoni.