

ISSN 1851-3069

Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones
Jurídicas y Sociales A. L. Gioja

No 28 (junio - noviembre 2022)



Facultad de Derecho
Universidad de Buenos aires

Presentación del Dossier: Derecho y Pandemia Presentation of the Dossier: Law and Pandemic

Por Gonzalo Ana Dobratinich* y Helga Lell**

El dossier “Derecho y Pandemia” procura ser un espacio de reflexión específico respecto del suceso que ocurrió con el esparcimiento global de la Covid-19. Así como todas las esferas de la vida se vieron alteradas y revolucionadas, el Derecho, tanto como disciplina como práctica, se vio envuelto en una serie de desafíos. Los cambios y las resistencias fueron respuestas forzosas frente a un mundo en eclosión cuyos rituales y costumbres ya no eran los mismos de siempre. Si algo ha caracterizado al ordenamiento jurídico y a ciertas prácticas de los operadores del Derecho es la búsqueda de la seguridad jurídica. Precisamente, la pandemia puso en jaque esta pretensión: un hecho tan inédito para las generaciones actuales como lo fueron las respuestas otorgadas. Las tecnologías existentes en esta época permitieron que los períodos de cuarentena estricta no fueran un impedimento para seguir en contacto, pero, aun así, el home-office fue novedoso. La acumulación de datos en los estudios jurídicos, la mejora de la implementación de los expedientes electrónicos en las oficinas públicas, la necesidad de dividir la esfera privada de la laboral, entre otros, fueron problemas medianamente nuevos, pero aceleradamente acuciantes. Los problemas de violencia doméstica, el tratamiento a los adultos mayores y a otros grupos vulnerables, el cuidado de los trabajadores de salud, los procesos de xenofobia y de otras respuestas de castigo social a quienes podían “salir” en cuarentena, vistos como factores de riesgo, las respuestas del

* Investigador becario doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A. L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Málaga, España. Magíster en Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor en la Universidad de Buenos Aires. Estudiante de Licenciatura en Artes de la Escritura en la Universidad Nacional de las Artes. Correo electrónico: gonzaloanadobra@derecho.uba.ar

** Investigadora Adjunta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Profesora Titular Regular de Filosofía del Derecho y del Taller de Argumentación Jurídica en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Doctora en Derecho de la Universidad Austral, Magíster en Filosofía con orientación en filosofía política y social de la Universidad Nacional de Quilmes, Magíster y Especialista en Estudios Sociales y Culturales, Universidad Nacional de La Pampa. Correo electrónico: helgalell@cpenet.com.ar

Estado ante una crisis económica, social y sanitaria que se dio dentro de otra crisis, todos ellos inconvenientes con historia, pero ahora renovados por el escenario pandémico.

En ese marco, frente a la variedad de los campos en los que impactó la pandemia en el Derecho, aquí hemos convocado cuatro trabajos que focalizan en aspectos distintos. Isolina Dabove analiza desde una perspectiva jusfilosófica lo acaecido. Pregunta qué tipo de epistemología surgirá en la postpandemia cuando, durante la pandemia, las estructuras de pensamiento y las estrategias de combate de la enfermedad se han basado en un saber antes cuestionado: el científico. Marina Gorali, también desde una perspectiva jusfilosófica, pero en su caso con una orientación desde las escuelas críticas, analiza el concepto de homo faber arendtiano y el de tiempo de Benjamin bajo la premisa de que el virus está ligado a los modos de producción y consumo societales. En ese marco, se propone que cada sociedad debe construir un mundo y que en ese marco el Derecho es un espacio de posibilidades que se abre paso en el imaginario social. Paula Comas, por su parte, analiza cómo ha cambiado el quehacer de los abogados y las abogadas de la matrícula luego de que la pandemia aniquilara las antiguas costumbres de trabajo: la ausencia en los pasillos de tribunales, la protección de datos digitalizados en los estudios, las nuevas formas de contacto con los consultantes, la necesidad de actualizarse en el manejo de tecnologías como un contenido propio de la profesión, entre otros, han sido los tópicos postulados. Finalmente, Betsabé Policastro realiza un análisis minucioso de las políticas públicas emprendidas por el Estado para proteger a los más vulnerables, en particular, la llevada a cabo a partir del IFE. Además de la propuesta teórica y normativa, trae a colación las voces de algunos destinatarios y también desarrolla algunas críticas basadas en cómo la ineficacia abrió el campo para la intervención de otros actores.

Como puede notarse, las aproximaciones son variadas. Los lectores y las lectoras podrán pensar en múltiples formas más de plantear la intersección entre Derecho y Pandemia. Si esto es así, entonces este dossier ha logrado su cometido: ser un disparador de reflexiones sobre un proceso de cambios vertiginoso y que aún no se ha estabilizado.

Perspectiva iusfilosófica de la pandemia Iusphilosophical perspective of the pandemic

Por María Isolina Dabove

Resumen: Se analiza desde la teoría general del derecho y la iusfilosofía, la reciente pandemia mundial provocada por el virus COVID-19. Los valores sociales, las normativas aplicadas y su relación con las personas mayores.

Palabras clave: pandemia; iusfilosofía; personas mayores.

Abstract: The recent global pandemic caused by the COVID-19 virus is analyzed from the general theory of law and legal philosophy. Social values, applied regulations and their relationship with the elderly.

Keywords: pandemic; iusphilosophy; old people

Fecha de recepción: 01/03/22

Fecha de aceptación: 04/04/22



Perspectiva iusfilosófica de la pandemia

Por María Isolina Dabove*

No. No aceptes lo habitual como cosa natural. Porque en tiempos de desorden, de confusión organizada, de humanidad deshumanizada, nada debe parecer natural. Nada debe parecer imposible de cambiar” (Bertolt Brecht, Balada del consentimiento a este mundo, 1931-1932).

I. Introducción

Las pestes causan estragos, crisis reales, desazón y nos atacan por la espalda, sin miramiento, afectando todas las dimensiones de la vida: física, psíquica, social, política, jurídica, cultural. Son fuerzas adjudicatarias ciegas distribuidoras de impotencias gravosas (Goldschmidt, 1987, p. 78 a 81; Ciuro Caldani, 2000, 2007, 2011, 2020, p. 31), cuyos destinatarios, al principio, están desprevenidos.

Epidemias hubo muchas a lo largo de la historia de la humanidad (Dabove, 2002, p. 115 a 260; Minois, 1989, p. 267; Granjel, 1964, p. 19 a 40; De La Quintana, 1982; Foucault, 1992, p. 30 a 31; Márquez Valderrama, 2001, p. 133 a 171; Ledermann, 2003, p. 13 a 17). Algunos, las asocian al desarrollo tecnológico y al capitalismo; otros, a la falta de educación y de políticas de prevención (Agamben et al., 2020). A veces, las pestes afectaron de manera preferente a jóvenes, como ocurrió entre 1351 y 1353 cuando Bocaccio escribe el *Decamerón* motivado en la epidemia florentina de 1348 (Boccaccio, 1977, p. 7). En Inglaterra, por ejemplo, la plaga causó la muerte de dos tercios de la población total en el término de dos años, entre otras

* Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas y la Universidad de Buenos Aires. Abogada, Universidad Nacional de Rosario. Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Directora del Centro de investigaciones en Derecho de la Vejez de la Universidad Nacional de Rosario. Directora del Observatorio de Derechos Humanos de las Personas Mayores de la Universidad de Morón. Directora de la Unidad de Investigación en Derecho de la Vejez de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Integrante de la Delegación Oficial Argentina ante la ONU y la OEA en el proceso de elaboración de la Convención Internacional y de la Convención Americana, de Derechos Humanos de las Personas Mayores. Correo electrónico: isolinadabove@gmail.com

razones, porque la expectativa de vida no era longeva (Moix Martínez, 1986, p. 90; Minois, 1989, p. 276).

Hubo ocasiones en las cuales el epicentro ha sido la vida de niños, jóvenes y adultos saludables, o la de animales. Así lo ilustra la fiebre amarilla desde el siglo XVII, el cólera del siglo XIX, la epidemia de gripe de 1918, o bien con el dengue que aún asola nuestra región (Dabove, 2002, p. 115 a 260; Minois, 1989, p. 267; Granjel, 1964, p. 19 a 40; Talayera Ibarra, 2015, p. 83 a 128; Fiquepron, 2018 p. 43 a 74, 2018a, p.335 a 351.; Álvarez, 2010; Kourí, 2006; Pérez et al., 2008, p. 61 a 69). Hoy, el COVID-19, mantiene en vilo a la población mayor, a las personas de más de 60 años, y a las que padecen enfermedades de base, es decir, a las personas con sistemas inmunes que se han vuelto frágiles (Badiou, 2020, p. 68 a 78).

Junto a ello, nuestra historia muestra que las pestes han causado quiebres importantes del equilibrio socioeconómico en vigor y de lo político y jurídicamente instituido (Dabove, 2002, p. 200). También ha incidido en el desarrollo de altísimos niveles de angustia social, asociados a la creencia de estar viviendo el fin de la humanidad y de los tiempos. Según Foucault, las pestes han sido percibidas como “presencias descarnadas, como amenazas que llegan desde el interior mismo del mundo, causando miedo generalizado a una consumación inminente de la cual ninguno escapa”. Pero luego, “esta gran inquietud gira sobre sí misma; burlarse de la locura, en vez de ocuparse de la muerte seria. Del descubrimiento de esta necesidad, que reducía fatalmente al hombre a la nada, se pasa a la contemplación despectiva de esa nada que es la existencia misma. El horror delante de los límites absolutos de la muerte, se interioriza en una ironía continua; se le desarma por adelantado; se vuelve risible; dándole una forma cotidiana y domesticada, renovándolo a cada instante en el espectáculo de la vida, diseminándolo en los vicios, en los defectos y en los aspectos ridículos” (Foucault, 1992, Tomo I, p. 30 a 31.).

Como lo muestran Camus (1947) en *La Peste*; o bien, García Márquez (1985) en *El amor en los tiempos del cólera*, las epidemias sacan a relucir lo mejor y lo peor de cada ser humano y de sus comunidades, en virtud de su carácter extraordinario, vital y de excepción. Muestran, pues, el lado ambivalente e irónico de nuestras vidas

(Yañez González, 2020, p. 139 a 143).

II.1 Con los lentes de la Iusfilosoffa

La teoría general del derecho y la iusfilosoffa nos ofrecen interesantes herramientas para pensar jurídicamente la pandemia de este tiempo (Ciuro Caldani, 2020a).

De un lado, nos permiten actualizar nuestras reflexiones en torno a la compleja relación naturaleza-cultura, observando sus tensiones con particular nitidez a causa de las vivencias compartidas a escala planetaria. Por otro, plantea interrogantes vinculados a componentes clave del mundo jurídico, tales como el poder y la eficacia de las decisiones humanas, el problema de la validez de las fuentes de producción normativa; o bien, el dilema salud- seguridad vs. justicia-libertades-derechos. El respeto por las singularidades, libertades e identidades individuales (unicidad y diversidad) en materia de asistencia y cuidados sanitarios, puesto en crisis por las distintas dimensiones de igualdad (ante la ley, de oportunidades, en las condiciones de ejercicio de los derechos, o en la aplicación jurisdiccional de la ley) propias de nuestra gregaria condición y pertenencia a una comunidad, que hoy claramente se percibe universal (al menos en el discurso).

II.2.1. Virus gordos, repartos flacos: la realidad jurídica sitiada

Para la teoría trialista, el mundo jurídico se compone fácticamente de adjudicaciones, es decir de situaciones o hechos a partir de los cuales se intercambian oportunidades, bienes, honores o consideraciones positivas, junto con barreras, obstáculos, cargas y prejuicios. Son pues, fenómenos atributivos de potencias e impotencias referidos al desarrollo de la vida misma. Por tal motivo, es posible distinguir dos tipos de adjudicaciones: los repartos generados por nosotros, los humanos, y las distribuciones que provienen de la naturaleza, el azar o las influencias humanas difusas, de clara incidencia social (Goldschmidt, 1987, p. 5 a 34;

Ciuro Caldani, 2020, p. 4 a 26).

El Covid-19 ha puesto sobre la mesa en la tierra entera el tremendo poder adjudicatario de la naturaleza, en este caso, distribuyendo males que afectan masivamente la salud y la vida de las personas, sobre todo la de los mayores.

Para Goldschmidt (1987), las distribuciones son fuerzas ciegas cuyo destinatario directo puede ser cualquiera, seres, objetos, espacios, tiempos. El virus “no discrimina”, ha dicho Butler (2020) “podríamos decir que nos trata por igual, nos pone igualmente en riesgo de enfermar, perder a alguien cercano y vivir en un mundo de inminente amenaza” (p. 19). Pero sus efectos interpelan a la humanidad en su conjunto a causa de su poder transformador de vidas, costumbres y sentidos (Goldschmidt, 1987, p. 78 a 80). El virus “se mueve y ataca y demuestra que la comunidad humana es igualmente frágil”

La pandemia actual ha sido ocasionada por un virus realmente “gordo”, por su alta contagiosidad, por su poder adaptativo y por su eficacia para desarrollarse en humanos sin distinción de género, clase social o cultural, clima o geografía. Solo la edad parece ser un dato relevante, ya que ha puesto en grave riesgo a los ancianos y a las personas inmunodeprimidas.

Asimismo, las distribuciones de esta pandemia se alimentan del azar y de las influencias humanas difusas, muchas veces arraigadas como costumbres, ya que se propaga gracias a una extensa red causal tejida por protagonistas anónimos e inciertos (Goldschmidt, 1987, p. 79). Aun cuando sea posible reconstruir la cadena completa de contagios de un número X de pacientes (como se ha hecho hasta llegar al paciente número uno, será difícil lograrlo ahora respecto de la totalidad de los millones de casos con los que ya contamos en el planeta. Ergo, una primera interpelación que hace el Covid-19 es, -como dice Elster (1991)- a “domar la suerte” (p. 71) y a transformar masivamente nuestras conductas en torno a ello.

Por otra parte, la pandemia desnudó también nuestra total ignorancia respecto de las “leyes naturales” (o “razones”) a las cuales responde este flagelo. Hasta el presente, ninguna comunidad científica ha logrado desarrollar una teoría que explique y comprenda completamente el ciclo vital del Covid-19, ni sabe

suficientemente cuál es el alcance de su fuerza destructiva, ya que sus estragos en humanos van mutando junto a su propio ADN y composición.

Así, nos vemos nuevamente a merced de la naturaleza, inseguros, temerosos y perplejos, viviendo tiempos de excepción (Fernández Savater, 2020). Su tremenda fuerza adjudicataria, vuelve a desafiar lo que sabemos sobre ella. Y con el mismo oscurantismo del pasado, replicamos en lo básico recetas precientíficas de cuidados, antiguas o medievales, aunque la tecnología y las experticias profesionales de hoy hayan obtenido logros tan exquisitos como el mundo virtual o el descubrimiento del ADN de la vida.

Transitamos la pandemia, pues, bajo las tensiones de una gran paradoja; consentimos que sabemos poco sobre ella y, sin embargo, erigimos a la ciencia en criterio hegemónico para encontrar la salvación.

Junto a ello, el Covid-19 nos muestra la contundencia de los límites que provienen de la “naturaleza de las cosas”, las restricciones que imponen incluso a las acciones humanas más deseadas. Para Goldschmidt, los límites naturales “cercenan las posibilidades físicas de los repartos” (Goldschmidt, 1987, p. 71 a 75; Ciuro Caldani, 2020, p. 35 a 43), los torna ineficaces, o bien, “repartos flacos”, razón por la cual es relevante ponderarlos si queremos efectuarlos. A veces los admitimos en abstracto, pero no los identificamos en un caso dado. Otras, los desconsideramos movidos por la “soberbia o la demencia”. En este tiempo, la humanidad ha mostrado todo tipo de respuestas frente ellos. Desde las puramente discursivas en sus inicios, de China, Europa o Inglaterra, hasta las posturas más absurdas de Estados Unidos o Brasil que aún perduran (Agamben et al., 2020).

No obstante, la realidad jurídica muestra también que ningún límite permanece fijo y estable: cada barrera, cada obstáculo, se aleja “en razón directa con el progreso del conocimiento y dominio humano”.

Un límite es, pues, una restricción tanto como un estímulo que impulsa el desarrollo cultural (Goldschmidt, 1987, p. 71; Ciuro Caldani, 2020, p. 80). Quizás por ello es posible cotejar en todo el mundo el crecimiento exponencial del saber médico, científico y técnico, -ya provenga de infectólogos, bioquímicos, genetistas,

laboratoristas, entre otros-, arrogándose el lugar del saber institucional y el de los políticos.

En suma, el Covid-19 nos ha colocado ante la extraña realidad de un mundo que pone los criterios mismos de la organización social, jurídica y política en manos de un saber que hasta hace poco, estaba bajo sospecha: el de la propia la ciencia. ¿Hacia qué epistemología nos encaminaremos, en la pospandemia? ¿Cómo percibiremos nuestros objetos de estudio, en el porvenir? ¿Seguirá siendo la realidad categóricamente definida como una construcción cultural? ¿En qué verdad entonces, confiaremos? Aunque el saber es poder -como reconocieron los antiguos, ¿será más eficaz la planificación de la vida jurídica que hagan los científicos? ¿Se cumplirá el sueño político de Saint Simón o de A. Comte? ¿Estaremos a las puertas del último estadio evolutivo de nuestra golpeada humanidad? ¿Habremos llegado a la etapa científica o positiva? Me cuesta creer que así sea.

II.1.2. Reglas flacas, normativas intervencionistas

Desde la perspectiva normativa, la pandemia nos revela el problema de la validez de las fuentes de producción jurídica y las contradicciones de su contenido (Goldschmidt, 1987, p. 195 a 342; Ciuro Caldani, 2020, p. 95 a 126).

Suspendido el funcionamiento del sistema de división de poderes a fuerza de la urgente gravedad de este flagelo, el mundo jurídico todo se vio sorprendido por declaraciones de Estado de Alarma, de Sitio, o de Emergencia Sanitaria, dando lugar lisa y llanamente como dice Agamben (2020) a un “Estado de excepción” (p. 17 a 20).

Las fuentes del derecho¹ se concentran hoy en manos de unos pocos, a cargo del poder ejecutivo, aunque hayan habilitado la colaboración de diversos comités de expertos en cuyos criterios fundan sus decisiones. Así, en nombre de un Estado que presume ser “presente y plural”, se desarrolla una vida jurídica a fuerzas de decretos, declaraciones periodísticas, *hashtag* y mensajes de redes sociales, que provienen de una sola voz, de una sola dirección, del poder administrador. En todo el mundo,

¹ Sobre el concepto trialista de mandato ver: Goldschmidt, 2020, p. 204 a 207.

legisladores y jueces aparecen silenciados, en modo “pausa”, suspendidos en su accionar, como si solo fuera posible que la división de poderes funcione solo en tiempos de normalidad.

Por otra parte, la cuarentena impuesta a la manera de un “mandato” (Goldschmidt, 1987, p. 221 a 250; Ciuro Caldani, 2020, p. 103 a 110) (y no de regla) ordena “el aislamiento en el hogar, el distanciamiento social, preventivo y obligatorio, protocolos de salud, el uso forzado de barbijos, la calificación y habilitación de actividades “esenciales”, establecen permisos para circular, hacer mandados y trámites de la vida cotidiana, imponen el control informático de la salud (y de la vida en su conjunto) por medio de aplicaciones de uso masivo, gestionados por el mismo ejecutivo encargado de responder a esta situación. Decreta el cierre de barrios (vulnerables o no), la inhabilitación para funcionar de fábricas, comercios, teatros, museos, salas culturales, a fin de “salvar vidas”, Pero todo ello parece darse de bruces con el respeto de los derechos y libertades fundamentales garantizados por un modelo de Estado que hoy claramente está formalmente sitiado.

En suma, la pandemia ha puesto en crisis a la propia Constitución Nacional en su dimensión formal (Goldschmidt, 1987, p. 536). Ha afectado su estructura, pero también, su dinámica, imponiendo en su lugar una constitución material que debilita la democracia deliberativa y el ejercicio de los derechos y libertades de todos, restringiéndolos fuertemente en nombre de un solo bien o valor, la salud. Pero ¿de qué concepto de salud hablamos? ¿Puede un valor arrogarse con exclusividad el lugar de criterio orientador de la vida social e institucional? Si así fuera, ¿Por cuánto tiempo podría ello sostenerse sin afectar considerablemente las otras dimensiones valiosas de la vida? ¿Sin que terminemos alienados dialécticamente por las propias exigencias sanitarias impuestas por esta “nueva ley”?

III. La culpa no la tiene el pangolín

Desde el punto de vista dixelógico, la pandemia ha mostrado en plenitud el carácter constitutivo que tienen los valores para el mundo jurídico (Goldschmidt,

1987, p. 369 a 399; Ciuro Caldani, 2020, p. 137 a 160). Hoy, más que en otras oportunidades, el Derecho se gesta y funciona al ritmo de las exigencias del valor de la salud, que interpela y desafía a la justicia en sus variadas dimensiones. Entre ellas, un lugar destacado lo ocupa el principio de igualdad y no discriminación en el acceso a los recursos sanitarios y la exigencia de asistencia y cuidados (Malavolta & Pulvirenti, 2020). Razón por la cual, como diría Goldschmidt (2020), la pandemia ha puesto en marcha un “humanismo jurídico intervencionista” (p. 417 a 454), justificado en dos premisas cognitivas. De un lado, en la necesidad de garantizar seguridad y protección para todos. De otro, en la creencia -parcialmente cierta, parcialmente falsa-, de la incompetencia generalizada -y absoluta- de los ciudadanos para proporcionárselos por sí mismos. En suma, se han adoptado decisiones jurídico-políticas paternalistas, sin considerar las reales competencias de la ciudadanía para comprender la realidad y decidir razonablemente acorde a ella.

Así, blandiendo la espada de la salud, hemos sido beneficiarios de decisiones valorativas acertadas y disparatadas al mismo tiempo, contradictorias en sus fundamentos y alcances, ambivalentes en su interpretación y aplicación. Todo lo cual no ha hecho más que alimentar nuestra perplejidad y suspicacia como operadores, frente al sistema jurídico implementado hasta el momento.

Entre los ejemplos más ilustrativos de las tensiones valorativas que se han dado hasta ahora con motivo del covid-19, se encuentran las contradicciones puestas de manifiesto en los conceptos de cuidado, solidaridad, aislamiento y distancia social, e incluso respecto de la expresión “población de riesgo”.

¿Es el cuidado un acto de protección reflexivo? ¿Está fundado en un conocimiento cierto de la fragilidad o vulnerabilidad que la ocasiona? ¿Se lo proporciona de manera acorde con la singularidad de cada asistido, o con la diversidad de los grupos y comunidades? Con las personas mayores, el cuidado objetivamente requerido por ser población de riesgo no parece haberse implementado en atención a sus características y posibilidades vitales. El Estado las invisibilizó, las destrató y las excluyó del sistema completo de cuidados (de prevención, asistencia sanitaria, cuidados paliativos y rituales funerarios), como

vimos en Europa. O bien, las “sobreprotegió”, como aquí, adoptando medidas asistencialistas prejuiciosas, derivadas de la falsa presunción de su incompetencia para comprender y actuar conforme la gravedad de la pandemia por el solo hecho de ser mayores de 60. Los viejismos han sido puestos a la orden del día como razones guía para la acción jurídica. Pero también nos han mostrado su fracaso por tratarse de concepciones falsas que la propia Gerontología ha ido desmantelando y precisando científicamente.

Con la solidaridad ha ocurrido algo similar. ¿Es verdad que cada uno se cuida pensando en los demás? ¿Cumplimos con el aislamiento y la distancia social por empatía hacia el otro, o por comprendernos parte de ese todo que es la común humanidad? ¿Nos quedamos en casa para no contagiar a los demás, o lo hacemos solo por no enfermar?

¿Es el aislamiento la mejor vía para ayudar a los demás? ¿Cómo juegan los miedos y la angustia causadas por la soledad? ¿Cómo impactan los cercos impuestos en los geriátricos, cárceles, barrios, ciudades, regiones, a la hora de mostrar mi adhesión o apoyo incondicional, si ni siquiera los he podido visualizar como escenarios que en algún punto me resulten familiares y me pertenezcan?

La pandemia ha permitido también poner en nuestro centro de atención a la igualdad como regla de justicia (Dabove, 1993 p. 73 a 81; 2014 p. 116 a 127; 2017 p. 3 a 30; 2018 p. 73 a 94; Dabove & Soto, 1992, p. 111 a 116). Es decir, como criterio orientador para garantizar el acceso a los recursos sanitarios disponibles en proporción a nuestra necesidad de prevención, cuidados y atención. Sin embargo, al mismo tiempo la pandemia ha desnudado la falacia de esta promesa jurídica valorativa, toda vez que su realización es exigida para un escenario social a todas luces pobre y profundamente desaventajado en su punto de partida.

La discriminación, los prejuicios, las falencias estructurales motivadas en la falta de comida, de acceso al agua potable, al abrigo, a la vivienda, a la educación, a la tecnología y a las redes de comunicación, en suma, a recursos necesarios para el desarrollo de la vida cotidiana de cientos de miles de personas en todo el mundo (incluyendo a la Argentina), son hoy el pan de cada día.

Así, pues, la culpa no la tiene el pangolín. Asumir nuestros fracasos es parte de la labor como juristas, tanto como lo es el deber irrefutable de trabajar por una comunidad respetuosa, coherente e inclusiva.

IV. Conclusiones

“Humana cosa es tener compasión de los afligidos”, nos dice Bocaccio en el *Decamerón*, máxime cuando hemos encontrado por su causa, el consuelo requerido². Aunque parezca extraño, otra vez es la naturaleza -y esta pandemia-, quien nos muestra con fina ironía que “nada de lo humano -como decía “Terencio en el año 165 (AC)- me puede ser ajeno”.

Vivimos en un mundo al que creímos haber moldeado a nuestra voluntad, haber sometido a nuestro ingenio, haber “civilizado tecnológicamente”, haber parido para manipular (Preciado, 2020, p. 163 a 185). Sin embargo, es este mismo poder el que hoy nos interpela en torno al presente y a nuestro porvenir, incluso como especie (Zibechi, 2020, p. 113 a 118).

Dos interrogantes jurídicos se abren, al menos para mí, en relación con nuestro porvenir. El papel de la confianza y de la fe (tal vez, buena) en nuestra humana condición, en nuestras posibilidades de interacción constructiva con uno mismo, con los otros, con lo demás (nuestro entorno). Pero también nos interpela el “principio de la responsabilidad” como criterio orientador. El enorme poder transformador de la tecnología actual -tal como también lo muestra la pandemia en la identificación del Covid-19 y en la fabricación de una vacuna en tiempo récord- nos cuestiona en torno al deber de velar por este mundo y por nuestra humanidad presente y futura (Han, 2020, p. 104 y 111).

Creo, con Jonas (1995), que este tiempo nuevo nos impone renovar nuestras creencias valorativas. Concretamente, él nos llama a construir una nueva ética de la

² Bocaccio, *Decameron*, p. 7. “Humana cosa es tener compasión de los afligidos, y aunque a todos conviene sentirla, más propio es que la sientan aquellos que ya han tenido menester de consuelo y lo han encontrado en otros: entre los cuales, si hubo alguien de él necesitado o le fue querido o ya de él recibió el contento, me cuento yo”.

vida, basada en el deber de “obrar de tal modo que los efectos de cada acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la tierra” (p. 35). Nos alienta así, “a incluir en cada elección presente, como objeto de deseo, la futura integridad del ser humano. Nos invita a mirar más allá de este presente, más allá de la pospandemia, para poder asumir un porvenir que salve incluso nuestras libertades de cualquier poder que logre amenazarlas.

Nada de lo humano me puede ser, pues, ajeno. “Confiemos en que tras el virus venga una revolución humana” (Han, 2020, p. 111). La solución a la pandemia está hoy en nuestras manos, aunque la haya provocado el pangolín. Asumir nuestra humana compasión, nuestro poder de dar consuelo, la “hospitalidad que nos permite reconocer al otro como a nosotros mismos (Manrique, 2020, p. 145 a 160), hoy son claves para construir un derecho acorde con la complejidad de la vida misma (Markus, 2020, p. 129 a 134).

Ojalá, como ha dicho Zizek (2020), otro virus se propague y nos afecte, uno filosófico mucho más beneficioso: “el virus de pensar en una sociedad alternativa, una sociedad más allá del estado-nación, una sociedad que se actualiza a sí misma en las formas de solidaridad y cooperación global”.

Bibliografía

- AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco; LÓPEZ PETIT, Santiago; BUTLER, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECHI, Raúl; GALINDO, María; GABRIEL, Markus; YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo; MANRIQUE, Patricia & PRECIADO, Paul B. (2020). *Sopa de Wuhan*. La Plata: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).
- AGAMBEN, Giorgio (2020). “La invención de una epidemia”, en AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco; LÓPEZ PETIT, Santiago; BUTLER, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-

Chul; ZIBECHI, Raúl; GALINDO, María; GABRIEL, Markus; YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo; MANRIQUE, Patricia & PRECIADO, Paul B., *Sopa de Wuhan*. La Plata: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

ÁLVAREZ, Adriana (2010). “El rol de los lazaretos en el control del cólera y la fiebre amarilla. Buenos aires 1870-1915”. *Historia Revista*, 9 (2). Disponible en: <https://doi.org/10.5216/hr.v9i2.10448>

BADIOU, Alain (2020). “Sobre la situación epidémica”, en AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco; LÓPEZ PETIT, Santiago; BUTLER, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECHI, Raúl; GALINDO, María; GABRIEL, Markus; YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo; MANRIQUE, Patricia & PRECIADO, Paul B., *Sopa de Wuhan*. La Plata: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

BRECHT, Bertolt (2014). *Balada del consentimiento a este mundo*, trad. Jorge Hacker. Barcelona: Libros del Zorro Rojo.

BOCCACCIO, Giovanni. (1977). *Decameron*, trad. Juan G. de Luaces. Buenos Aires: Círculo de Lectores (Obra original publicada en 1351/1353).

BUTLER, Judith (2020). “El capitalismo tiene sus límites”, en AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco; LÓPEZ PETIT, Santiago; BUTLER, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECHI, Raúl; GALINDO, María; GABRIEL, Markus; YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo; MANRIQUE, Patricia & PRECIADO, Paul B., *Sopa de Wuhan*. La Plata: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

CAMUS, Albert (1947). *La peste*. Paris: Gallimard.

CIURO CALDANI, Miguel Angel (2000). *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

CIURO CALDANI, Miguel Angel (2007). *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*. Rosario: Zeus.

- CIURO CALDANI, Miguel Angel (2011). *Estrategia Jurídica*. Rosario: UNR Editora.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel (2020). *Una teoría trialista del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2020a). *Aportes para la Iusfilosofía de la pandemia por COVID-19*. Disponible en: URI: <http://hdl.handle.net/2133/17981>
- DABOVE, María Isolina (1993). “Discriminación y alienación en el Estado de Derecho. Comentario al ‘Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombre’ de Jean-Jacques Rousseau”, *Investigación y Docencia*, 21. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/index>
- DABOVE, María Isolina (2002). *Los derechos de los ancianos*, 1° ed., 1° reimp. Buenos Aires: Argentina.
- DABOVE, María Isolina (2014). “La construcción judicial de la igualdad desde el Derecho de la Vejez”, *Revista de Derecho de Familia*, Tomo V.
- DABOVE, María Isolina (2017). “La construcción jurídica de la igualdad”, *Ideas & Derecho*, (14). Buenos Aires: Astrea; Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.
- DABOVE, María Isolina (2018). *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*. Buenos Aires: Astrea.
- DABOVE, María Isolina & SOTO, Alfredo (1992). “Algunas ideas en torno a la igualdad en relación con la discriminación y la especificidad”, *Investigación y Docencia*, 20. Disponible en: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/index>
- DE LA QUINTANA, Primitivo (1982). *Algunas consideraciones sobre la peste en la Historia*, discurso leído en la sesión inaugural del curso de 12 de enero de 1982. Madrid: Instituto de España, Real Academia Nacional de Medicina.
- ELSTER, John (1991). *Domar la suerte. La aleatoriedad en decisiones individuales y sociales*, trad. Carmen Castells, intr. Antoni Domenech. Barcelona: Paidós.
- FERNÁNDEZ SAVATER, Amador (2020). “Habitar la excepción: pensamientos sin cuarentena (I)”, Madrid, 16 de marzo. Disponible en:

<https://www.filosofiapirata.net/habitar-la-excepcion-pensamientos-sin-cuarentena-i/>

- FIQUEPRON, Maximiliano Ricardo (2018). “Saberes expertos y profanos en torno a las epidemias de fiebre amarilla y cólera en Buenos Aires (1867-1871)”, *Investigaciones y Ensayos*, 66, abril-septiembre. Disponible en: https://www.iye.anh.org.ar/index.php/iye/article/view/30/IyE_N_66_A3
- FIQUEPRON, Maximiliano Ricardo (2018a). “Lugares, actitudes y momentos durante la peste: representaciones sobre la fiebre amarilla y el cólera en la ciudad de Buenos Aires, 1867-1871”, *História, Ciência, Saúdes. Manguinhos*, 25 (2). Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702018000200335&lng=en&nrm=iso; DOI: <https://doi.org/10.1590/s0104-59702018000200003>
- FOUCAULT, Michel (1992). *Historia de la locura en la Época Clásica*, 1º ed., 3º reimp., trad. Juan José Utrilla. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, Tomo I.
- GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel (1985). *El amor en los tiempos del cólera*. Bogotá: Oveja negra.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1987). *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6º ed. Buenos Aires: Depalma.
- GRANJEL, Luis (1964). “Las epidemias de peste en España durante el siglo XVII”, en *Cuadernos de Historia de la Medicina Española*, Salamanca, Tomo III, 1.
- HAN, Byung-Chul (2020). “La emergencia viral y el mundo de mañana”, en AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco; LÓPEZ PETIT, Santiago; BUTLER, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECHI, Raúl; GALINDO, María; GABRIEL, Markus; YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo; MANRIQUE, Patricia & PRECIADO, Paul B., *Sopa de Wuhan*. La Plata: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).
- JONAS, Hans (1995). *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, trad. Javier Ma. Fernández Retenaga, intr. Andrés

Sánchez Pascual. Barcelona: Herder.

KOURÍ, Gustavo (2006). “El dengue, un problema creciente de salud en las Américas”, *Revista Panamericana de Salud Pública*. Disponible en: <https://www.scielosp.org/article/rpsp/2006.v19n3/143-145/es/>

LEDERMANN, WALTER (2003). “El hombre y sus epidemias a través de la historia”, *Revista chilena de infectología*, 20. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-10182003020200003&lng=es&nrm=iso; DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-10182003020200003>.

MALAVOLTA, Victor y PULVIRENTI, Orlando (2020). “Pandemia Covid-19: derecho a la salud y su tutela estatal”. Disponible en www.saij.gov.ar, Id SAIJ: DACF200041.

MANRIQUE, Patricia (2020). “Hospitalidad e inmunidad virtuosa”, en AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco; LÓPEZ PETIT, Santiago; BUTLER, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECHI, Raúl; GALINDO, María; GABRIEL, Markus; YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo; MANRIQUE, Patricia & PRECIADO, Paul B., *Sopa de Wuhan*. La Plata: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

MARKUS, Gabriel (2020). “El virus, el sistema letal y algunas pistas para después de la pandemia”, en AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco; LÓPEZ PETIT, Santiago; BUTLER, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECHI, Raúl; GALINDO, María; GABRIEL, Markus; YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo; MANRIQUE, Patricia & PRECIADO, Paul B., *Sopa de Wuhan*. La Plata: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

MÁRQUEZ VALDERRAMA, Jorge (2001). “¿Rumores, miedo o epidemia? La peste de 1913 y 1914 en la costa atlántica de Colombia”, *História, Ciências, Saúde-Manguinhos* [online], 8 (1). Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-

59702001000200007&lng=en&nrm=iso;

DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59702001000200007>.

MINOIS, George (1989). *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento*, trad. Celia María Sánchez. Madrid: Nerea.

MOIX MARTINEZ, Manuel (1986). *Bienestar Social*, 2º ed. Madrid: Trivium.

PRECIADO, Paul (2020). "Aprendiendo del virus", en AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco; LÓPEZ PETIT, Santiago; BUTLER, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECCHI, Raúl; GALINDO, María; GABRIEL, Markus; YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo; MANRIQUE, Patricia & PRECIADO, Paul B., *Sopa de Wuhan*. La Plata: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

SÁNCHEZ, Lizet, PÉREZ, Dennis; ALFONSO, Lázara; CASTRO Marta; SÁNCHEZ, Luis Manuel; VAN DER STUYFT, Patrick (2008). "Estrategia de educación popular para promover la participación comunitaria en la prevención del dengue en Cuba", *Revista Panamericana de Salud Pública*, 24(1). Disponible en: <https://www.scielosp.org/article/rpsp/2008.v24n1/61-69/>

TALAYERA IBARRA, Oziel Ulises (2015). "La crisis de los años 1785-1786 en Michoacán: ¿el "Gran Hambre" o las grandes epidemias?", *Tzintzun. Revista de estudios históricos*, (61). Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-719X2015000100003&lng=es&nrm=iso

YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo (2020). "Fragilidad y tiranía (humana) en tiempos de pandemia", en AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco; LÓPEZ PETIT, Santiago; BUTLER, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECCHI, Raúl; GALINDO, María; GABRIEL, Markus; YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo; MANRIQUE, Patricia & PRECIADO, Paul B., *Sopa de Wuhan*, La Plata: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

ZIBECCHI, Raul (2020). "A las puertas de un nuevo orden mundial", en AGAMBEN,

Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco; LÓPEZ PETIT, Santiago; BUTLER, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECHI, Raúl; GALINDO, María; GABRIEL, Markus; YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo; MANRIQUE, Patricia & PRECIADO, Paul B., *Sopa de Wuhan*, La Plata: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

ZIZEK, Slavoj (2020). “Coronavirus es un golpe al capitalismo al estilo de ‘Kill Bill’ y podría conducir a la reinvención del comunismo”, en AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco; LÓPEZ PETIT, Santiago; BUTLER, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECHI, Raúl; GALINDO, María; GABRIEL, Markus; YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo; MANRIQUE, Patricia & PRECIADO, Paul B., *Sopa de Wuhan*, La Plata: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

¿Estar protegido durante el ASPO? La experiencia del IFE en Argentina durante el 2020

Being protected during the ASPO? The IFE experience in Argentina during 2020

Por María Betsabe Policastro

Resumen: El escenario sobrevenido durante el año 2020 a partir de la pandemia de la COVID-19 tuvo un carácter inédito que impactó en vastos sectores sociales en relación con sus estrategias de supervivencia. Los Estados nacionales y también de los niveles sub-nacionales no fueron ajenos a dicho impacto y desplegaron una serie de medidas de protección. En el presente artículo, siguiendo los aportes teóricos de Robert Castel y Ulrich Beck, analizamos el grado de protección social que se desplegó desde el Estado y su impacto en el bienestar de las personas afectadas por el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO).

Palabras claves: pandemia; política social; riesgo social.

Abstract: The scenario that occurred during the year 2020 because of the COVID-19 pandemic had an unprecedented character that impacted vast social sectors in relation to their survival strategies. The national States and also the sub-national levels were not oblivious to this impact and deployed a series of protective measures. In this article, following the theoretical contributions of Robert Castel and Ulrich Beck, we analyse the degree of social protection that was deployed from the State and its impact on the well-being of people affected by Compulsory and Preventive Social Isolation (ASPO).

Key Words: pandemic; social policy; social risk.

Fecha de recepción: 13/03/22

Fecha de aceptación: 23/04/22



¿Estar protegido durante el ASPO? La experiencia del IFE en Argentina durante el 2020

Por María Betsabe Policastro*

I. Introducción

Varios países de América Latina implementaron durante la pandemia políticas de compensación para que los individuos pudieran hacer frente a las consecuencias sufridas. Filgueira y otros investigadores de la CEPAL(2020) señalan que:

“En lo que refiere a transferencias monetarias y transferencias en especies, la mayor parte de los países de América Latina han adoptado nuevas medidas, aunque con diferencias sustantivas tanto en términos de cobertura como de suficiencia. En este sentido, algunos países han optado por el fortalecimiento de los programas ya existentes mediante el incremento de los montos destinados a las prestaciones a través de pagos extraordinarios [como es el caso de Argentina con la AUH y AUE] (...) Asimismo, en gran parte de los países de América Latina se constata la creación de nuevas prestaciones que combinan, en su mayoría, nuevos beneficios dirigidos a población ya beneficiaria de otros programas con la incorporación de nueva población objetivo. Tal es el caso del Ingreso Familiar de Emergencia en la Argentina, el Programa de Seguridad Alimentaria "Ñangareko" en el Paraguay, los bonos Yo me quedo en casa y Bono Universal Familiar del Perú, el Bono Universal y Bono Familia en el Estado Plurinacional de Bolivia, el Auxilio Emergencial do Governo Federal en el Brasil y el Bono de Emergencia COVID-19, Ingreso Familiar de Emergencia e IFE 2.0 en Chile” (2020: 51-52). Estos autores concluyen que como patrón común en América Latina “las políticas de subsidio implementadas se focalizan en la población más vulnerable, mientras que el diferimiento de pagos sin

* Profesora Asociada regular de “Introducción a la Sociología”, Profesora Adjunta de “Sociología Jurídica” en las carreras de Abogacía y Procuración de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas y JTP de “Fundamentos de Sociología y Ciencias Políticas” y de “Metodología de la Investigación en Comunicación Social II” de la carrera de Ciencias de la Comunicación de la Facultad de Ciencias Humanas, ambas de la Universidad Nacional de La Pampa. Lic. en Sociología, Universidad de Buenos Aires, Especialista en gestión de Políticas Sociales y Magíster en Estudios Sociales y Culturales, Universidad de Buenos Aires. Doctoranda en Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: betsabe_policastro@yahoo.com.ar

intereses y la prohibición de corte de servicios por falta de pago suele ser universal”. (p.54)

Según la CEPAL (2020), hacia fines de abril de 2020, veinticinco de veintinueve países de la región se habían comprometido a ejecutar acciones de transferencias de ingresos hacia la población perjudicada. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que su impacto ha tenido algunos déficits. Benza y Kessler (2021) señalan que:

“Las políticas de alivio tuvieron límites. Se han identificado en ellas al menos tres problemas importantes. Primero, en términos generales hubo un desfasaje en el tiempo entre las medidas sanitarias y de restricción de actividades y las de contención social. (...) También hubo problemas en la implementación de las políticas de contención.(...) Los gobiernos de la región mostraron, en diverso grado, límites en sus capacidades tecnológicas y logísticas para la provisión de las prestaciones económicas, así como dificultades para identificar a los nuevos beneficiarios por déficits en los registros. Asimismo, en algunos países la escasa bancarización de la población obstaculizó la entrega de las transferencias e incrementó el riesgo sanitario (...) Asimismo, se ha advertido que las medidas implementadas fueron fragmentadas e insuficientes”. (p. 153-154)

Estos mismos autores, en consonancia con otros investigadores de la región, consideran que la pandemia puso a prueba las capacidades estatales, evidenciando falencias ya existentes, como las descritas, pero a la vez dando cuenta de fortalezas frente a los múltiples impactos del COVID-19 en la estructura social argentina.

“Hace varias décadas Ulrich Beck (2006) contundentemente afirmaba que *la miseria es jerárquica, el smog es democrático*. Con la extensión de los riesgos de la modernización (con la puesta en peligro de la naturaleza, de la salud, de la alimentación, etc.) se relativizan las diferencias y los límites sociales. (...) Sin embargo, objetivamente los riesgos despliegan dentro de su radio de acción y entre los afectados por ellos un efecto igualador”. (p.52)

La pandemia del COVID-19 no es una crisis sanitaria únicamente, podemos pensar que lo sanitario se combina con lo económico y lo social generando un problema complejo de abordar y un triple desafío: la contención sanitaria y epidemiológica, la atenuación de los efectos económicos y mitigación de los costos sociales para vastos sectores de la población (CEPAL, 2020).

En este artículo nos proponemos examinar cómo el Ingreso Familiar de Emergencia (IFE) implementado en Argentina entre abril y septiembre de 2020 fue una política social focalizada en un contexto de riesgo social, y delinear algunas notas para analizar el grado de protección social que el Estado argentino desplegó durante el primer año de la pandemia del COVID-19. A tales fines realizaremos un análisis de las medidas implementadas a partir de marzo del 2020 y, recuperando voces de personas residentes en la provincia de La Pampa, mostrar esos límites y esas fortalezas de la gestión estatal frente a la pandemia y el aislamiento social.

II. La pandemia en Argentina y sus respuestas desde el Estado

El 12 de marzo de 2020, el presidente argentino, Alberto Fernández, mediante el DNU 260/2020, ampliaba por un año la emergencia sanitaria prevista por la Ley N° 27.541¹, a raíz de la Pandemia de Coronavirus COVID-19 declarada por la OMS. En dicho decreto se enumeraba una serie de recomendaciones sanitarias a la población y a los gobiernos provinciales y/o municipales, entre ellas la mejora de equipamiento necesario para la gestión sanitaria de la enfermedad; el aislamiento obligatorio para quienes padecieran la enfermedad, tuvieran síntomas compatibles con la COVID-19, fueran contactos estrechos y/o volvieran del exterior. También preveía la suspensión de vuelos aéreos internacionales de zonas afectadas y la obligación de reportar a las autoridades sanitarias los síntomas. Asimismo, se instó a los Ministerios de Seguridad, del Interior, de Defensa y de Relaciones Exteriores, de Comercio Internacional y Culto a dar apoyo a las autoridades sanitarias en las fronteras para el resguardo de la situación sanitaria. Los artículos 12, 13 y 14 encomendaban al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social que estableciera las condiciones de trabajo y licencias que debían cumplir quienes estuvieran en situación de

¹ Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública. Sancionada el 23-12-2019. En su art. 1 declaraba la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2020. En su art. 64 consideraba prioritaria la asignación de recursos al Sector Salud en tiempo oportuno y legal forma, a fin de garantizar la eficacia y efectividad de las prestaciones médico-asistenciales que se encuentran bajo su responsabilidad.

aislamiento y establecer regímenes especiales de licencias de acuerdo a las recomendaciones sanitarias; al Ministerio de Educación disponer de las condiciones necesarias para el desarrollo de la escolaridad respecto de los establecimientos públicos y privados de todos los niveles durante la emergencia; al Ministerio de Desarrollo Social prever de mecanismos, orientaciones y protocolos para que la ayuda social prestada a través de comedores, residencias u otros dispositivos, se brinde de conformidad con las recomendaciones sanitarias. Además, prohibió la realización de eventos masivos, dispuso el cierre de museos, centros deportivos, salas de juegos, restaurantes, piscinas y demás lugares de acceso público imponiendo distancias de seguridad y otras medidas necesarias para evitar aglomeraciones. Un elemento a resaltar del DNU es artículo 21 que hablaba de un trato digno enunciando que “Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables. Las personas afectadas por dichas medidas tendrán asegurados sus derechos, en particular: el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud; el derecho a la atención sin discriminación; y el derecho al trato digno” (Art. 21). Finalmente, es de resaltar que el artículo 22 estipulaba las infracciones a la normativa de la emergencia sanitaria: “La infracción a las medidas previstas en este Decreto dará lugar a las sanciones que resulten aplicables según la normativa vigente, sin perjuicio de las denuncias penales que corresponda efectuar para determinar la eventual comisión de delitos de acción pública, conforme lo previsto en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal” (Art. 22).

Como todos recordamos muy bien, el 19 de marzo de 2020, el gobierno argentino, mediante el decreto de necesidad y urgencia 297/2020, implementó en todo el territorio y para todos los argentinos el ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio). Según la normativa:

“Las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente

afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas.” (Art. 2 – Decreto 297/2020).

Inicialmente fue decretado hasta el 31 de marzo inclusive; sin embargo, la misma normativa ya estipulaba la posibilidad de prorrogarse el plazo por el tiempo que fuera necesario de acuerdo a la situación epidemiológica. El decreto señalaba que:

“Durante la vigencia del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social” (Art. 8 - DNU 297/2020).

Posteriormente al vencimiento del plazo se dispuso de ampliaciones mediante diferentes decretos de necesidad y urgencia.

El gobierno nacional implementó una serie de ayudas concretas con miras a atenuar los efectos que el ASPO tendría en la población argentina, especialmente en algunos sectores. Se otorgó un bono de hasta \$3.000 a más de 4,6 millones de jubiladas/os y pensionadas/os que cobraban un único haber previsional hasta alcanzar los \$18.892; se duplicó el monto de la Asignación Universal por Hijo (AUH) y la Asignación Universal por Embarazo (AUE) durante el mes de abril, lo que supuso un ingreso complementario de \$3.103; se implementó la suspensión de cortes por falta de pago de servicios básicos por 180 días (medida extendida hasta fin de año); se congelaron los montos de los alquileres y se suspendieron los desalojos por seis meses; se suspendió el cobro de cuotas de Créditos ANSES a más de 4,4 millones de personas y se incrementó a \$10.000 el seguro de desempleo de más de 100.000 personas (ANSES, 2020).

Además, en el marco de la emergencia sanitaria, se dispuso el DNU 310/2020, con fecha del 23 de marzo, donde se señaló, en sus considerandos, que:

“La medida de aislamiento, de vital importancia para preservar la salud de todos los argentinos y las argentinas, genera la necesidad de transformar significativamente nuestras rutinas, afectando la dinámica de la economía en su conjunto y de gran parte de las actividades productivas. Que entre las consecuencias más relevantes de las restricciones a la circulación y las medidas de aislamiento preventivo, se

anticipa que las personas vinculadas al sector informal de la economía, los/las monotributistas de bajos recursos y los trabajadores y las trabajadoras de casas particulares tendrán una severa discontinuidad y/o pérdida de sus ingresos durante el período de cuarentena, afectando notablemente al bienestar de sus hogares debido a la situación de vulnerabilidad económica que mayoritariamente enfrentan estos grupos poblacionales.”

Ante ese contexto se decide implementar una medida excepcional de ayuda económica que se denominó Ingreso Familiar de Emergencia (IFE). En el artículo 1ro, se lo define como “una prestación monetaria no contributiva de carácter excepcional destinada a compensar la pérdida o grave disminución de ingresos de personas afectadas por la situación de emergencia sanitaria declarada por el Decreto N° 260/20, y demás normas modificatorias y complementarias” (Art. 1 – DNU 310/2020). En el artículo 2 se estipula que los beneficiarios serán las personas desocupadas, que se desempeñen en la economía informal, los monotributistas A y B, los monotributistas sociales, los y las trabajadores de casas particulares, y tener entre 18 y 65 años de edad. Como en otros programas sociales los requisitos fueron: ser nativo o tener al menos una residencia legal de dos (2) años. Al conceptualizarse como una ayuda a nivel familiar, ni el aspirante ni su núcleo familiar podía tener un empleo en relación de dependencia registrado en el sector público o privado, ser monotributista de categoría “C” o superiores y régimen de autónomos, percibir una prestación por desempleo, una jubilación, pensión o retiros de carácter contributivo o no contributivo, o ser beneficiarios de planes sociales, salario social complementario, Hacemos Futuro, Potenciar Trabajo u otros programas sociales nacionales, provinciales o municipales, a excepción de los ingresos provenientes de la Asignación Universal por Hijo o Embarazo o PROGRES.AR.

El artículo 3 del decreto estipuló que el IFE sería de 10.000 pesos, que se le otorgaría a un integrante por grupo familiar y que se abonaría durante abril del 2020, por única vez. Se implementa bajo la órbita del ANSES (Art. 4 – DNU 310/2020) a quién se le otorga la potestad determinar el procedimiento de reglamentación y de realizar las evaluaciones socioeconómica y patrimoniales con el objetivo de corroborar la situación de real necesidad del individuo y de su grupo

familiar (Art. 5 – DNU 301/2020). El monto equivalía al 59% del Salario Mínimo Vital y Móvil². Según señaló el ANSES:

“El IFE consiste en una prestación monetaria no contributiva de carácter excepcional, destinada a compensar la pérdida o grave disminución de ingresos de personas afectadas por la situación de emergencia sanitaria declarada por el Decreto N° 260/2020”. (ANSES, 2020: 4)

En síntesis, el IFE fue una prestación no contributiva y a la vez, no condicionada. No se preveía ninguna contraprestación para su recepción, siendo la primera vez que en Argentina se implementaba una política de transferencia de ingresos no condicionada.

Las personas que cobraban la Asignación Universal por Hijo/a para la Protección Social (AUH) y la Asignación Universal por Embarazo (AUE) accedieron al beneficio sin necesidad de inscribirse para su recepción. Incluso su acreditación fue adelantada unos días durante el mes de abril de 2020. Además, tanto los receptores de AUH y AUE y los jubilados y pensionados (que cobraban la jubilación mínima) recibieron un bono de \$3000.

En junio de 2020 mediante el DNU 511/2020 se dispone de “un nuevo pago de pesos diez mil (\$10.000), a liquidarse en el mes de junio de 2020, en concepto de INGRESO FAMILIAR DE EMERGENCIA, en los términos establecidos por el Decreto N° 310/20 (Art. 1 – DNU 510/2020)”. En este decreto se deja sin efecto algunos de los requisitos para las personas beneficiarias de AUH. Este pago fue lo que se conoció como 2da. ronda.

El DNU 626/2020 previó el pago de una 3ra ronda del IFE de 10 mil pesos a las personas que ya se habían anotado para recibir los anteriores, cabe aclarar que no se inició una nueva inscripción.

En suma, se realizaron tres pagos del IFE, aunque en el DNU de creación indicaba que sería un único pago, el primero entre abril y mayo, el segundo entre junio y julio y el último en agosto y septiembre de 2020. Finalmente, luego de muchas especulaciones no hubo un 4to. IFE, aunque los reclamos para su concreción

² El SMVM era del \$16.875 desde el 1ro. octubre de 2019 y se volvió a actualizar el 1ro. de octubre de 2020 que ascendió a \$18.900.

se prolongaron durante el año 2021. En relación a la reglamentación del decreto, el ANSES (2020) precisó que:

“el IFE presenta dos definiciones excluyentes en cuanto a la delimitación de la población beneficiaria. Por un lado, el programa brinda asistencia a trabajadores/as afectados por inserciones laborales precarias (monotributistas de categorías bajas, trabajadores/as de casas particulares, empleados/as informales y desocupados/as). Por otro lado, el programa limita esa cobertura a la situación laboral y económica del grupo familiar al cual pertenece el beneficiario, en el sentido que todos sus integrantes deben reunir las condiciones para acceder al IFE, y sólo uno de ellos podrá percibir el beneficio”. (p.4)

Entonces, el IFE consistió en una ayuda a las familias, que disponía que se recibiría un beneficio por hogar. La definición de grupo familiar consideraba al “compuesto por el o la solicitante, su cónyuge o conviviente y sus hijos menores de 18 años, o sin límite de edad en el caso de hijos con discapacidad. El grupo familiar podrá considerarse unipersonal por declaración jurada del solicitante. Cuando el solicitante tenga menos de 25 años, deberá acreditar un domicilio de residencia distinto al de sus padres para que se lo asimile a un grupo familiar unipersonal” (ANSES; 2020: 5). Y se aclaraba que si había más de un solicitante por grupo familiar se priorizaría a la mujer como receptora del IFE.

Además, del IFE se dispusieron de otras medidas que apuntaban a “proteger” a la población de los efectos económicos y sociales de la pandemia. El DNU 311/2020 disponía la prohibición del corte de servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e internet y TV por cable (radioeléctrica o satelital) ante la falta de pago por más de 3 meses a partir del 1 de marzo de 2020, medida que luego se extendió hasta fin de año. Este beneficio indirecto fue significativo si se tiene en cuenta que el acceso a la conectividad, indispensable para el sostenimiento educativo de millones de niños/as y adolescentes (junto con los dispositivos necesarios, que los sectores más vulnerables no poseían) y personas que debieron realizar *homeoffice*, se reveló como un “derecho de intermediación”. El DNU 320/2020 disponía la suspensión de desalojos de propiedades alquiladas por falta de pago, la prórroga de los contratos y el congelamiento de los valores del alquiler hasta el 30 de

septiembre. El DNU 329/2020 prohibió los despidos y/o suspensiones sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de sesenta días.

Un hito importante en la gestión de la pandemia fue la creación del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción mediante el DNU 332/2020, conocido como ATP. El mismo consistía en la postergación o reducción de hasta el 95% del pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino; la asignación compensatoria al salario abonada por el Estado para todos los trabajadores y las trabajadoras en relación de dependencia del sector privado para empresas de hasta cien trabajadoras y trabajadores; la creación del REPRO Asistencia por la Emergencia Sanitaria, que consistía en una suma no contributiva respecto al Sistema Integrado Previsional Argentino abonada por el Estado para las y los trabajadores en relación de dependencia del sector privado para empresas que superen los cien trabajadores y trabajadoras; la creación de un sistema integral de prestaciones por desempleo: las y los trabajadores que reúnan los requisitos previstos en las Leyes Nros. 24.013 y 25.371 accederán a una prestación económica por desempleo. El monto a asignar se estipuló según la cantidad de empleados y empleadas: el ATP compensó el 100% del salario bruto en empresas de hasta 25 trabajadores/as, el 75% para empresas de 26 a 60 trabajadores/as y el 50% para empresas de 61 a 100 empleados/as, siempre que no supere el SMVM vigente. Y los trabajadores/as incluidos en el REPRO obtuvieron entre \$6000 y \$10.000.

III. El Estado ante la pandemia

Robert Castel (2008) señala que hay dos tipos de protecciones:

“Las protecciones civiles que garantizan las libertades fundamentales y la seguridad de los bienes y de las personas en el marco de un Estado de Derecho. Las protecciones sociales cubren contra los principales riesgos capaces de entrañar una degradación de la situación de los individuos, como la enfermedad, el accidente, la vejez empobrecida, dado que las contingencias de la vida pueden culminar, en última instancia, en la decadencia social”. (p.11)

Lo vivido ante la crisis del COVID-19 tuvo efectos significativos en el deterioro en el bienestar de la población y de sus derechos, especialmente de vastísimos sectores sociales. Según Castel (2008):

“Nuestras existencias ya no se desarrollan, desde el nacimiento hasta la muerte, sin redes de seguridad. Una bien llamada “seguridad social” se ha vuelto un derecho para la inmensa mayoría de la población, y ha generado una multitud de instituciones sanitarias y sociales que se ocupan de la salud, de la educación, de las discapacidades propias de la edad, de las deficiencias psíquicas y mentales. A tal punto que se ha podido describir este tipo de sociedades como “sociedades aseguradoras”, que aseguran, de alguna manera, la seguridad de sus miembros”. (p. 12)

Ahora nos podemos preguntar: la crisis generada (o acrecentada) por la pandemia ¿encontró redes de protección, los individuos pudieron estar protegidos ante la emergencia por instituciones que, si no estaban preparadas, se adaptaron rápidamente a la urgencia? Castel maneja la tesis que “las sociedades modernas están construidas sobre el terreno fértil de la inseguridad porque son sociedades de individuos que no encuentran, ni en ellos mismos, ni en su medio inmediato, la capacidad de asegurar protección” (2008: 13). Este autor, analizando la sociedad salarial y su crisis, pero es válido el interrogante para lo sucedido con la pandemia, señala que la proliferación de riesgos contribuyó a cuestionamientos al Estado social, es decir “¿cómo podría controlar todos esos factores de incertidumbre?” (Castel, 2012, p. 36), pregunta más que acertada para pensar en el rol del Estado durante la pandemia y, también, para escenarios futuros.

La CEPAL considera que la crisis del COVID-19 puso en foco el rol de los sistemas de protección, la necesidad de robustecerse y la capacidad de respuesta frente a emergencias en un contexto de extrema incertidumbre (CEPAL, 2020). La incertidumbre emerge como producto de las transformaciones en los marcos normativos -tradicionalmente bajo la modalidad de políticas sociales- que establecen los modos de vinculación de las personas con la sociedad, en este caso frente a las metamorfosis de la sociedad salarial. Asimismo, la incertidumbre puede identificarse como aquella conciencia vinculada al convivir con la inseguridad del futuro, es decir,

como un modo de vivir signado por la falta de garantías. Robert Castel (2012) señala que una sociedad “se convierte cada vez más en una sociedad de los individuos es también una sociedad en la cual la incertidumbre aumenta de una manera virtualmente exponencial porque las regulaciones colectivas para dominar todos los avatares de la existencia están ausente” (p.30). Castel (2012) mencionaba que:

“No todos los riesgos pueden ser combatidos en paridad habida cuenta de los conocimientos que tenemos de ellos, de las tecnologías de que disponemos y también de los medios financieros que se pueden asignar a dicha tarea, y que no son infinitos. De ahí la necesidad de construir una especie de deontología frente a los riesgos. Consistiría en distinguir los riesgos, luchar contra la tendencia a adicionarlos y arbitrar entre aquéllos que se deben tener en cuenta de manera prioritaria”. (p. 34)

Para este autor, los riesgos se presentan de manera heterogénea en relación a su origen, su estructura y los efectos que pueden derivarse de los mismos, y tienen un elemento en común que es el miedo y la amenaza, aunque no se pueden concebir como acumulables.

Otras conceptualizaciones asocian el manejo del riesgo al logro de bienestar. Martínez Franzoni (2008) se remonta a Esping-Andersen quien argumentaba que los regímenes de bienestar son arreglos sociales que abordan de diferente manera las estructuras de riesgo en cada sociedad. Esta autora se distancia del enfoque neoclásico porque, según su postura, los riesgos se construyen socialmente antes que definirse objetiva o individualmente.

Beck (1998) sostendrá que la incertidumbre es una característica intrínseca de las sociedades contemporáneas, pues las problemáticas pueden neutralizarse más no eliminarse, lo que erosiona las bases de confianza en torno a la factibilidad técnica o del conocimiento científico. Este autor no debe haber pensado en una incertidumbre total y global de una pandemia que afectó todas las esferas de la vida cotidiana de las personas por mucho tiempo, pero sus afirmaciones se encuadran perfectamente con lo sucedido a raíz del COVID-19. En la misma línea, para Castel (2008) estar protegido es “estar a salvo de los imponderables que podrían degradar el estatus

social del individuo” (p. 35). Múltiples estudios realizados con posterioridad al año 2020 describen las afecciones de los sujetos (CEPAL, 2020; Benza y Kessler, 2021). Si bien Castel describe la consolidación de las protecciones sociales en torno al trabajo y al Estado como actor central en la organización de dispositivos referidos a la cuestión, a la vez opera como un reductor de riesgos asociados. La pandemia ha afectado la posibilidad de trabajar para varios sectores: aquellos considerados “no esenciales” y a los trabajadores informales. Dos tipos de medidas tomadas por el Estado argentino, el IFE y el ATP, buscaron ofrecer algún tipo de protección, lo que es válido preguntarse es sobre el grado de protección ofrecida/otorgada. Ceccini y Martínez (2015) consideran que la protección social se orienta a garantizar un nivel básico de bienestar social y económico para que los individuos, miembros de una sociedad, puedan obtener y sostener niveles de vida óptimos, que puedan acceder sin obstáculos a los servicios sociales y al trabajo decente. Estos autores dan cuenta de lo imprescindible que la protección social sea integral y que articule la oferta en los diferentes niveles de gobierno.

Un aspecto central para analizar la protección social del Estado argentino frente a la crisis del COVID-19 son los sectores a los que buscó proteger y las desigualdades que se suscitaron como consecuencia de las protecciones ofrecidas y las efectivamente otorgadas. U. Beck afirma que “las posibilidades y las capacidades de enfrentarse a las situaciones de riesgo, de evitarlas o de compensarlas, parecen estar repartidas de manera desigual para capas de ingresos y educación diversas” (2006, p. 50). Si bien Beck escribió *La sociedad del riesgo* más de tres décadas antes de la pandemia, una de sus tesis permite pensar en las protecciones que se implementaron frente al riesgo que supuso el ASPO (y la pandemia en sí). Este autor manifestaba que “la manera reflexiva y económicamente poderosa de enfrentarse a los riesgos afianza viejas desigualdades” (Beck, 2006, p. 51). La pandemia hizo evidente de una manera ineludible las desigualdades existentes en cuanto al uso de tecnologías y recursos pedagógicos digitales y las brechas de acceso al conocimiento en función del capital cultural y social de los sujetos. En relación al empleo, hay diversas estimaciones del posible aumento de la informalidad; sin embargo, existe

consenso respecto que habrá un incremento, siguiendo la literatura que enuncia que, ante una crisis, la informalidad crece y la posibilidad de perder el trabajo a los empleados formales se acrecienta. En áreas como salud, vivienda también se evidenciarán desigualdades que se anclarán a las ya existentes; un dato aparte es el aumento en las brechas de género dado la familiarización de las tareas de cuidado (CEPAL, 2020; Filgueira, 2020; Benza y Kessler, 2021, entre otros).

Beck habla de una fuga privada frente a las situaciones de riesgo, sin embargo, éstas se condicionan. Este autor ejemplifica la idea:

“[La] fuga privada puede ser útil en relación a algunos alimentos, pero en el aprovisionamiento de agua todas las capas sociales dependen de la misma conducción; y que las barreras específicas de clase caen ante el veneno que contiene el aire que todos respiramos queda muy claro”. (Beck, 2006, p.51)

La idea desarrollada por este autor en la década del '80 a partir de la catástrofe nuclear de Chernobyl permite obtener pistas de análisis del escenario actual, Beck afirmaba que no vivimos en una sociedad salarial sino en una sociedad del riesgo, lo que marcaba una nueva modernidad. Según este autor, era una manera de señalar que vivimos en tiempos inciertos. Ante esta idea, Castel consideraba que “la construcción de una sociedad de la seguridad, a través de la mutualización de este tipo de riesgo mediante la tecnología del seguro obligatorio con garantía del Estado social es el núcleo de la protección social” (Castel, 2012, p.30). Las líneas de discusión que se (re)abrieron a partir de la pandemia con el debate sobre el ingreso universal o ciudadano en Argentina se encuadran en estos postulados a partir del pasaje de las políticas sociales, en tanto una protección social contributiva de base salarial, hacia un modelo no contributivo (Filgueira y otros, 2020), donde se logre articular a los derechos sociales, la perspectiva del género y los derechos del cuidado (Scarponetti, 2020).

IV. ¿A quiénes busco *proteger*?

Según datos provistos por el ANSES, la cantidad de beneficiarios y beneficiarias fue de 8.857.063 personas; entre ellos hay una mayor proporción de mujeres

(55,7%) que de varones (44,3%). En el Boletín que ANSES (2020) elaboró se explica que esta distribución puede ser explicada

“Principalmente por tres fenómenos: por un lado, la desigualdad de género se siente más en los estratos más vulnerables de la población; por el otro, en caso de haber más de un/a solicitante por hogar se le dará prioridad a la mujer y, finalmente, alrededor del 27% de los beneficios de IFE se otorgaron a titulares de AUH donde la proporción de mujeres supera al 90%”. (p. 8)

Al comienzo de su implementación se esperaba que la demanda ascienda a 3 millones de personas, la misma fue muchísimo mayor mostrando que la informalidad en nuestro país es un fenómeno significativo. CEPAL alerta sobre los efectos acumulados de las crisis socio-económicas para sectores sociales como los trabajadores informales, y dentro de ellos de migrantes, mujeres, personas con discapacidades, entre otros. Podemos afirmar que hay una desigualdad estructural y déficit de protección social que la pandemia recrudeció.

Volviendo a los datos, si bien la distribución del IFE entre varones y mujeres no es significativamente desigual, lo que es válido resaltar es que en la normativa se enuncie la priorización de la mujer en la asignación del beneficio en caso que, en el mismo hogar, se hubiese inscripto más de una persona. Esta enunciación reaviva el debate sobre la ampliación de la responsabilidad en manos de las mujeres de las tareas de cuidado y cómo el diseño de políticas sociales refuerza la idea que la familiarización del cuidado recaiga en las mujeres, mostrando que las políticas sociales actuales contribuyen a naturalizar y perpetuar las desigualdades de género. La elección de la mujer/madre como beneficiaria/receptora de Programas de Transferencias Monetarias Condicionadas, en Argentina y en América Latina, se asienta en la idea que las mujeres hacen mejor uso de las transferencias de ingresos que los varones al destinarlos efectivamente a los niños, niñas y adolescentes. En el contexto de la pandemia, diversas estimaciones afirman que durante el año 2020 se profundizó el grado de familiarización de las tareas de cuidado, ya característico de Latinoamérica. Además, las dificultades varían de acuerdo con la composición del hogar:

“Los hogares monoparentales, en su gran mayoría encabezados por mujeres, se encuentran en una situación crítica ya que las mujeres tienen que seguir ocupándose

tanto de la provisión económica como del cuidado de niños y niñas en las condiciones limitantes de la pandemia (...) En tanto el trabajo de cuidado es llevado a cabo fundamentalmente por las mujeres, un interrogante central es qué consecuencias ha tenido la mayor demanda de cuidados sobre la división del trabajo por género dentro de los hogares, en particular en aquellos formados por parejas heterosexuales con hijos”. (Benza y Kessler, 2021, p.162)

Las burocracias asistenciales siguen teniendo como deuda el no cuestionamiento de la división sexual del trabajo en los hogares como eje central de desigualdades de género.

Respecto a la edad, la mayor concentración del beneficio se encuentra entre los jóvenes de 25 a 34 años, alcanzando al 33,3% de la prestación, seguido por las personas del rango etario anterior (28,2%), es decir de 18 a 24 años. Los que menos demandaron el beneficio fueron los de 55 a 65 años (7,1%). Respecto a la focalización del IFE en trabajadores del sector informal de la economía, y en la preferencia de las mujeres como receptoras, podemos ver, como señalan Benza y Kessler (2021) que:

“A diferencia de lo que se observó en otras crisis económicas, con el *shock* del covid-19 el sector informal no actuó como refugio de quienes perdieron sus empleos, y los trabajadores informales estuvieron entre los más afectados (...) la acentuada pérdida de trabajos en el sector informal potenció la concentración de los efectos negativos de la crisis en los grupos más desfavorecidos. (...) También las mujeres se vieron especialmente afectadas por la crisis: las pérdidas de trabajo han sido más acentuadas en este segmento”. (p. 148)

Según datos del INDEC, en el segundo semestre del 2019 los hogares bajo la línea de pobreza eran el 25,9% (y el 35,4% de los y las argentinas), esos valores ascienden al 30,4% de los hogares (40,9% en el caso de personas) en el primer semestre del 2020; guarismos que aumentan durante el segundo semestre: 31,6% de los hogares y 42% de personas pobres³. Estos datos muestran claramente lo que señalan Benza y Kessler (2021) “la caída de los ingresos ha redundado en el deterioro de las condiciones materiales de vida de amplias franjas de la población”

³ Ver https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_09_21324DD61468.pdf

(p. 149). En ese sentido es que podemos afirmar que la crisis del COVID-19 llevó a una profundización de la desigualdad social ya presente, por eso es que debemos pensar que la pandemia del coronavirus es/fue una crisis dentro de una crisis: acrecentó desigualdades estructurales ya existentes, y ese incremento será muy significativo.

Al poner la lupa sobre el monto determinado, recordemos 10.000 pesos por hogar, debemos analizar su impacto en la supervivencia de los hogares, que era el objetivo del IFE. En Abril de 2020, la Línea de Pobreza para un adulto equivalente se ubicaba entre \$11.122,89 para el Noroeste Argentino y \$16.185,45 para la región patagónica⁴ (la región con el valor más bajo y la región con el valor más alto de territorio argentino). Estos valores son para una sola persona, si consideramos un hogar tipo (dos adultos, hombre y mujer entre 30 y 45 años, y dos niños/as de 8 y de 10 años) el monto debe multiplicarse por 3,24. En septiembre de 2020, la Línea de Pobreza para un adulto equivalente se ubicaba entre \$12.376,71 para el Noroeste Argentino y \$17.998,71 para la región patagónica⁵. Estos valores supusieron un incremento del 11,2%, para el caso del Noroeste, y 11,1% para el caso de la Patagonia. Si tenemos en cuenta un hogar de 4 miembros como el descrito anteriormente, los valores necesarios para no ser pobres eran de \$40.100,54 para residentes en el noreste y de \$58.315,82 para el hogar patagónico. Valores muy superiores al IFE, en tanto Ingreso Familiar. Si pensamos al IFE como un beneficio económico que se distribuyó a fin de que los hogares pudieran subsistir alimentariamente durante el ASPO y unos meses del DISPO, analicemos su impacto en la provisión de alimentos en los hogares. Durante abril de 2020, mes del 1er. pago del IFE, un varón entre 30 a 60 años residente en el noroeste de nuestro país necesitó \$5.032,98 y un poblador de la Patagonia \$5.972,49, si este valor lo trasladamos a los grupos familiares (pensando en una familia de 4 miembros, 2 adultos y dos niños/as) asciende a \$16.306,85 y a \$19.350,86, respectivamente. En el noroeste del país supera el 60% del monto recibido por el IFE, y en el sur casi lo

⁴ Ver https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_01_200703093514.pdf

⁵ Ver https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_02_2082FA92E916.pdf

duplica. Para septiembre y en un hogar como el señalado, el porcentaje de la Canasta Básica Alimentaria es mayor al 77% en el noroeste y al 110% en la Patagonia de los 10 mil pesos que los hogares percibieron por el IFE (pensando en hogares donde no se recibiera la AUH o AUE).

V. ¿Se estuvo protegido durante la pandemia? Notas a partir de voces de pampeanos y pampeanas.

Como resultado de entrevistas cualitativas realizadas en la ciudad de Santa Rosa, capital de la provincia de La Pampa⁶ a aspirantes y/o beneficiarios/as de IFE se evidencian demandas al Estado a ser/estar protegidos. Podemos destacar frases que se repitieron entre los y las entrevistadas que permiten delinear tres notas para adentrarnos en aspectos relevantes de las políticas sociales.

Primera nota: *“Es una emergencia”*, lo que evidencia la explícita demanda a la protección, y especialmente el objeto de esa petición es el Estado. En palabras de Castel (2008) “así, la demanda de Estado aparece más fuerte en las sociedades modernas que en la sociedades que lo precedieron (...) ahora la presión se ejerce esencialmente sobre el Estado, a riesgo que se le reproche ser demasiado invasivo” (p. 31). La demanda ante la emergencia se enmarca en el riesgo social dado por la pandemia. Para muchos entrevistados y entrevistadas fue la primera vez que aspiraban a la asistencia por parte del Estado, como única alternativa ante una situación inmensamente extraordinaria, estas personas dan cuenta que el Estado opera como refugio ante casos extremos y es capaz de desplegar los dispositivos necesarios para su abordaje. Esto no quita las fuertes críticas al grado de protección que se ofertó: el monto muy bajo, la cantidad insuficiente de rondas otorgadas frente a la duración de la pandemia, la cantidad de personas que no fueron incluidas, los errores en el sistema de inscripción, de selección de beneficiarios/as y de cobro. La

⁶ Entrevistas realizadas en el marco del proyecto “*El sostén público a la supervivencia de hogares y unidades económicas en la urgencia. Iniciativas, mediaciones y alcances de la asistencia en perspectiva comparada*”- Nodo Santa Rosa- Toay (La Pampa). Dirección general: Dra. Mariana Heredia (UBA). Directora Nodo Santa Rosa-Toay (LP): Dra. Andrea Lluch. PISAC-COVID. Financiado por Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación.

idea de emergencia y de urgencia conlleva la demanda por la celeridad de respuesta. Según estudios de CEPAL entre marzo de 2020 y enero de 2021 se adoptaron 297 medidas en 32 países de América Latina y El Caribe; un poco más de la mitad de ellas fueron anunciadas en marzo, hacia el 28 de abril de 2020 se habían anunciado el 66% y para agosto el 85%, es decir 252 medidas. Esos datos muestran la rápida activación de respuestas por parte de los Estados ante la urgencia. Varios de los entrevistados y entrevistadas valoraron que el Estado argentino en pocos días implementó dos medidas de protección ante la emergencia, aunque se mostraron críticos en el tiempo transcurrido entre la inscripción y el acceso real al beneficio.

Segunda nota: *“A los que no podíamos trabajar”* da cuenta de la sociedad salarial que describen autores como Castel, Rosanvallion y Beck, de cómo se organizan las distintas esferas de la vida cotidiana y la supervivencia partir de la relación con el salario, y como este tipo de organización ha mutado pero no desaparecido. Y además, tiene como característica la desigualdad. “la sociedad salarial sigue estando fuertemente diferenciada y, para decirlo sin eufemismos, es fuertemente desigualitaria. Pero al mismo tiempo fuertemente protectora” (Castel, 2008, p.45). Aquí entra en juego cómo la demanda a la protección ante situaciones de extrema necesidad recae en el Estado, nuestros entrevistados y entrevistadas señalaron que la imposibilidad de desempeñar las actividades laborales habituales fue para muchos sectores sociales y, que si bien, varias organizaciones sociales y comunitarias desplegaron muchas acciones de ayuda y asistencia, incluso individuos en forma particular, la mayor responsabilidad recae en el Estado, que es el garante del bienestar de las personas, una entrevistada lo resumió: *“al final está el Estado, que puede...”*. Nuestros entrevistados y entrevistadas evidencian lo que Castel (2008) señala respecto que “se ha vuelto natural estar protegido, lo que significa también que se ha vuelto natural reivindicar que el Estado asegure la protección” (p.85). La intersección entre las dos notas señaladas anteriormente muestra cómo se pone en juego el derecho a la asistencia que nos permite pensar delinear una tercera nota.

Tercera nota: *“el Estado nos tienen que ayudar”*. Las personas entrevistadas

deslizan que entre la emergencia y sus consecuencias en relación a la provisión mercantilizada de bienestar el Estado debe tener un rol activo y se legitima su inclusión en los beneficios y prestaciones ofrecidos en su derecho a la supervivencia, *“si yo no podía trabajar, no tenía ingresos, ¿qué iba a hacer?, ¿quién se iba a ocupar de mí, de mi familia?... creo que por el eso el IFE estuvo bien, ayudó, fue un salvavidas...”* Ahora la pregunta es la temporalidad de *“esos salvavidas”*. Una funcionaria provincial de la primera línea de gestión e implementación de las políticas sociales nos mencionó que las prestaciones que la provincia implementa se consideran *“derechos adquiridos”*. Si bien puede identificarse un punto de encuentro, las visiones de los diferentes actores (Estado y beneficiarios) no dejan de dar cuenta de tensiones, que en el caso del IFE se manifestaron, y en algunos casos, se agravaron. Castel (2012) afirma que *“hay un difícil debate que plantear y un equilibrio que encontrar entre lo que puede depender de la responsabilidad personal y lo que debe depender de la solidaridad nacional en la cobertura de riesgos”* (p.31).

VI. Consideraciones finales

¿Qué deja la pandemia?, ¿cuáles fueron las formas de estar protegido post-pandemia del COVID-19? Podemos hacernos eco de lo afirmado por Filguiera y sus colegas (2020)

“Esta lección es importante en la nueva normalidad. Sistemas de aseguramiento universales poseen la ventaja de cubrir a toda la población afectada por el shock externo en forma perfectamente focalizada, sin errores de inclusión o de exclusión. Cuanto mayor es esta proporción de la población, menor es la necesidad de gasto genérico. Debe quedar claro que esta propuesta o pilar no es de carácter focalizado a priori; por el contrario, el aseguramiento es universal y lo que resulta focalizado es la activación de dicho aseguramiento”. (p. 64)

La implementación de una política social no contributiva, y a la vez sin condicionamientos, muestra que el Estado asumió el rol de proteger ante el riesgo social, en palabras de Castel y Beck, aunque hubo aspectos que el Estado no supo cómo proteger, dejando un espacio a otros actores sociales. Si bien, las características

mismas del ASPO llevaron a que el bienestar fuera provisto en menor medida por el mercado, la familiarización tuvo un rol importante que no deje invisibilizarse y que da lugar a nuevas hipótesis de trabajo frente a un contexto que se caracterizó por lo inédito y por la incertidumbre.

Bibliografía

- ANSES (2020). *Boletín IFE I-2020: Caracterización de la población beneficiaria*. Dirección General de Planeamiento – julio 2020. Disponible en <http://observatorio.anses.gob.ar/noticia/boletin-ife-i-caracterizacion-de-la-poblacion-beneficiaria-348>. Consulta enero 2022.
- BECK, Ulrich (1998). *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós.
- BENZA, Gabriel & KESSLER, Gabriela (2021). *“El impacto de COVID-19 en América Latina”. La ¿nueva? Estructura social de América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- CASTEL, Robert (2008). *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires: Ed. Manantial.
- CASTEL, Robert (2012). *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. Buenos Aires: FCE.
- CECCHINI, Simone & MARTÍNEZ, Rodrigo (2011). *Protección social inclusiva en América Latina: una mirada integral, un enfoque de derechos*, Libros de la Cepal, (LC/G.2488-P), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- CEPAL (2020). “El desafío social en tiempos del COVID-19”, *Informe Especial COVID-19* N°3.
- FILGUEIRA, Fernando, GALINDO, Luis Miguel, GIAMBRUNO, Cecilia y BLOFIELD, Merike (2020). “América Latina ante la crisis del COVID-19: vulnerabilidad socioeconómica y respuesta social”, serie Políticas Sociales, N° 238 (LC/TS.2020/149), Santiago, Comisión Económica para

América Latina y el Caribe (CEPAL).

- FIQUEPRON, Maximiliano Ricardo (2018). “Saberes expertos y profanos en torno a las epidemias de fiebre amarilla y cólera en Buenos Aires (1867-1871)”, *Investigaciones y Ensayos*, 66, abril-septiembre. Disponible en: https://www.iye.anh.org.ar/index.php/iye/article/view/30/IyE_N_66_A3
- LEDERMANN, Walter (2003). “El hombre y sus epidemias a través de la historia”, *Revista chilena de infectología*, 20. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-10182003020200003&lng=es&nrm=iso
- MARTÍNEZ FRANZONI, Juliana (2008). *Domesticar la incertidumbre en América Latina. Mercado laboral, política social y familias*. Costa Rica: Editorial de la Universidad de Costa Rica.
- PODER EJECUTIVO NACIONAL (2020). Decreto 260/2020 “Emergencia sanitaria – Coronavirus (COVID-19).
- PODER EJECUTIVO NACIONAL (2020). Decreto 297/2020 “Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio”
- PODER EJECUTIVO NACIONAL (2020). Decreto 310/2020 “Ingreso familiar de emergencia”
- PRECIADO, Paul (2020). Aprendiendo del virus, en AGAMBEN, Giorgio; ZIZEK, Slavoj; NANCY, Jean Luc; BERARDI, Franco; LÓPEZ PETIT, Santiago; BUTLER, Judith; BADIOU, Alain; HARVEY, David; HAN, Byung-Chul; ZIBECCHI, Raúl; GALINDO, María; GABRIEL, Markus; YAÑEZ GONZÁLEZ, Gustavo; MANRIQUE, Patricia y PRECIADO, Paul B., *Sopa de Wuhan Sopa de Wuhan*, La Plata: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).
- SCARPONETTI, Patricia (2020). *Políticas sociales en el siglo XXI. Notas analíticas para observaciones comparativas entre Uruguay, Chile y Argentina*. INCASI Working Paper Series 2020, No. 10. Disponible en https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/2021/248719/INCASI_Working_Paper_Series_a2020n10.pdf

Derecho y pandemia. El escándalo de la muerte contemporánea

Law and pandemic. The scandal of contemporary death

Por Marina Goralí

Resumen: Jean Luc Nancy (2020) refería a la pandemia como un virus demasiado humano. Esto es un virus ligado a nuestros modos de producción y consumo; al uso ilimitado de todas las fuerzas disponibles, naturales y humanas, con miras a una producción que no tiene otra finalidad más que ella misma. El virus, señala Nancy, viene a señalarnos que hay límites. A partir de esta lectura, el artículo propone tres aportes conceptuales para repensar nuestro modo de habitar el mundo. Mundo no como un concepto autoevidente sino como lo indeterminado que cada nueva generación deberá concebir y crear. Asimismo reflexiona sobre el lugar del derecho en el marco de dicho desafío.

Palabras clave: pandemia; homo faber; instrumentalidad; crítica; tiempo; alteridad.

Abstract: Jean Luc Nancy (2020) referred to the pandemic as an all-too-human virus. This is a virus linked to our modes of production and consumption: to the unlimited use of all available forces, natural and human, with a view to a production that has no other purpose than itself. The virus, Nancy points out, comes to show us that there are limits. From this reading, the article proposes three conceptual contributions to rethink our way of inhabiting the world. World not as a self-evident concept but as the indeterminate that each new generation must conceive and create. It also reflects on the place of law in the framework of this challenge.

Keywords: pandemic; homo faber; instrumentality; critique; time; otherness.

Fecha de recepción: 12/03/22

Fecha de aceptación: 29/04/22



Derecho y pandemia. El escándalo de la muerte contemporánea

Por Marina Gorali*

I. Introducción

Jean Luc Nancy¹ (2020) refería a la pandemia como un virus demasiado humano. Esto es un virus ligado a nuestros modos de producción y consumo; al uso ilimitado de todas las fuerzas disponibles, naturales y humanas, con miras a una producción que no tiene otra finalidad más que ella misma. El virus, señala Nancy, viene a señalarnos que hay límites.

Tomando en consideración estas palabras me parece que nos enfrentamos como comunidad jurídica y universitaria pero también como comunidad política a un profundo y complejo desafío. El desafío de actuar (en el sentido arendtiano del término) a nivel de las políticas sanitarias, redistribución equitativa de vacunas, modelos de desarrollo sustentables que promuevan el respeto de la biodiversidad, las economías solidarias, la inclusión social, el acceso a la justicia, alimentación y vivienda digna para todas y todos, democratización de saberes, gratuidad educativa.

Pero fundamentalmente nos enfrentamos al desafío de actuar a nivel de las condiciones que producen y reproducen nuestros modos de habitar el mundo. En ese sentido, me interesaría situar tres aspectos que se presentan, a mi criterio, bajo el modo de una urgencia. Y digo urgencia porque como bien decía aquel poema de

* Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesora (Universidad de Buenos Aires / Universidad Nacional de Avellaneda). Correo electrónico: marinagorali@derecho.uba.ar

¹ Este artículo recepta la exposición realizada en el marco del encuentro sobre “Derecho y Pandemia” organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, el Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho (UBA), la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, el Departamento de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho (UBA), el Máster en Cultura Jurídica (Universitat de Girona) y Faculdade de Direito e Relações Internacionais (UFGD) en Agosto de 2021, del que participaron las y los Profesores Ricardo Rabinovich Berkman, Antonio Gomes Moreira Maues, Gisele Guimaraes Cittadino, Thaisa Maira Rodrigues Held, Tiago Resende Botelho, Gonzalo Ana Dobratinich y quien escribe. Asimismo constituye un homenaje al Profesor Jean Luc Nancy, fallecido la noche del 23 de Agosto, días después del encuentro. Dejaba como legado no sólo una filosofía sobre el cuerpo, la existencia, la comunidad, las alteridades sino la imperiosa necesidad de aprender a respirar de nuevo.

Néstor Perlongher: hay cadáveres. En el marco de esta “dialéctica del desastre” tomo prestada la expresión a Bensaid (2021)- necesitamos con urgencia:

1. Desplazar las racionalidades instrumentales que han venido a regazo de la modernidad misma, de la mano del proyecto ilustrado pero exacerbado a su vez por el Positivismo Científico. Racionalidad que ha organizado y continúa organizando aún la experiencia y nuestro modo de estar en el mundo a partir de la reificación, la instrumentalidad o sea las categorías medio fin, el dominio ilimitado de la naturaleza e inclusive el dominio de lo ilimitado mismo.
2. Problematizar el paradigma del progreso y la temporalidad que éste trae aparejada. Progreso que, como mostraba Benjamin en sus conocidas tesis sobre el concepto de historia, no constituye más que la contracara de la barbarie, donde las ruinas y muertes se acumulan a sus pies.
3. Inscribir una ética de la alteridad como lugar de enunciación. Ahí las filosofías de la alteridad pueden ser un punto de apoyo. Me refiero a Franz Rosenzweig, Emmanuel Lévinas y Mijail Bajtin en la lingüística rusa.

II. Homo Faber, instrumentalidad y dominio de lo ilimitado

Un recurso imprescindible para repensar las racionalidades que organizan nuestro estar en el mundo lo constituyen los desarrollos de Hannah Arendt, especialmente en “La condición humana”, desarrollos sintetizados en la conferencia dictada en el año 1957, titulada “Labor, trabajo, acción”. En estos textos Arendt se pregunta en qué consiste la vida activa identificando allí tres actividades: la labor, la fabricación y la acción. Mientras que la labor es una actividad que corresponde a los procesos biológicos del cuerpo donde se produce lo necesario para alimentar el proceso de la vida, la fabricación está enteramente determinada por las categorías medio-fin conteniendo siempre presente un elemento de violación y violencia. Arendt (1993) escribe: “El homo faber se convierte en amo y señor de la propia naturaleza en la medida en que viola y destruye lo que le fue dado” (p.160).

Mientras que el animal laborans nutre la vida, el homo faber se comporta como dueño, propietario de la Tierra sobre la que pretende ejercer un dominio.

El problema no es la instrumentalidad per se sino la generalización de la experiencia de la fabricación donde la utilidad es establecida como modelo para la vida y el mundo. Me refiero al mundo no como un concepto autoevidente sino -al decir de Tatián (2019)- como lo indeterminado que cada nueva generación deberá concebir y crear. Para Arendt, y ésta constituye una de sus principales preocupaciones, el homo faber, bajo el disfraz del utilitarismo, propone el gobierno de la instrumentalidad, generando una ilimitada instrumentalización de todo lo que existe. Y lo que es más alarmante: identificando a la fabricación con la acción. Arendt (1993) expone:

“...entre las características de la Época Moderna desde su comienzo hasta nuestros días encontramos las actitudes típicas del homo faber, su instrumentalización del mundo, su confianza en los útiles y en la productividad del fabricante de objetos artificiales, su confianza en la total categoría de los medios y fin, su convicción de que cualquier problema puede resolverse y de que toda motivación humana puede reducirse al principio de utilidad, su soberanía, que considera como material lo dado y cree que la naturaleza es un inmenso tejido del que podemos cortar lo que deseemos para recoserlo a nuestro gusto, su desprecio por todo pensamiento que no se pueda considerar como el primer paso hacia la fabricación de objetos artificiales, en particular de útiles para fabricar útiles, por último, identificación de la fabricación con la acción”. (p. 330)

Es decir, la invasión, colonización de la racionalidad instrumental propia del homo faber del mundo de la política, del mundo de la acción. El espacio de aparición donde yo aparezco ante los demás y los demás aparecen ante mí. El lugar de la pluralidad, de la diferencia, de la revelación del quién, el lugar de la propia realización humana.² Que (y esto resulta crucial subrayarlo) nunca acontece en aislamiento. La acción a diferencia de la fabricación es siempre con otros y otras, y también con lo otro, lo distinto, lo diferente. La acción implica ante todo: alteridad (*otherness*) y a su vez, lenguaje, palabra, discurso.

² El espacio de la libertad, entendida como ejercicio realizado por una pluralidad. Judith Butler explica que Arendt rechaza la idea de libertad como estado natural (Butler, 2009, p. 57).

A través del relato sostenido en una búsqueda de significación compartible - como señala Julia Kristeva (1999)- Arendt lejos de pretender una obra total y totalizadora o la aspiración a la creación de un espacio político que sea en sí mismo una obra de arte, propone una mirada de la política que sucede en la medida en que esta vida política resiste precisamente a la propia estetización, concibiéndose como una actividad (una praxis) irreductible a su producto (poiesis). Una praxis que se deja compartir por una pluralidad irreductible de los vivientes. (p. 113). En este sentido, Kristeva muestra cómo la reificación estetizante de lo político que se descubre en el nazismo y en el fascismo no devela la esencia no-política de lo político, como ha podido leerse, sino más bien su muerte. Tema que estará profundamente presente en las preocupaciones expresadas por Benjamin en su conocido texto sobre la obra de arte en la época de la reproductividad técnica. Benjamin (2007) desarrolla:

“La proletarización creciente del hombre actual y el alineamiento también creciente de las masas son dos caras de uno y el mismo suceso. El fascismo intenta organizar las masas recientemente proletarizadas sin tocar las condiciones de la propiedad... El fascismo ve su salvación en que las masas lleguen a expresarse (pero ni por asomo hagan valer sus derechos)... En consecuencia desemboca en un esteticismo de la vida política. A la violación de las masas, que el fascismo impone por la fuerza en el culto a un caudillo, corresponde la violación de todo un mecanismo puesto al servicio de la fabricación de valores culturales. Todos los esfuerzos por un esteticismo político culminan en un solo punto. Dicho punto es la guerra”. (p. 181).

La humanidad se convierte así en espectáculo de sí misma. Su auto-alienación ha alcanzado un grado que le permite vivir su propia destrucción como un goce estético de primer orden.

Vuelvo a Arendt, “la esencia del quien es alguien que no puede ser reificada por ese alguien” (p. 257). La idolatría del genio fabricado equivale, como bien lee Kristeva, a la misma degradación de la persona humana también recubierta por los grandes principios de la sociedad comercial. Desconocido por los antiguos,

inventado por el Renacimiento, el fenómeno del genio sería una justificación suprema del homo faber (Kristeva, 1999, p, 118)³.

En este sentido es preciso también considerar el componente religioso que porta silenciosamente dicha figura. Como bien dice Arendt en *La condición humana*, la productividad del homo faber es considerada a imagen de un Dios-Creador. Cuestión que también inquietará a Benjamin en aquel inacabado texto sobre el capitalismo como religión. Un texto del 1921, publicado póstumamente en 1985 en la edición de la *Obras Completas* que efectuaron Tiedemann y Schweppenhäuser. Allí Benjamin, inspirado en el trabajo de Max Weber, da cuenta de la estructura religiosa del capitalismo. Describiéndolo como un culto sin tregua y sin piedad⁴ tras el ímpetu totalizante de la conversión del mundo al consumo. Todo tiempo es adecuado para rendir culto al capital, un culto impiadoso y culpabilizante⁵. Benjamin habla allí de una demoníaca ambigüedad, ambigüedad por la cual las deudas financieras (Schulden) siempre sirven como un índice de culpa legal, moral y afectiva (Schuld):

“En el capitalismo puede reconocerse una religión. Es decir: el capitalismo sirve esencialmente a la satisfacción de los mismos cuidados, tormentos y desasosiegos a los que antaño solían dar una respuesta las llamadas religiones. La demostración de esta estructura religiosa del capitalismo –no sólo, como opina Weber, como una formación condicionada por lo religioso, sino como un fenómeno esencialmente religioso– derivaría aún hoy en una polémica universal desmedida. No podemos estrechar aún más la red en la que nos encontramos.” (Benjamin, 2009, p. 53).

³ Explica la autora que, frustrados por desaparecer en las fabricaciones que borran el “quien”, el hombre/mujer modernos buscan lo que podría trascender al oficio y al objeto, con el resultado de que reifican esa misma trascendencia, fabricando al genio. (Kristeva, 1999, p. 118).

⁴ “Tres rasgos, empero, son reconocibles, en el presente, de esta estructura religiosa del capitalismo. En primer lugar, el capitalismo es una pura religión de culto, quizás la más extrema que jamás haya existido. En él, todo tiene significado sólo de manera inmediata con relación al culto; no conoce ningún dogma especial, ninguna teología. Bajo este punto de vista, el utilitarismo gana su coloración religiosa. Esta concreción del culto se encuentra ligada a un segundo rasgo del capitalismo: la duración permanente del culto. El capitalismo es la celebración de un culto sans rêve et sans merci” (Benjamin, 2009)

⁵ “El capitalismo es, presumiblemente, el primer caso de un culto que no expía la culpa, sino que la engendra” (Benjamin, 2009)

III. El progreso como barbarie

Es la alegoría de la tesis IX de Benjamin⁶ la que expresa en su doble dimensión crítica y profética las miserias catastróficas del ideal moderno de progreso. La tesis habla de un cuadro de Klee que se llama *Angelus Novus*, en él, escribe Benjamin, vemos a un ángel que parece estar alejándose de algo mientras lo mira con fijeza. Tiene los ojos desorbitados, la boca abierta y las alas desplegadas. Ese es el aspecto que debe mostrar necesariamente el ángel de la historia. Su rostro está vuelto hacia el pasado. Donde se nos presenta una cadena de acontecimientos, él no ve sino una sola y única catástrofe, que no deja de amontonar ruina sobre ruina, arrojándolas a sus pies. Querría demorarse, despertar a los muertos y reparar lo destruido. Pero desde el paraíso sopla una tempestad que se ha aferrado a sus alas, tan fuerte que ya no puede cerrarlas. La tempestad lo empuja irresistiblemente hacia el futuro, al cual da la espalda, mientras que frente a él las ruinas se acumulan hasta el cielo. Esa tempestad es lo que llamamos progreso.

Se trata de un texto de una gran profundidad que traduce entre otras cosas la crítica romántica al ideal ilustrado del progreso, donde el ángel de la historia testimonia boquiabierto y desorbitado la montaña de ruinas que arroja a sus pies. Quisiera reparar lo destruido más no puede, desde el Paraíso sopla una tempestad llamada progreso que lo empuja irresistiblemente hacia el futuro. Esta tempestad del progreso se constituirá entonces para Benjamin como la contracara inevitable de la catástrofe. En “Parque Central. Fragmentos sobre Baudelaire”, texto de 1938 señala: “Es preciso fundar el concepto de progreso sobre la idea de catástrofe”

⁶ Cuenta Michel Löwy que Benjamin entregó el texto de las tesis a amigos cercanos como Hannah Arendt y Theodor Adorno sin intención de publicarlo. Este documento muestra “la expresión última y concentrada de ideas” que atraviesan sus escritos. En una de las últimas cartas a Gretel Adorno (comenta Löwy) Benjamin escribe: “La guerra y la constelación que la ha provocado me llevaron a trasladar al papel algunos pensamientos, sobre los cuales puedo decir que los converso en mí -e incluso los preservo de mí-desde hace alrededor de veinte años” (Löwy, 2003, p. 39). Es interesante también destacar la íntima amistad y vinculación filosófica entre Benjamin y Scholem, relación que imprime su marca en este ensayo. El título de las tesis estaría a criterio de Löwy inspirado en un manuscrito inédito de Scholem titulado “Thesen über Begriff der Gerechtigkeit” (Tesis sobre el concepto de justicia) con fecha 1919-1925.

(Benjamin, 1993, p. 242). Como bien señala Löwy (2003) en sus comentarios, el proceder de Benjamin consiste en desmitificar el progreso y posar su mirada teñida de un dolor profundo e inconsolable -pero también de una enorme rebelión moral (yo diría política)- sobre las ruinas producidas por él. Ruinas que no constituyen un objeto de contemplación estética sino una imagen conmovedora de las catástrofes, masacres y devastación sangrienta de la historia.

Pensamiento inclasificable⁷, los escritos de Benjamin nos hablan de un crítico radical de la filosofía del progreso. Esta heterodoxia benjaminiana será también legataria y a la vez participe de lo que se conoce como la generación antipositivista de fines del siglo XIX y principios del XX. Generación que constituirá una clara rebelión contra la hegemonía del discurso positivista y los resabios de la tradición ilustrada, cuyo primer gran responsable, será Nietzsche. La crisis civilizatoria que, inscripta en el propio despliegue de la modernidad, se volverá el tema obsesivo de la generación postnietzscheana, a la que pertenecerán Buber, Rosenzweig, Benjamin, Scholem, Kafka, Bloch y Lukács. La fragmentaria escritura de Benjamin pondrá en juego una compleja inscripción filiatoria vinculada al romanticismo⁸, al materialismo histórico y al pensamiento judío (Löwy, 2003). Producción que no implica una mera combinación de fuentes o síntesis ecléctica sino de la invención a partir de ellas de una renovada mirada sobre el marxismo, la praxis, la estética, la temporalidad, el derecho y la justicia. Como bien muestra Susan Sontag (2001): “Apasionadamente, pero también irónicamente, Benjamin se colocaba en las encrucijadas”.

La crítica benjaminiana a la idea de progreso implica a su vez una crítica del tiempo; del tiempo y sus representaciones: “La idea de un progreso de la especie

⁷ Al respecto es dable destacar aquello que Susan Buck-Morss relata respecto a la edición del primer volumen de las obras completas publicado en 1972: “La edición ha implicado una refuncionalización del aparato filológico tradicional, basada en un método en el cual convergen intereses filológicos y políticos. En vez de presentar la gestación histórica de los textos como un proceso teleológico en el cual el producto finalizado aparece como monumento inmortal, esterilizado contra la historia, los editores abren los accesos a los textos.... Alienta la libertad de interpretación y atenúa el fetichismo de los “Grandes Libros” (Buck-Morss, 2005, p. 11).

⁸ El romanticismo implicando no sólo una escuela estética sino una profunda visión del mundo articulada sobre la base de una crítica a la civilización moderna capitalista y a la racionalidad instrumental que ésta trae aparejada; una crítica a la mecanización de la vida, a la reificación de las relaciones sociales y al desencantamiento del mundo.

humana a lo largo de la historia - escribe Benjamin en la tesis XIII - es inseparable de la idea de su marcha a través de un tiempo homogéneo y vacío” (Benjamin, 2007, 73). A este tiempo homogéneo y vacío, puramente mecánico y cuantitativo representado por el automatismo del reloj, Benjamin le opondrá un tiempo cualitativo, un tiempo actual. Benjamin introduce un concepto totalmente disruptivo que desarticula toda la filosofía de la historia, que es el de *Jetztzeit*⁹ que se lo suele traducir como tiempo-ahora. Concepto ligado al de interrupción del teatro de Brecht, donde se interrumpe el naturalismo bajo el cual los espectadores y las espectadoras quedan absortos y absortas.

Se trata entonces de interrumpir, de hacer estallar el *continuum* de la historia, pero sabiendo a su vez de su fugacidad, de su fragilidad. De su carácter fragmentario, astillado. Y de su íntima vinculación con el pasado, es decir de una privilegiada relación entre presente y pasado que no acontece bajo el modo de la causalidad sino el de la rememoración. La memoria como permanente actualización que inscribe y despliega en el presente un haz de posibilidades.

Esta imagen del valor de lo fragmentario puede verse reflejado, asimismo, en el interés de Benjamin por las citas y caligrafía pequeña¹⁰. Hannah Arendt muestra cómo opera en Benjamin el descubrimiento moderno de las citas. “En la forma de fragmentos de pensamiento las citas cumplen la doble función de interrumpir el flujo de la presentación con “fuerza trascendente” y de concentrar al mismo tiempo dentro de sí mismas lo que se presenta” (Arendt, 2007, 50). A partir del ensayo de Goethe, cuenta Arendt, las citas están en el centro de cada una de las obras de

⁹ Escribe el autor “El historicismo se conforma con establecer un lazo causal entre los diversos momentos de la historia. Pero jamás hay una realidad de hecho que sea, desde el comienzo y en concepto de causa, un suceso ya histórico. Llega a serlo, a título póstumo, gracias a acontecimientos de los que puede estar separado por milenios. El historiador que parte de allí deja de desgranar la sucesión de los acontecimientos como un rosario. Capta la constelación en la cual ha entrado su época con una época anterior perfectamente determinada. Funda así un concepto del presente como tiempo actual...” (Benjamin, 2007, p. 75).

¹⁰ Úrsula Marx comenta que el efecto de esta caligrafía en Benjamin, es decir, de la letra pequeña, expresa y reivindica a su vez la intención de incitar al lector y la lectora. “Coloca en su camino piedras de incitación que, por un lado, le impiden una lectura demasiado rápida pero que, en contrapartida, lo mueven a pensar”. Las micrografías de Benjamin, dice la autora, repelen la lectura accidental” (Marx, 2010, p. 57). Esta estética de lo pequeño se dirige a lo singular que contiene la miniatura del todo. En los temas marginales, la brevedad de los apuntes, los aforismos, los acertijos como formas de lo minúsculo se revela su aspiración de “dar cabida en un todo en los escritos más breves”.

Benjamin. Ese mismo hecho diferencia sus escritos de los trabajos académicos en los cuales la función de las citas es verificar. Ello es impensable en Benjamin. Las citas constituyen, quizás, el espacio especial a atender; espacio recreado al modo del montaje surrealista. La colección de más de seiscientas citas que enorgullecía a ojos de Arendt al autor no era una acumulación destinada a facilitar la redacción del estudio: “El trabajo principal de Benjamin consistía en arrancar fragmentos de su contexto original y ordenarlos de nuevo, de tal manera que se ilustraban mutuamente y podían dar prueba de su *raison d’être* en un estado de libertad de movimiento...” (Arendt, 2007, p. 60).

El ideal que tenía Benjamin era escribir una obra formada enteramente por citas montada de tal manera que no tuviera necesidad de un texto acompañante. Tal como indica Arendt (2007), para Benjamin, citar es nombrar:

“Hay buenas razones para que el interés filosófico de Benjamin se concentrara desde el principio en la filosofía del lenguaje, y para que finalmente dos nombres a través de las citas llegaran a ser en él la única manera posible y apropiada de tratar un pasado sin la ayuda de la tradición. Cualquier época para la cual su propio pasado se ha hecho tan cuestionable como se nos ha hecho a nosotros debe en un momento u otro enfrentarse con el fenómeno del lenguaje...” (p. 62).

IV. Una ética de la alteridad como lugar de enunciación

Frente a la lingüística saussureana, Emile Benveniste (1974) construye una Teoría de la enunciación que se ocupa del análisis de las huellas del sujeto en el discurso. La enunciación como un acto por el cual la lengua se actualiza y deviene discurso. Es precisamente en esta inflexión semiótica donde se propone una inscripción de las llamadas “filosofías de la alteridad”, anudamiento que sostiene la propia posición subjetiva.

La filosofía, tal como ha sido planteada en Occidente, se había orientado para Lévinas, en reabsorber todo Otro en un Mismo, en un yo cerrado, un idéntico; neutralizando así toda idea de alteridad. Esta filosofía nos había conducido a una sociedad en la cual lo más importante era el ego cartesiano, el ensimismamiento.

Frente a ello, Lévinas presenta entonces la necesidad de desplazar esta primacía de la ontología por una ética como filosofía primera. Una ética que halla su fundamento en el encuentro cara-a-cara con el otro, y en la responsabilidad hacia ese Otro que nos aparece bajo la figura del rostro (en francés “visage”, también traducido por “semblante”). El rostro representa para Lévinas la vulnerabilidad, la indigencia, la indefensión. Es precisamente en este desplazamiento ético hacia el otro donde se anuda, la cuestión misma de lo subjetivo, en una responsabilidad por el Otro que es anterior a mí y que permite vaciar al Yo de su solipsismo. “La relación con el otro – dice Lévinas- me cuestiona, me vacía de mí mismo y no cesa de vaciarme al descubrirme recursos siempre nuevos” (Lévinas, 2006, p. 56). El desafío que Lévinas ofrece es pensar un nuevo modo de entender la subjetividad y por ende la autonomía, la libertad, donde el “Otro” atraviesa al “Mismo”; inscripción que implica no un Otro que domina al Mismo sino que lo despierta, lo inquieta, lo pone en movimiento. La subjetividad se constituye así a partir de la responsabilidad para con el rostro del otro:

“Filosofía del poder, de la ontología, como filosofía primera que no pone en entredicho al Mismo, es una filosofía de la injusticia. La ontología heideggeriana... se mantiene en la obediencia a lo anónimo y conduce, finalmente, a otra potencia, a la dominación imperialista, a la tiranía. Tiranía que no es extensión pura y simple de la técnica a hombres reificados. Remonta a estados anímicos paganos, al arraigo en el suelo, a la adoración que hombres sojuzgados pueden profesar a sus amos”. (Lévinas, 2006, p. 17)

La filosofía de Lévinas no debe, sin embargo, ser interpretada como una moral edificante¹¹; por el contrario, para él, la responsabilidad es lo que constituye la propia construcción subjetiva. No hay en este sentido, un sujeto previo que luego es afectado por el otro al punto de sentirse responsable; sino que es la propia

¹¹ Manuel Mauer explica que la ética de Lévinas “no tiene en su obra un sentido prescriptivo. Lévinas nunca dice lo que debemos hacer...Lévinas no es un moralista o un idealista o un “alma bella”. Sabe muy bien que puedo no responder al llamado del otro. Aquel que vivió de cerca el horror de los campos es perfectamente consciente de que esto es lo que, de hecho, suele ocurrir. Sin embargo, insiste, que no responda al llamado del otro no quiere decir que no lo escuche, ni que esa respuesta deje de ser la única fuente de sentido”. Cf. Mauer, M. (2008) “Entre Atenas y Jerusalem. Una introducción al pensamiento de Emmanuel Lévinas” En *Difícil libertad*. Buenos Aires: Lilmod.

experiencia de la responsabilidad la que nos constituye como tal. Experiencia que posibilita asimismo detener la idea de Totalidad encarnada en la razón hegeliana y positivista¹². Este rechazo a la totalización, se produce, precisamente para Lévinas, como relación con lo no-englobable, como el recibimiento de la alteridad¹³, como presentación del rostro que se expresa bajo el concepto de infinito. La crítica al concepto de Totalidad aparece en Lévinas ligada inexorablemente al recuerdo imborrable de la barbarie contemporánea. Sin ética, la política degenera en técnica de dominio, sea en la forma mitologizante del totalitarismo, sea en el ejercicio tecnocrático de la ingeniería social.

No todo forma conjunto. Es el escándalo de la muerte, escribe Lévinas leyendo a Rosenzweig, lo que desintegra la síntesis universal. En este orden de ideas: ¿cómo pensar este acontecimiento?

V. Derecho y transformación.

Restaría aquí una pregunta, aquella sobre el lugar del derecho en el marco de este desafío. Un interrogante de profunda relevancia en tanto reactualiza la necesidad de abordar la relación entre derecho y transformación social. En este sentido, podríamos decir que, desde la mirada de Benjamin, el derecho estaría condenado por su carácter instrumental y la salida vendría para el autor del lado de la Justicia, aquello que Derrida lee como “experiencia de lo imposible”, una experiencia aporética. Desde mi perspectiva -un tanto más optimista- el derecho es una práctica social con una potencia discursiva y performativa enorme. El derecho, conforma representaciones, forja narrativas y temporalidades, reactualiza rituales y

¹² Levinas escribe: “Es... hacia un pluralismo que no fusiona en unidad adonde quisiéramos encaminarnos; y si cabe osarlo, romper con Párménides” (Levinas, 1993, p. 45)

¹³ Sucasas traza la huella del profundo vínculo filosófico y afectivo que unió a Emmanuel Lévinas y Jacques Derrida. Relación que lee bajo el modo de una fidelidad admirativa, una marca y una simultánea confrontación filosófica. La clave de esta lectura viene dada por una palabra: hospitalidad. “... convertida por Derrida en clave hermenéutica, o schibboleth, que permite recorrer, recreándolo, el corpus levinasiano y a la par formular algunos motivos esenciales de la deconstrucción (el de “hospitalidad” sería uno de sus nombres)” (Sucasas, 2014, p. 151) En *Adieu a Emmanuel Levinas* Derrida se pregunta cómo interpretar en nombre de Lévinas esa hospitalidad. “¿Cómo intentarlo hablando no es su lugar y en su nombre sino con él, también hablándole y previamente escuchándolo hoy...” (Derrida, 1997, p. 44).

ficciones, dota de legitimidad a la palabra y, sobre todo, construye realidad social (a la vez que se trata obviamente, al modo de una banda de Moebius o una superficie de Klein, de un discurso intervenido por esa realidad). Es precisamente en esta dimensión de las disputas en el campo del imaginario social donde el derecho porta una profunda posibilidad.

Mari (1993) muestra cómo convergen en el dispositivo de poder el discurso del orden y el imaginario social. En tal sentido señala:

“Integra este dispositivo, la inserción del discurso del orden en montajes de ficción, soportes mitológicos y prácticas extradiscursivas como ceremonias, banderas, rituales, cánticos, himnos, distribución de espacios, rangos y prestigios, etiquetas ... manejo de ruidos y silencios, escenas que ponen en relación al hombre con la solemnización de la palabra. Todas estas prácticas de sollicitación y manipulación del psiquismo humano pueden identificarse bajo el rótulo de imaginario social, en el que se hacen materialmente posibles las condiciones de reproducción del discurso del orden.” (Mari, 1993, p. 219)

El imaginario social porta como función la de “fundir y cincelar la llave de los cuerpos para el acceso de la ley”. Es una praxis en la que se hacen operantes los fantasmas de la subjetividad humana (fantasma en su sentido freudiano, esto es “un escenario imaginario en el que se halla presente el sujeto y que representa la realización de un deseo, y en último término, de un deseo inconsciente). En el que se realiza el enlace entre el deseo y el poder.

En *La guerra de los lenguajes*, Roland Barthes (2013) introduce una pregunta central en ese sentido. El autor se pregunta por la capacidad de dominio de un discurso, por sus armas, su fuerza, su capacidad de sujeción. En ese marco, identifica a la puesta en escena como la clave misma de la fuerza que porta un discurso. La fuerza discursiva reside así en su capacidad de “poner frente”, presentar ante, de movilizar el espejo mismo de la identificación.

El Derecho, en tanto práctica discursiva, lejos de anclar su fuerza operativa sólo en la legitimidad de la violencia monopolizada, lo hace en su habilidad imaginaria, especular, de hacerse amar. Es esta captación amorosa de los sujetos lo que el mecanismo jurídico habla e instituye; haciendo del deseo, de la economía

libidinal, el secreto de su performatividad. La imagen ritualizada que la escena jurídica instala, constituye el lugar donde una comunidad se lee, refleja y representa a sí misma. Es precisamente este efecto especular que produce la juridicidad misma lo que anuda deseo, ley y sujeción. Legendre (1979) advertía ya que existe desde el punto de vista de los juristas, nutridos por la tradición occidental, un fondo prohibido, la zona de una ciencia infernal. Desde los teólogos-legistas de la antigüedad se ha perfeccionado un único y mismo instrumental dogmático, para captar a los sujetos por el medio infalible de la creencia de amor.

Una crítica de los montajes vividos, de la dimensión imaginaria que ata y moviliza el lenguaje jurídico, provee el fondo de una urgencia: el de la tarea iusfilosófica por venir. También asumir la dimensión indecible que porta el derecho como discurso.

En *The juridical unconscious. Trials and traumas in the twentieth century*, Shoshana Felman explora la significación del desmayo de Karl Dinur¹⁴ en el juicio a Eichmann y su íntimo impacto en la articulación de sentidos jurídicos. En discusión con Hannah Arendt, Felman entiende el incidente como un ejemplo de la dimensión de la realidad, de la muerte, que el derecho debe enfrentar pero que por estructura no logra alcanzar.

VI. Reflexiones finales

¹⁴ En el marco de la sustanciación del juicio a Eichmann en Jerusalem, una escena cobra el tenor de una profunda relevancia. Karl Yehiel Dinur, testigo crucial, también conocido como el escritor K-Zetnik (uno de los primeros sobrevivientes de Auschwitz en relatar lo inefable del exterminio a pocos días de la liberación) colapsa al ofrecer su testimonio. Cfr. Eichmann Trial -- Sessions 68 and 69 -- Testimonies of Y. Dinur, Y. Bakon, A. Oppenheimer, A. Beilin// Session 68. Witness Yehiel Dinur is sworn in. He identifies himself as a man born in Poland, and as a writer. 00:02:14 He is asked about his pseudonym K. Zetnik. He explains the meaning of his books, particularly the Auschwitz chronicle, he explains how in the camps time passed on a different scale, the inhabitants of the planet breathed and lived under different laws and nature - "their name was the number 'Kazetnik'". That's why he uses this name. He talks about the uniform, and the "Auschwitz planet." 00:09:20 The witness asked to listen to questions, as he continues to speak about what is on his mind and does not directly address the questions put before the court. Suddenly the witness faints. It is later discovered that he has had a stroke while testifying. There is commotion in the courtroom; the witness's wife comes to his aid at the witness stand, along with court person.

A partir de la lectura del texto de Nancy el presente trabajo pretendió situar tres contribuciones para repensar nuestro modo de habitar el mundo; un mundo que requiere el ejercicio de una nueva respiración. Asimismo, propone una reflexión sobre el lugar del derecho en el marco de dicho desafío.

El tiempo-ahora de Benjamin, la acción en Arendt y una resignificación del lugar de enunciación de la posición subjetiva, pueden tal vez constituir el tono de un nuevo comienzo, el inicio de una nueva temporalidad. Como enseña la tradición talmúdica no estamos obligados a efectuar toda la tarea, pero sí ciertamente a comenzarla.

Bibliografía

- ARENDR, Hannah (1993). *La condición humana*. Buenos Aires: Paidós.
- ARENDR, Hannah (2005). *De la historia a la acción*. Buenos Aires: Paidós.
- ARENDR, Hannah (2007). "Introducción a Walter Benjamin 1892-1940", en BENJAMIN, Walter, *Conceptos de filosofía de la historia*. La Plata: Terramar.
- ARENDR, Hannah (2009). *¿Qué es la política?*. Buenos Aires: Paidós.
- BARTHES, Roland (2013). *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y la escritura*. Buenos Aires: Paidós.
- BENJAMIN, Walter (2009). *Obras*. Madrid: Abada Editores.
- BENJAMIN, Walter (2007). *Concepto de filosofía de la historia*. La Plata: Terramar.
- BENJAMIN, Walter (1993). *Baudelaire*. Madrid: Taurus.
- BENSAID, Daniel (2021). *Walter Benjamin, centinela mesiánico: a la izquierda de lo posible*. Buenos Aires: El cuenco de plata.
- BENVENISTE, Emile (1974). *Problemas de la lingüística general I*. México: Siglo XXI.
- BUCK-MORSS, Susan (2005). *Walter Benjamin: escritor revolucionario*. Buenos Aires: Interzona Editora.
- BUTLER, Judith & CHAKARVORTY SPIVAK, Gayatri (2009) *¿Quién le canta al estado-nación?: lenguaje, política, pertenencia*. Buenos Aires: Paidós.

- DERRIDA, Jacques (1997). *Adieu a Emmanuel Levinas*. Paris: Galilée.
- FELDMAN, Shoshana (2002). *The juridical unconscious. Trials and Traumas in the Twentieth Century*. Boston: Harvard University Press
- GORALI, Marina (2014). “Derecho, comunidad política e interpretación”, en CÁRCOVA, Carlos María (dir.), *Los derechos fundamentales en la Constitución: interpretación y lenguaje*. *Revista Jurisprudencia Argentina*, Número especial, Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 33- 40.
- KRISTEVA, Julia (1999). *El genio femenino*. Hannah Arendt. Barcelona: Paidós.
- KRISTEVA, Julia (1978). *Semiótica 1*. Madrid: Editorial Seuil.
- LEGENDRE, Pierre (1979). *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*. Barcelona: Editorial Anagrama.
- LÉVINAS, Emmanuel (1993). *El tiempo y el otro*. Barcelona: Paidós.
- LÉVINAS, Emmanuel (2006). *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*. Salamanca: Sígueme.
- LÉVINAS, Emmanuel (2019). *La hora de las naciones*. Salamanca: Sígueme.
- LÉVINAS, Emmanuel (2006). *Humanismo del otro hombre*. Madrid: Siglo XXI editores.
- LÖWY, Michel (2003). *Walter Benjamin: aviso de incendio*. Buenos Aires: FCE.
- MARI, Enrique (1993). *Papeles de Filosofía*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- MARX, Úrsula et al (2010). *Archivos de Walter Benjamin. Imágenes, textos y dibujos*. Madrid: Círculo de Bellas Artes.
- NANCY, Jean Luc (2020). *Un virus demasiado humano*. Buenos Aires: Cebra.
- SONTAG, Susan (2001). “Bajo el signo de Saturno”, en *Revista El Viejo Topo*, N° 153, Junio-Julio.
- SONTAG, Susan (1979). *On photography*. New York: Penguin.
- SUCASAS, Alberto (2014). *Celebración de la alteridad. Cinco ensayos levinasianos*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- TATIÁN, Diego (2019). “El estudio de las humanidades como cuidado del mundo”, en: *Universidad, producción del conocimiento e inclusión social*. Universidad Nacional de Córdoba: Centro de Estudios Avanzados.

Desafíos del ejercicio profesional post Pandemia. Una nueva abogacía para una nueva realidad

Challenges of post-pandemic professional practice. A new legal profession for a new reality

Por Paula Comas

Resumen: A causa de la situación de pandemia, el 2020 fue un año donde nos enfrentamos a cambios extremos y rápidos como ciudadanos. Y por supuesto nuestra profesión (la abogacía) no quedó ajena a estos cambios. Los abogados y abogadas tuvimos que adaptarnos rápidamente a los desafíos de trabajar de forma remota, abordando la continuidad de nuestra actividad de una manera distinta, y apostando a nuevas formas de planificación laboral. Y sin dudas, esta nueva realidad que irrumpió en la "Era Digital", ha venido a resignificar el ejercicio profesional y lo ha enfrentado a nuevos desafíos que se reflejan en nuestra ética profesional.

Palabras clave: pandemia; ejercicio profesional; deberes éticos.

Abstract: Due to the pandemic situation, the year 2020 was a year where we faced extreme and rapid changes as citizens. And of course our profession (the legal profession) was no stranger to these changes. Lawyers had to adapt quickly to the challenges of working remotely, approaching the continuity of our activity in a different way, and betting on new forms of work planning. Undoubtedly, this new reality that bursts into the "Digital Era" has come to redefine the professional practice and has faced new challenges that are undoubtedly reflected in our professional ethics.

Keywords: pandemic; professional activity; ethical obligations.

Fecha de recepción: 09/03/21
Fecha de aceptación: 04/05/21



Desafíos del ejercicio profesional post Pandemia. Una nueva abogacía para una nueva realidad

Por Paula Comas*

I. Introducción

Todo indica que nos encontramos en una bisagra de la historia de muchas profesiones y actividades laborales, entre las cuales se encuentra el ejercicio liberal de la abogacía.

Sin dudas, para quienes ejercen la profesión liberal, la situación de pandemia impulsó a repensar la forma de ejercer el derecho y la manera de comunicarse; generó la necesidad de convertir las situaciones de presencialidad en virtualidad; obligó a utilizar herramientas digitales –tales como el expediente y la firma digital y/o electrónica, entre otras- y a incorporar nueva tecnología para lidiar –por ejemplo- con la conectividad.

Lo que ha dejado como enseñanza la pandemia causada por el virus COVID-19 es que el ejercicio tradicional de la abogacía tal como lo conocíamos hasta inicios del 2020 ha sufrido grandes transformaciones. Transformaciones que ya se vislumbraban a causa de la irrupción de las TIC (Tecnologías de la información y comunicación); las que llegaron para producir un cambio fundamental en nuestra sociedad y en nuestra actividad profesional mucho antes de la pandemia.

La llegada del coronavirus en consonancia con la “Era Digital” ha venido a resignificar el ejercicio profesional y lo ha enfrentado a nuevos desafíos que de manera inobjetable se reflejan en nuestra “ética profesional”.

En este orden de ideas, este trabajo propondrá un análisis, aunque parcial y fragmentado, de cómo ha repercutido la pandemia y las Tics en el ejercicio profesional de la abogacía y por ende en la ética de las profesiones jurídicas.

* Profesora Adjunta en el “Taller de Ética y Práctica Profesional” y en “Teoría y práctica profesional I” y Jefa de Trabajos Prácticos en “Derecho Procesal, Civil y Comercial” en las carreras de Abogacía y Procuración de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Maestranda en Derecho Civil, Universidad Nacional de La Pampa. Abogada, Universidad de Buenos Aires. Ejerce la profesión en el ámbito privado. Correo electrónico: paularcomas@gmail.com

II. Las nuevas realidades a las que nos enfrentó la pandemia.

Fruto de la pandemia, numerosas actividades han cambiado su forma de trabajo a la modalidad conocido como *home office* (oficina o trabajo en casa). Ello ha implicado asumir costos de instalación o mejoramiento de la tecnología (ya sea asociada con ancho de bandas actualizadas; o nuevos equipamientos tecnológicos) para potenciar el trabajo remoto y mejorar sus comunicaciones.

Por otro lado, como muchas de las provincias argentinas pusieron en funcionamiento de manera repentina el expediente digital¹, las y los profesionales del derecho –de manera impensada- se enfrentaron a una nueva modalidad de gestionar los expedientes judiciales, que históricamente habían tramitado en formato papel. Estos cambios también modificaron necesariamente la actividad tribunalicia tradicional y –por ende- la manera de llevar adelante la procuración de las causas. Lo que sucede en la vida de los expedientes judiciales lo conocemos a través de la página oficial del Poder Judicial de cada una de las jurisdicciones en las que se divide nuestro país.

De la misma manera ocurrió en las reparticiones públicas y privadas. En los organismos públicos y privados (ANSES, AFIP, Registro de la Propiedad Inmueble, Dirección Nacional de la Propiedad Automotor, entidades bancarias, entre otros), aumentaron las comunicaciones electrónicas, lo cual generó una reducción sustancial de la concurrencia presencial.

Esta situación también ha impactado en el modo en que se llevaron a cabo las prácticas en la profesión jurídica, como es el caso de las consultas jurídica, caracterizada por un contacto personal con las y los consultantes. Lo cual impactó en el desarrollo y aumento de conectividad de forma electrónica (vía web, mail, mensaje telefónico y/o a través de servicios de mensajería). Actualmente, él o la profesional puede atender y evacuar consultas por celular, mails, páginas web y redes sociales; participar de videoconferencias para mantener reuniones con colegas y/o para llevar adelante audiencias programadas (de mediación y/o

¹ Este acontecimiento sucedió en La Pampa a partir del 01 de julio de 2020 con la puesta en vigencia del acuerdo 3708 del STJ.

judiciales), utilizando la innumerable cantidad de aplicaciones y opciones disponibles para ello (WhatsApp, Facebook, Instagram, Skype, Zoom, Zamba Live).

Sin embargo, las experiencias atravesadas por la pandemia no nos pueden hacer perder de vista que, más allá de modificar nuestra manera o modo de trabajar, como profesionales del derecho tenemos funciones y deberes éticos que debemos seguir cumpliendo independientemente del cambio en las reglas del juego.

Sirve entonces reflexionar acerca de los retos éticos a los que nos enfrenta hoy el ejercicio del derecho. Observar y analizar cómo -de manera consciente o no- las nuevas prácticas, conductas y acciones vinculadas con el uso de la tecnología y la situación de pandemia pueden generar tensiones con los deberes éticos que imponen a las y los profesionales del derecho las normas que regulan su profesión².

III. Práctica privada de la Abogacía. Profesión liberal. Cuestiones básicas para apuntar

La abogacía cumple una función central en cualquier sistema democrático. El ejercicio jurisdiccional permite activar los mecanismos constitucionales capaces de garantizar los derechos de las personas, el cumplimiento de las obligaciones y la vigencia de la sana convivencia y la armonía. Ello exige que la profesión se caracterice por la jerarquía, el respeto, la seriedad, la solidez técnica y la honestidad. Tal como citan Calógero, Donato & Vanella “nuestra profesión tiene un piso de responsabilidades y comportamientos que no puede ser sobrepasado sin afectar su

² La regulación de la abogacía en nuestro país y en la provincia de La Pampa en particular se integra: a) con un conjunto de principios previstos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Provincia de La Pampa siendo los más relevantes los que surgen de los artículos 1; 16; 75 incisos 18 y 19; 121 y 122 de la CN y artículos 1; 6; 47 de la Constitución Provincial; b) con diversas normas de alcance general como las que rigen los contratos en el Código Civil y Comercial (ley 26994), tales como la representación en general (arts. 358 y 361); mandato (arts. 1319 a 1334); locación de servicios (arts. 1278 y 1279); más todas las normas que establecen el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual; c) con la responsabilidad penal que surge del Código Penal, como por ejemplo el régimen penal del secreto profesional (art. 156); d) las regulaciones locales que en nuestra provincia de La Pampa surgen del Decreto-Ley N° 3/62 que regula la profesión de Abogados y Procuradores; el Reglamento Interno del Colegio de Abogados y Procuradores de La Pampa, el Reglamento de Procedimiento de Ética y Disciplina; el Código de Ética y Disciplina (ley provincial N° 456) y la Ley Provincial de honorarios profesionales N° 3371.

función social, su jerarquía y el rol que ocupa en la institucionalidad” (Calógero, Donato, Vanella, 2019, 51)

Para que ese objetivo se logre, existen diferentes códigos de ética vigentes en las distintas provincias de nuestro país. Los mismos son compendio de reglas organizadas sistemáticamente; siendo los Colegios Públicos de Abogados³ quienes tienen la obligación de velar por su cumplimiento por delegación de los Estados provinciales y el Estado nacional.

Estos códigos de ética –al no poder establecer de antemano la totalidad de situaciones a las que habrá de enfrentarse el o la profesional en el ejercicio de su profesión- incorporan tipos amplios de conducta profesional con la finalidad de establecer deberes, derechos y prohibiciones para los abogados y abogadas. El debido cumplimiento de estas normas será controlado por un Tribunal de Disciplina; órgano encargado de administrar los procesos de investigación y sanción según lo previsto procesalmente en los reglamentos internos de cada colegio profesional.

IV.1. Deber de lealtad y probidad. Deber de atender a una permanente capacitación profesional

Si tomamos como base de análisis el *Código de Ética y Disciplina de La Pampa* veremos que su artículo primero, establece un principio genérico y rector el cual indica que la conducta de los abogados y abogadas debe estar caracterizada por la probidad y la lealtad, así también por el desempeño con dignidad de su ministerio⁴.

³ Estos organismos profesionales de colegiación obligatoria cuentan con funciones regulatorias, de supervisión y disciplina delegadas por el Estado. Son los mismos colegios quienes monitorean la práctica de la profesión, aunque en nuestro país los Colegios de Abogados no exigen acreditaciones regulares en el tiempo y no ejercen otro monitoreo profesional más allá del control disciplinario.

⁴ Artículo nº 1: “El abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración: que su conducta ha de estar caracterizada por la probidad y la lealtad, y por el desempeño con dignidad de su ministerio; y que la esencia de su deber profesional es consagrarse enteramente a los intereses de su cliente, y poner en la defensa de los derechos del mismo su celo, saber y habilidad, siempre con estricta sujeción a las normas morales. La conducta profesional supone, a la vez, buen concepto público de la privada del abogado”. (Código de Ética y Disciplina de La Pampa).

El deber de lealtad es una cualidad que se relaciona con la fidelidad del abogado con su cliente y tiene como objetivo cumplir acabadamente con la defensa de los intereses que le han sido confiados y en cumplimiento del compromiso asumido, respetando las reglas de derecho que son aplicables al caso en tratamiento. (Calógero, Donato, Vanella, 2019, 107)

De este principio rector se desprende –entre otros- la exigencia como deber ético fundamental del abogado y de la abogada de “atender a su permanente capacitación profesional”⁵. En un mismo sentido, Blanc expone: “Si el abogado resguarda la libertad, la vida, la honra y los bienes de quienes reclaman su asistencia profesional, procede que cumpla su alta misión con la máxima competencia e idoneidad, y con la certeza –además- de que la perfección nunca se alcanza” (Blanc, 1995, 874).

Si bien los Colegios Públicos de Abogados son los encargados de monitorear la práctica de la profesión, en nuestro país estos organismos no exigen acreditaciones de conocimiento regulares a lo largo del tiempo y no ejercen otro monitoreo profesional más allá del control disciplinario⁶.

Si observamos la situación desde inicios del 2020, veremos que se requirió la actualización en el conocimiento de nuevas y variadas leyes, decretos y protocolos de emergencia. Dichos instrumentos se dictaron y tornaron aplicables de manera inmediata. Sumado a ello, el ejercicio profesional obligó –para lograr un desempeño exitoso y eficiente -a un perfeccionamiento continuo y a una actualización en otras áreas del conocimiento que excedían lo meramente jurídico.

Ello implicó el aprendizaje en el uso de las nuevas tecnologías, lo que incluía no solo sus beneficios sino también sus potenciales riesgos. En este sentido, el tratamiento de esta área constituyó un deber profesional.

⁵ Este deber ético no se encuentra específicamente regulado en nuestro código provincial sino que se deriva del deber de lealtad, probidad y buena fe. Si aparece como un deber expreso –por ejemplo- en el artículo nº 10 del *Código de Ética del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* que establece: “Son deberes inherentes al ejercicio de la abogacía: c) Atender su permanente capacitación profesional”.

⁶ No se exige a los Colegios de Abogados otro tipo de control o supervisión de matriculados que no sea el pago de la matrícula anual.

Tal es el caso de la irrupción del expediente electrónico obligatorio. Las y los profesionales se vieron obligados a no desconocer las distintas herramientas del sistema informático de gestión de expediente. De lo contrario, se comprometía el interés de los consultantes y la violación del deber ético de actuar con la diligencia debida⁷.

Sin dudas, la informatización de los expedientes –al igual que viene sucediendo en muchas provincias- le exigió al profesional un esfuerzo distinto y nuevos conocimientos, sumado a una debida capacitación⁸.

IV.2. Publicidad de los Servicios Jurídicos. Uso indebido de páginas web o redes sociales. Práctica ilegal de la profesión jurídica

La pandemia potenció el uso de internet en el ejercicio profesional y la publicidad de los servicios jurídicos también se vio alcanzada por este fenómeno. Sin embargo, a pesar de que los regímenes especiales que regulan el ejercicio profesional de la abogacía en nuestro país y los Códigos de Ética de los Colegios provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ocupan del tema, se vislumbra que la normativa ética actual vinculada a la publicidad de servicios profesionales es muy escueta y no se ha adaptado a las nuevas realidades a la que nos enfrentan las Tic⁹; y al uso masivo que de ella se hizo a partir de la pandemia, haciendo necesaria su actualización o al menos su reinterpretación.

⁷ Conforme lo establece el artículo nº 25 del *Código de Ética de La Pampa*, una de las obligaciones para con el cliente es la de realizar plenamente la gestión y defensa de los intereses de su cliente.

⁸ El abandono del expediente de papel importa, para muchos, una seria dificultad al momento de analizar problemas en los que la información aparece dispersa. Cabe señalar, como ejemplo, los casos en que se deben revisar a un mismo tiempo varios documentos digitales que se presentan en diversos formatos (texto, imágenes, etc.), y requieren ser vistos con aplicaciones distintas y que no pueden visualizarse al mismo tiempo, sino mediante un pasaje de un escenario informático a otro. Las “caídas” del sistema, los cortes de Internet, etc. atentan contra la concentración intelectual necesaria, agotan la atención y conllevan un cúmulo de tiempos “muertos” que dificultan la tarea.

⁹ A modo de ejemplo el *Código de Ética de La Pampa* refiere a este tema en su artículo nº 18: “El abogado debe reducir su publicidad a avisar la dirección de su estudio, sus nombres, títulos científicos y horas de atención al público. No debe publicar ni inducir a que se hagan públicas noticias o comentarios vinculados a los asuntos en que intervenga, a la manera de conducirlos, la importancia de los intereses comprometidos y cualquier ponderación de sí mismo. Debe abstraerse de publicar escritos judiciales o las discusiones mantenidas con relación a los mismos asuntos. Si circunstancias

Una de las implicancias que ya se encuentra en discusión en la comunidad jurídica está vinculada con la posibilidad de que la o el profesional a través del uso de páginas web y redes sociales para uso publicitario se exponga a situaciones que puedan importar la práctica ilegal de su profesión.

En efecto, el carácter universal de la Internet tiene el potencial de generar que la página web que cualquier profesional desarrolle o la red social que utilice para publicitarse pueda ser accesible en teoría por cualquier persona usuaria de internet independientemente del lugar físico donde se encuentre.

Los potenciales consultantes normalmente buscan los servicios que el profesional ofrece teniendo en cuenta el interés inmediato en solucionar un problema. Esto trae como consecuencia que existan grandes posibilidades que toda la información que se publique, comentario que se realice, contenido que se genere o servicios que se publicite llegue al alcance de personas que obviamente se encuentren en jurisdicciones donde la o el profesional pueda no estar habilitada o habilitado a ejercer la abogacía.

Y ese solo clic que permite llegar a la localización de los profesionales que publicitan sus servicios en la web puede provocar tensiones o incumplimientos a los deberes éticos y profesionales si no se asume con responsabilidad el diseño o planeamiento de las páginas web o redes sociales como así también si no se transmite de una manera clara y precisa los mensajes que se envían; la información que se brinda, o los comentarios que se realizan, pues en la medida que cualquiera de éstas acciones puedan ser consideradas formalmente como recomendaciones legales se podría pensar en un ejercicio o práctica ilegal de la profesión si se destinan a personas que se encuentran en jurisdicciones donde no se cuenta con licencia para ello.

extremas o causas particulares muy graves justifican una exposición al público, no debe hacerse anónimamente; y en ese caso, que es mejor evitarlo, no deben incluirse referencias a hechos extraños al proceso, más allá de las citas y documentos de los autos. Concluido el proceso, puede publicar en forma ponderada y respetuosa sus escritos y las sentencias y dictámenes del expediente; pero no los escritos de adversario sin autorización de su letrado". Asimismo, el Decreto-Ley N° 3/62 que regula la profesión de Abogados y Procuradores detalla en su artículo n°7: "Sin perjuicio de otras prohibiciones legales, los abogados no podrán: (...), 7) Publicar avisos que puedan conducir a engaño a los clientes u ofrecer cosas contrarias o violatorias de las leyes".

Sin dudas, no es lo mismo una página web de tipo “estática” que no permite interacción a los visitantes, que una página o sitio web interactivo, con funcionalidades que habilitan la comunicación bidireccional sincrónica o asincrónica con los visitantes.

También cambia totalmente el sentido si la página solo ofrece información legal general para destinatarios indefinidos o si también brinda información producto de respuestas a dudas o consultas realizadas por un visitante en la web (aquí el contenido se puede individualizar y responde a un interrogante puntual).

Y obviamente no es lo mismo una que la página cuente o no, con información concreta que advierta a la persona de la jurisdicción foránea sobre el ámbito de actuación profesional de quien publicita sus servicios.

A nivel internacional, al revisar sus reglas sobre ética y responsabilidad profesional, la American Bar Association (A.B.A., por sus siglas en inglés)¹⁰ se ocupó –entre otros temas- de la publicidad y anuncios de las y los abogados. Y uno de los temas que impulsó esta revisión fue justamente la práctica de la abogacía fuera de la jurisdicción del abogado¹¹.

Por supuesto que esta situación abre muchos interrogantes y exige determinar cuáles son los elementos tipificantes para que un abogado o abogada pueda ser sancionado éticamente por considerar que se encuentra ejerciendo en otra jurisdicción en la que no está autorizado o autorizada. Por ello se propicia que los Colegios de Abogados promuevan una actualización de las normas de ética que den cobertura regulatoria al uso de páginas web y otras plataformas en línea similares y que en él mientras tanto se brinde capacitaciones a los matriculados y matriculadas para que realicen un uso adecuado y ético de las Tic.

¹⁰ La American Bar Association (ABA), fundada el 21 de agosto de 1878, es un colegio de abogados de membresía voluntaria de Estados Unidos (<https://www.americanbar.org>). La misma no está sujeta a ninguna jurisdicción estatal específica. Según la organización, sus actividades principales son el establecimiento de estándares académicos para escuelas de derecho y la formulación de un código ético modelo para el ejercicio de la abogacía.

¹¹ Ver modificaciones introducidas a las Reglas Modelo 7.1 a la 7.5 en: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/abanews/2018-AM-Resolutions/101.pdf>. A partir de las reglas modelos, los diferentes colegios estatales de Estados Unidos redactan sus propios códigos.

IV.3. Deber de Confidencialidad

El intercambio con las y los consultantes cambió bruscamente con la llegada del COVID-19. Actualmente resulta habitual que las y los profesionales asesoren a través de una llamada telefónica o por medio de un sistema de mensajería inmediata.

Las transformaciones no solo se vislumbran en esta nueva forma de “vincularnos” sino también en el modo en que se comparte la información a través de medios tecnológicos. Documentos digitales o documentos digitalizados; archivos de texto insertos en diferentes servicios de mensajería (como e-mail o WhatsApp); archivos con contenido de imagen o de audio.

Ante estas circunstancias, cabe preguntarse: ¿cómo repercute este cambio trascendental en la manipulación de información con el deber ético de guardar el secreto profesional, con el deber de confidencialidad?¹²

Una de las soluciones posibles sería exigir a cada profesional un mayor compromiso en la toma de salvaguardas para garantizar la inalterabilidad, integridad y confidencialidad de la totalidad de los datos personales que manipula. La confianza que se deposita en el o la profesional, se traduce en la expectativa razonable de la privacidad con que sus datos serán usados, así como resguardados

¹² El *Código de Ética y Disciplina de la Provincia de La Pampa* (Ley Provincial n° 456) trata el deber de confidencialidad en los dos artículos. El primero de ellos es el artículo n° 11: “SECRETO PROFESIONAL. SU EXTENSIÓN Y ALCANCE. El abogado debe guardar rigurosamente el secreto profesional. I) La obligación de la reserva comprende las confidencias recibidas del cliente, las recibidas del adversario, las de los colegas, las que resulten de entrevistas para conciliar o realizar una transacción, y las hechas por terceros al abogado en razón de su ministerio. En la misma situación se encuentran los documentos confidenciales o íntimos entregados al abogado. II) La obligación de guardar secreto es absoluta. El abogado no debe admitir que se le exima de ella por ninguna autoridad o persona, ni por los mismos confidentes. Ella da al abogado el derecho ante los jueces, de oponer el secreto profesional y de negarse a contestar preguntas que lo expongan a violarlo. III) Ningún asunto relativo a un secreto que se le confie con motivo de su profesión, puede ser aceptado por el abogado sin consentimiento previo del confidente. El segundo de ellos es el artículo n° 12: “EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE GUARDAR EL SECRETO PROFESIONAL. I) La obligación del secreto profesional cede a las necesidades de la defensa personal del abogado, cuando es objeto de acusaciones por su cliente. Puede, entonces, revelar tan solo lo que sea indispensable para su defensa y exhibir los documentos que aquel le haya confiado. II) Cuando un cliente comunica a su abogado la intención de cometer delito, la reserva de la confidencia queda librada a la conciencia del abogado, quien, en extremo ineludible, agotados otros medios, puede hacer las revelaciones necesarias para prevenir el acto delictuoso o proteger a las personas en peligro”.

sus documentos, su correspondencia y sus comunicaciones. Las y los profesionales del derecho deben tomar recaudos suficientes; adoptar medidas de ciberseguridad para la salvaguarda de la información compartida por sus consultantes, evitando el acceso a esa información por parte de terceros así como su divulgación no autorizada. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

“La fluidez informativa que existe en la actualidad coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. En consecuencia, la CIDH consideró que resulta necesario que el estado asuma un mayor compromiso a fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada”.¹³

Por otro lado, es dable comentar que las Reglas Modelo de la ABA, al tratar el tema del deber de confidencialidad en la regla 1.6 apartado (c) indica expresamente: “el abogado hará esfuerzos razonables para evitar revelaciones inadvertidas o no autorizadas, o el acceso no autorizado a información relacionada con la representación del cliente”. Este punto exhorta adoptar mecanismos necesarios a fin de evitar la violación al deber de guardar el secreto profesional.

Por lo expuesto y con el objeto de garantizar el deber ético de confidencialidad, en la actualidad la/el abogada/o no puede perder de vista que el uso masivo de la tecnología obliga a tomar decisiones vinculadas con la adopción de medidas de ciberseguridad¹⁴ que garanticen la confidencialidad de los datos así como su integralidad.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Escher y otro c. Brasil”, Serie C N° 220, 6 de junio de 2009.

¹⁴ Conjunto de herramientas, políticas, conceptos de seguridad, salvaguardas de seguridad, directrices, métodos de gestión de riesgos, acciones, formación, prácticas idóneas, seguros y tecnologías que pueden utilizarse para proteger los activos de una organización.

V. Conclusión

La forma en que se ejerce el derecho no escapa al cambio que generó la pandemia causada por el COVID-19. De seguro que el ejercicio liberal de la abogacía no será el mismo que se conoció y ejerció hasta principios del año 2020.

A medida que las y los abogados avanzan hacia la nueva normalidad, deben hacerlo con conocimiento de causa, teniendo en cuenta los mandatos de las normas profesionales, que actúan como guías.

Sin embargo, también es cierto que las normas éticas que actualmente rigen la actividad profesional, lejos están de contemplar las nuevas prácticas que se impusieron por el uso de la tecnología y la llegada de la pandemia.

Frente a ello, se hace necesario modernizar la regulación que gobierna el ejercicio de la profesión, así como las normas deontológicas de los abogados y abogadas a fin de adaptarla a los nuevos instrumentos tecnológicos propios de este siglo.

Se impone una tarea de esclarecimiento, educación y severa vigilancia de la actividad profesional, dirigida a la reafirmación de los principios éticos tradicionales y a la adecuación de métodos y procedimientos que favorezcan el acatamiento de tales principios.

Hasta que ello suceda se debe promover y fomentar la reflexión entre pares sobre el impacto que la tecnología y la pandemia generó y genera en la actividad jurídica promoviendo un uso adecuado de ella; poniendo especial énfasis en la responsabilidad que las y los profesionales tienen en entender cómo y de qué manera se deben usar éticamente las herramientas tecnológicas y cuáles son sus implicancias derivadas.

Hay que tomar conciencia que las prácticas tradicionales de la abogacía han tomado nuevas fisonomías y que por ende existen nuevos problemas y conflictos que demandan una actitud madura y profunda.

El breve resumen de algunos de los cambios advertidos con la llegada de la pandemia, conduce a reflexionar que se erige de manera implícita, como un deber profesional, saber adaptarse al mundo en transformación sin perder de vista el

cumplimiento de las obligaciones éticas a las que se encuentra sujeto el ejercicio profesional.

Bibliografía

Libro y artículos

- CALOGERO, Laura Alejandra; DONATO, Adriana Olga & VANELLA, Vilma Rosalía (2019). "Definición de ética. Distintas posiciones filosóficas", en DONATO, Adriana Olga (dir.); NIÑO, Lilia Adriana del Carmen (col.), *Ética en el ejercicio profesional del abogado*. Buenos Aires: SAIJ.
- CARREÑO DUEÑAS, Dalia (2012). "El derecho en la era de la virtualidad. Nuevas realidades, nuevo derecho virtual". *Ars Boni et Aequi* (Año 8 n° 2), pp. 251-273.
- CHAMATROPULOS, Alejandro (2020). "La pandemia, el ejercicio de la abogacía y la necesaria innovación". *La Nación*. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/economia/opinion-la-pandemia-el-ejercicio-de-la-abogacia-y-la-necesaria-innovacion-nid2394937/>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Escher y otro c. Brasil", Serie C N° 220, 6 de junio de 2009
- COUTURE, Eduardo. (2012) "Los mandamientos del abogado". MONTEVIDEO (Uruguay), 1949 *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set., Disponible en: <http://civilistica.com/los-mandamientos-del-abogado/>
- GONZÁLEZ, Tania (27/9/2021) "La ética del abogado en tiempos de pandemia. Tarea creativa.". Disponible en <https://portal.onbc.cu/la-etica-del-abogado-en-tiempos-de-pandemia-tarea-creativa>
- NIETO BLANC, Ernesto E. (1995). "La ética en la abogacía", *El derecho jurisprudencia general*, 160, p. 874.
- RAMOS, Rubén (28/3/2022). "El rol de los abogados en el escenario de la post pandemia". *Perfil*. Disponible en

<https://www.perfil.com/noticias/opinion/ruben-ramos-el-rol-de-los-abogados-en-el-escenario-de-la-post-pandemia.phtml>

SÁNCHEZ SOPEÑA, Claudio (s/d). “El ejercicio de la Abogacía en tiempos de Covid 2019”. Disponible en <https://www.estudio-ofarrell.com/wp-content/uploads/2020/05/La-abogac%C3%ADa-en-tiempos-de-COVID-Claudio-S%C3%A1nchez-Sope%C3%B1a.pdf>

Legislación

COLEGIO DE ABOGADOS Y PROCURADORES DE LA PAMPA. Reglamento de Procedimiento de Ética y Disciplina. Disponible en <https://caplp.org.ar/reglamento/>

COLEGIO DE ABOGADOS Y PROCURADORES DE LA PAMPA. Reglamento Interno del Colegio de Abogados y Procuradores de La Pampa. Disponible en <https://caplp.org.ar/reglamento-interno/>

CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Disponible en https://camaradediputados.lapampa.gob.ar/images/PDF/Consultas_Frecuentes/CONSTITUCION_DE_LA_PROVINCIA_DE_LA_PAMPA.pdf

CONSTITUCIÓN NACIONAL. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/nacional-constitucion-nacion-argentina-lnn0002665-1853-05-01/123456789-0abc-defg-g56-62000ncanyel>

DECRETO-LEY (LA PAMPA) N° 3/62. Disponible en <https://docs.argentina.justia.com/provinciales/la-pampa/codigos/decreto-ley-3-62.pdf>

LEY NACIONAL N°-11179. CÓDIGO PENAL. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

LEY N° 26994. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

LEY PROVINCIAL (LA PAMPA) N° 3371. Honorarios profesionales. Disponible en <http://cforense.org/home/wp-content/uploads/2021/11/Compendio-Normas-Abogacia-y-Procuracion.pdf>

LEY PROVINCIAL (LA PAMPA) N° 456. Código de Ética y Disciplina. Disponible en <https://caplp.org.ar/codigo-de-etica/>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA, Acuerdo 3708.

Argentina necesita una declaración sobre la aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio: ¿Por qué?

Argentina requires a statement on international law's application in cyberspace: Why?

Por María Pilar Llorens

Resumen: En la actualidad, los debates sobre la aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio se centran en precisar cómo se aplican las normas internacionales en este ámbito. A fin de contribuir con esta discusión los Estados han comenzado a dar a conocer sus posiciones a través de declaraciones sobre la aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio (DDIC). Este no es el caso de la Argentina. A pesar de su participación en foros internacionales así como el desarrollo de legislación interna, el país no cuenta con una sistematización de su posición en esta cuestión. Como resultado de ello este trabajo propone que la Argentina debería adoptar una DDIC que reúna y estructure la postura que el Estado ha venido expresando de forma incipiente durante los últimos años. A estos efectos se analiza qué es una DDIC examinando su alcance y su contenido. Luego se sistematiza la posición de la Argentina a partir de los diversos documentos que ha producido el Estado. Finalmente, se propone el contenido que debería abordar una DDIC argentina.

Palabras clave: Derecho internacional; ciberespacio; declaración de derecho internacional; Argentina.

Abstract: On-going debates about the applicability of international law to cyberspace tend to focus on how legal rules and principles apply in this domain. For the last couple of years a growing number of Statements on International Law's Application in Cyberspace (SILACs) has been released. In these documents States share their view regarding this topic. However, this is not the case for Argentina. The country has not laid out its position concerning this matter. In this paper it is argued that Argentina should release a SILAC. This document should analyse and systematise the country's views on some of these issues. Consequently, the paper examines in the first place the scope and the content of a SILAC. Then drawing from various official documents it lays out the Argentine position regarding the applicability of international law to cyberspace. Finally, the paper advances the content that an Argentine SILAC should cover.

Keywords: international law; cyberspace; statement of international law; Argentina.

Fecha de recepción: 30/06/2021
Fecha de aceptación: 13/10/2021



Argentina necesita una declaración sobre la aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio: ¿Por qué?

Por María Pilar Llorens*

I. Introducción

En la comunidad internacional existe una preocupación creciente por regular las actividades que tienen lugar en el ciberespacio. Así, desde 1998, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG) ha patrocinado discusiones en el ámbito de los avances en la informatización y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional. Ello le ha permitido adoptar una serie de resoluciones en la materia¹, así como también establecer seis Grupos de Expertos Gubernamentales (GEG) y un Grupo de Trabajo de Composición Abierta (GTCA). De los cuáles los más recientes han culminado sus labores².

Los informes finales de los GEG de 2013 (A. G. 68/98), de 2015 (A. G. 70/174), así como el de 2021 (A. G. 76/135) afirmaron la aplicabilidad del derecho internacional al ciberespacio. No obstante, todavía existen profundas diferencias entre los Estados acerca del modo en que las normas y los principios internacionales deben aplicarse en este ámbito (Akande et al., 02 06 2021; Schmitt, 10 06 2021, p.

* Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) – Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Facultad de Derecho. Correo electrónico: mpillorens@derecho.unc.edu.ar

¹ Estas resoluciones se pueden consultar en el sitio web de Naciones Unidas dedicado a este tema: <https://www.un.org/disarmament/ict-security/>

² EL GEG 2019-2021 adoptó por consenso su informe final el 28 de mayo de 2021. El GTCA hizo lo propio el 21 de marzo de 2021. A la fecha, el primero (A.G. 76/135) puede ser consultado en el siguiente enlace: https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2021/08/A_76_135-2104030S-1.pdf. Fecha de acceso: 09 11 2021. El segundo se encuentra disponible en: <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2021/03/Final-report-A-AC.290-2021-CRP.2.pdf>. Fecha de acceso: 02/06/2021

35)³. Como resultado de ello, los miembros de la comunidad internacional han comenzado a explicitar sus puntos de vista con un doble objetivo: por un lado, contribuir a la discusión internacional sobre cómo debe aplicarse el derecho internacional al ciberespacio y, por el otro lado, precisar cuál consideran que es la correcta aplicación de la normativa internacional en dicho ámbito⁴.

Hasta el momento menos de veinte Estados han explicitado su posición en la materia; aunque es probable que su número aumente considerablemente, ya que la AG ha exhortado a los Estados a contribuir con el debate internacional compartiendo sus posiciones nacionales (A. G. Res. 73/266). La mayoría de las publicaciones disponibles provienen de Estados del norte global (Alemania (Alemania, 2021); Australia (Australia, 2021); Estonia (Kaljulaid, 2019); Estados Unidos (Egan, 2016; Koh, 2012); Francia (Francia, 2019); Finlandia (Finland, 2020); Nueva Zelanda (Nueva Zelanda, 2020); Países Bajos (Países Bajos, 2019); Suiza (Suiza, 2021); Reino Unido (Wright, 2018)). Aunque también existen declaraciones de dos Estados de Oriente Medio (Israel (Schönford, 2021) e Irán (Irán, 2020)). Los Estados latinoamericanos, con excepción de Brasil (A.G. 76/136, pp. 17-23), no han publicado sus posiciones nacionales en esta materia; solo alguno de ellos (Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana y Perú) han respondido el cuestionario del Comité Jurídico Interamericano sobre la aplicación del derecho internacional dentro de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) en el contexto cibernético (CIJ/doc. 615/20/rev.1) pero sus respuestas completas aún no se encuentran disponibles públicamente.

La Argentina, por su parte, no cuenta con una posición definida en la materia. Si bien ha afirmado su compromiso para contribuir con la construcción de un ciberespacio seguro donde imperen valores como la justicia y el respeto al derecho internacional (Argentina, 2020, p. 1), ni de sus intervenciones en foros

³ Si bien el informe del GEG de 2021 ha reafirmado las conclusiones de los informes anteriores con relación a la aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio, dado que a la fecha no se conocen las reacciones estatales a dicho documento su análisis no será abordado en el presente trabajo.

⁴ En este trabajo solo se tienen en cuenta aquellos documentos que realizan un examen detallado de las normas internacionales que son de aplicación en el ciberespacio. No así aquellas declaraciones o contribuciones que los Estados han hecho en los foros internacionales.

internacionales ni de su legislación interna se desprende con claridad cuál es su postura. Explicitar y clarificar dicha posición es relevante a los fines de establecer con precisión cuáles son y cuál es el alcance de las reglas que, para el Estado, rigen su comportamiento en este ámbito.

En consecuencia, en este trabajo se sostiene que la Argentina debería adoptar una declaración sobre la aplicación del derecho internacional en el ciberespacio (DDIC). Es decir, un instrumento en el que exprese su posición a partir de un análisis de las normas y principios internacionales que entiende aplicables en el ciberespacio. Precisar esta posición, además, contribuye efectivamente al debate que está teniendo lugar en la comunidad internacional, permitiendo que otras voces participen en el debate y, consecuentemente, en el desarrollo progresivo de la normativa internacional pertinente.

La estructura de este trabajo se compone de cinco secciones. La segunda sección procura examinar qué es una DDIC. A estos efectos se definen las características generales de estas expresiones estatales destacándose especialmente la forma en que han sido emitidas puesto que esto influye en su alcance. Luego se sistematiza el contenido de las DDIC disponibles hasta la actualidad; en este aspecto se identifican dos grandes bloques normativos que facilitan el examen de las normas internacionales que regulan las operaciones cibernéticas⁵. Seguidamente se examina el alcance, es decir el valor jurídico, de estos instrumentos para el derecho internacional contemporáneo señalándose que se trata de documentos vinculantes. Finalmente, se examinan las ventajas y las desventajas de emitir una DDIC; así se concluye que los beneficios exceden las desventajas, por lo que los Estados deberían emitir estos documentos para contribuir en la determinación de la práctica estatal en la materia.

⁵ Los términos operaciones cibernéticas y ciberoperaciones se utilizan de manera intercambiable en este trabajo. Por tal se entiende la utilización de capacidades cibernéticas para alcanzar objetivos en y a través del ciberespacio. (Schmitt, 2017, p. 237) (traducción propia). Se limitan a aquellas que tienen lugar en el ciberespacio (Delerue, 2020, p. 35).

También debe tenerse en cuenta que solo se tienen en cuenta aquellas operaciones que son llevadas adelante o que son patrocinadas por Estados.

La tercera sección, por su parte, persigue sistematizar la posición argentina con respecto a esta problemática. Para ello se describen los antecedentes normativos y luego se procura estructurar la posición del Estado a partir de la documentación oficial disponible, los registros de participación del Estado en foros internacionales, así como toda otra documentación relevante producida por los organismos internacionales en donde se ha tratado esta temática. En esta sección se demuestra que si bien la práctica argentina es dispersa, es posible detectar un patrón que permite reconstruir la posición estatal. Este revela que el Estado tiene una posición, aun cuando sea incipiente, con respecto a gran parte de la normativa internacional relevante para el ciberespacio. La cuarta sección, en tanto, retomando los patrones descriptos en la sección anterior delinea una propuesta de contenido para una DDIC nacional.

Finalmente, en la quinta sección se exponen las conclusiones que permiten responder a la pregunta que da título a este trabajo. Si bien la pregunta de la conveniencia de la emisión de la DDIC es de carácter político, en el trabajo se proveen los argumentos jurídicos que justifican su emisión. La Argentina necesita una DDIC por diversas razones; entre ellas se destacan la posibilidad de sistematizar de la posición estatal, la contribución efectiva al debate internacional y el establecer un marco normativo claro para todos los actores que desenvuelven sus actividades en el ciberespacio.

II. ¿Qué es una declaración sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio?

¿Cómo se aplica el derecho internacional en el ciberespacio? Es una pregunta que, en la actualidad, no tiene respuesta por la falta de consenso existente entre los miembros de la comunidad internacional. Como resultado de ello, y ante la falta de avances significativos en el ámbito de los GEG (especialmente en el de 2017 en el que no se alcanzó el consenso necesario para adoptar un informe final) (entre otros: Delerue, 2020, p. 19; Roguski, 2020a, p. 2), son varios los Estados que han optado por explicitar su posición en la materia.

Para ello los Estados han emitido discursos, informes y documentos de posición por medio de los cuales procuran explicar su postura y, por extensión, buscan mostrar cuál consideran que es la correcta interpretación de la normativa internacional. A fin de alcanzar este objetivo, los documentos realizan un examen (en general pormenorizado) de las principales normas internacionales aplicables en el ciberespacio.

Las DDIC, por lo tanto, son actos estatales relevantes. Permiten identificar la práctica estatal en esta materia (Roguski, 2020a, p. 2), ya que ayudan a establecer los parámetros relativos a la aplicación de ciertas normas internacionales en el ciberespacio. Un ejemplo sobre este punto es la discusión actual sobre la soberanía como una regla o como un principio de derecho internacional. Como se verá con mayor detalle en el apartado siguiente, la mayoría de los Estados entiende que se trata de una regla internacional que puede ser violada en sí misma (p. ej. la postura adoptada por Francia, Alemania, Finlandia, Estonia) y, por lo tanto, podría entenderse que esta posición prevalece por sobre la que la considera como un mero principio de derecho internacional que no es susceptible de violación (p. ej. la postura adoptada por el Reino Unido).

II. 1. Contenido

Si bien el contenido de las DDIC emitidas hasta la actualidad varía conforme a las necesidades y los intereses de su autor, es posible identificar un patrón en el abordaje estatal. Dicho análisis, a su vez, es consistente con el tratamiento que el tema ha tenido tanto en los foros internacionales (ver, por ejemplo, A. G. Res. 68/98; A. G. Res. 70/174) como en la doctrina (p. ej. Manual de Tallin 2.0⁶, Tsagourias y Buchan, 2015; Roscini, 2014).

Por lo tanto, las DDIC distinguen entre las normas que se aplican a las operaciones cibernéticas que tienen lugar en tiempos de paz y aquellas que se

⁶ El Manual de Tallin 2.0 es una iniciativa del Centro de Excelencia para la Ciberdefensa asociado a la Organización del Tratado del Atlántico Norte que procuró definir la normativa aplicable al ciberespacio tanto en tiempos de paz como cuando la ciberoperaciones tienen lugar en el contexto de un conflicto armado internacional. Para más información ver: (Schmitt, 2017).

aplican a las ciberoperaciones que tienen lugar en el contexto de un conflicto armado (internacional o no internacional). Las primeras se refieren a cuestiones tales como la soberanía, el principio de no intervención, el régimen del *ius ad bellum*, la responsabilidad internacional, la atribución de las operaciones, entre otras. Las segundas, en cambio, se vinculan casi exclusivamente con el análisis de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario en el contexto de las operaciones cibernéticas.

II.1.1. El derecho internacional aplicable a las ciberoperaciones en tiempos de paz

Las DDIC abordan el examen de las normas y principios que regulan la conducta de los Estados en el ciberespacio durante aquellos períodos donde no existen conflictos armados, es decir que regulan la mayoría de las operaciones cibernéticas estatales (Delerue, 2020, pp. 41-42), y sobre cuyo alcance no existe consenso. Estas normas se refieren a cuestiones relativas a: obligaciones de los Estados; régimen del *ius ad bellum* y responsabilidad internacional. Estas problemáticas serán examinadas a continuación⁷:

Obligaciones de los Estados:

Bajo este tópico se examinan aquellas normas que, en el contexto cibernético, generarían obligaciones para los Estados: la obligación de respetar la soberanía de otros Estados; la obligación de no intervenir en los asuntos internos de terceros Estados, y la obligación de debida diligencia.

Soberanía⁸: La soberanía constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional. Supone la posibilidad que tienen los Estados de ejercer sus funciones inherentes de manera exclusiva sin interferencia de otros Estados. Lo que a su vez implica la obligación de proteger los derechos de otros Estados en los ámbitos en los que ejerce su jurisdicción (Remiro Brotóns, Riquelme Cortado, Díez-Hochleitner, Orihuela Calatayud, y Pérez-Prat Durbán, 2010, pp. 89-91).

⁷ Debe tenerse en cuenta que este abordaje solo pretende realizar una presentación de los debates actuales en torno a estas problemáticas y, por lo tanto, no agota estas discusiones.

⁸ Sobre este tema puede verse entre otros: (Moynihan, 2019; Fang, 2018; Corn y Taylor, 2017; Schmitt y Vihul, 2017).

En el contexto cibernético la cuestión de la soberanía se vincula con distintos aspectos. Por un lado, con la posibilidad de ejercer soberanía y jurisdicción sobre el ciberespacio; y por el otro lado, con la pregunta acerca de si una operación cibernética puede violar la soberanía de un tercer Estado.

El primer de estos aspectos se refiere a la posibilidad de que las infraestructuras de la información o bien las actividades vinculadas con estas infraestructuras puedan ser controladas por el Estado siempre que se encuentren ubicadas o se realicen en espacios bajo soberanía o jurisdicción del Estado. Esta discusión, a su vez, se ve influenciada por el debate sobre el modelo de gobernanza de Internet, que procura identificar qué Estados ejercen un control sobre este ámbito (Delerue, 2020, pp. 207-208, ver especialmente nota al pie 62). Debate que también se encuentra vinculado a la determinación de la naturaleza jurídica del ciberespacio (Eichensehr, 2014)⁹. La cuestión del modelo de gobernanza de Internet no será abordada en el presente trabajo porque los informes del GEG de 2013 y de 2015 reflejan el consenso de los Estados sobre la aplicabilidad del principio de soberanía en el ciberespacio.

El segundo aspecto -que es central en la DDIC-, en tanto, pretende determinar si y cuándo una operación cibernética puede violar la soberanía de un tercer Estado. De las expresiones estatales se desprende que existen dos enfoques diferentes para abordar la cuestión. Uno señala que la soberanía constituye una regla de derecho internacional que es susceptible de ser violada por los Estados (p. ej. Finlandia, Suiza). El otro, en tanto, señala que la soberanía es un mero principio de derecho internacional del que se desprenden otras normas de derecho internacional (p. ej. la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza) que si pueden verse afectadas por una operación cibernética (p. ej. Reino Unido).

A su vez, el enfoque de la soberanía como regla tiene diferentes concepciones dependiendo de cuáles sean las condiciones que sean requeridas por los Estados para que pueda entenderse que una ciberoperación violó la soberanía de otro Estado. Así, pueden identificarse una concepción de la penetración y otra de

⁹ Sobre la cuestión de la naturaleza jurídica puede verse: (Llorens, 2021) y las obras allí citadas.

minimis. La primera entiende que cualquier penetración no autorizada constituye una violación de la soberanía del Estado (p. ej. Francia), mientras que la segunda requiere un mínimo de daño en una infraestructura del Estado para que pueda entenderse que existió una violación a la soberanía (p. ej. Estados Unidos).

No intervención¹⁰: El principio de no intervención supone el derecho de todo Estado de conducir sus asuntos sin injerencia exterior. Es decir, el derecho que tiene todo Estado de llevar adelante sus asuntos (internos o externos) sin que exista un acto de intervención entendido como el “acto por el que un Estado – o grupo de Estados- se entromete por vía de autoridad en los asuntos que son de la jurisdicción doméstica de otro, imponiéndole un comportamiento determinado” (Remiro Brotóns, Riquelme Cortado, Díez-Hochleitner Rodríguez, Orihuela Calatayud, y Pérez-Prat Durbán, 2007, p. 138).

Conforme lo señaló la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (1986) (en adelante caso Nicaragua) el principio de no intervención se caracteriza porque: la intervención la lleva adelante un Estado contra otro Estado, la intervención afecta cuestiones que son propias del dominio reservado de los Estados y existe un elemento de coerción por medio del que se procura influir en la conducta de un Estado (pp. 107-108, para. 205).

En el contexto cibernético, se procura establecer cuándo una operación cibernética puede violar el principio de no intervención. Es decir, cuándo afecta los asuntos internos de otro Estado. En general, los Estados coinciden en es preciso que exista un cierto grado de coerción. Ello implica que un Estado, por medio de una ciberoperación, debe influir sustancialmente en el comportamiento de otro Estado de manera tal que provoque una acción o una omisión sobre cuestiones que son del dominio reservado de dicho Estado (p. ej. Alemania y Países Bajos).

Debida diligencia¹¹: El principio de diligencia debida constituye un corolario del principio de soberanía e implica la obligación de los Estados de no permitir que

¹⁰ Sobre este tema pueden verse entre otros: (Delrue, 2020, pp. 233-172; Hollis, 2016).

¹¹ Sobre esta obligación en el contexto cibernético puede verse entre otros: (Banneliere-Christakis, 2015; Kolb, 2015; Schackelford, Russell, y Kuehn, 2015; Schmitt, 2015)

su territorio sea utilizado para llevar adelante actos que afecten los derechos de otros Estados (*Asunto del Canal de Corfú (Albania vs. Gran Bretaña)*, 1949, p. 22). Constituye una obligación de medios y no de resultados (Delerue, 2020, p. 354).

Es entendido como un estándar de conducta que permite evaluar la conducta del Estado en el caso concreto (Fitzmaurice, 2017, p. 365; Jensen y Watts, 2017, p. 1566). Es decir, permite analizar si las consecuencias de un hecho ilícito podrían haberse evitado si el Estado no hubiera realizado el acto o bien si no hubiera prevenido su realización (Stephens y French, 2016, p. 365).

En el contexto cibernético la debida diligencia supone la obligación de los Estados de no permitir que su territorio sea utilizado para lanzar una ciberoperación que afecte otro Estado o bien para que esta transite por aquel; como resultado de ello, el Manual de Tallin 2.0 señala que hay tres partes que participan de esta relación: el Estado que es atacado, el Estado territorial y una tercera parte que es la autora de la ciberoperación (Schmitt, 2017, p. 32).

La mayoría de las DDIC examinadas señalan que se trata de una obligación de comportamiento (p. ej. Estonia y Finlandia), que tiene una base consuetudinaria (p. ej. Francia) y que impone al Estado la obligación de realizar de adoptar todas las medidas que razonablemente son necesarias para evitar que su territorio sea utilizado para afectar los derechos de terceros Estados (p. ej. Estonia). El análisis sobre la razonabilidad de las medidas se debe realizar caso por caso (p. ej. Países Bajos). Debe destacarse que Israel señala que se trata de una obligación no vinculante para los Estados (Schönford, 2021).

Régimen del *ius ad bellum*¹²:

El régimen del *ius ad bellum* se pregunta acerca de la licitud del uso de la fuerza en el ámbito de la comunidad internacional. Por ende, en el contexto cibernético procura identificar cuándo una operación cibernética constituye un uso de la fuerza prohibido en el derecho internacional. Asimismo, examina si una ciberoperación constituye un ataque armado que dé lugar al ejercicio del derecho de legítima defensa.

¹² Entre otros ver: (Delerue, 2020; Schmitt, 2017; Roscini, 2014).

En el primero de los casos la mayoría de las DDIC examinadas señalan que las disposiciones contenidas en el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas (Carta o CNU) son plenamente aplicables al ciberespacio. Para determinar cuándo una ciberoperación constituye un uso de la fuerza contrario al artículo 2 (4) de la CNU las DDIC en general tienden a adoptar el modelo propuesto en el Manual de Tallin (tanto en su primera como en su segunda versión)¹³ (p. ej. Alemania y Estonia). Este modelo propone considerar que existe una violación a dicho artículo cuando la escala y los efectos de una operación cibernética sean comparables con los de una operación militar convencional (cinética). Como resultado de ello, son pocas las operaciones cibernéticas que alcanzan a cruzar este umbral.

El segundo aspecto abordado por las DDIC se vincula con la posibilidad de ejercer el derecho de legítima defensa en el contexto cibernético. Los documentos estatales señalan que los Estados cuentan con el derecho de responder un ataque armado convencional tanto a través de operaciones convencionales como por medio de operaciones cibernéticas. Más complejo es precisar cuándo una operación cibernética constituye un ataque armado o ciberataque. En este sentido, las DDIC tienden a señalar que para que ello ocurra se requiere que la operación cibernética sea comparable en su escala y efectos a un ataque armado convencional; siendo este un análisis que se realiza caso por caso (p. ej. Francia). A su vez, las DCCI detallan que la respuesta a un ataque cibernético no se limita a los medios cibernéticos y también se encuentra autorizado el uso de medios convencionales (p. ej. Finlandia).

Responsabilidad internacional:

Bajo esta categoría se agrupa un conjunto de normas relativas al régimen de responsabilidad internacional de los Estados. Entre ellas se encuentra la cuestión de la atribución, así como también la posibilidad de utilizar contramedidas o bien alegar causales de exclusión de la ilicitud como el estado de necesidad.

¹³ A su vez, el modelo receptado en los Manuales de Tallin (Schmitt, 2013, pp. 48-52; 2017, pp. 333-337) se basan en el modelo propuesto por Michael Schmitt en su trabajo seminal: *Computer network attack and the use of force in international law: Thoughts on a normative framework*. (Schmitt, 1999)

Atribución¹⁴: La cuestión de la atribución constituye una de las cuestiones más complejas en relación con las ciberoperaciones debido a que las propias características del ciberespacio dificultan (especialmente a nivel técnico) la identificación precisa del/los autor/es de la operación. Superado el proceso técnico de atribución, resta que el Estado lleve adelante una atribución legal de la conducta a otro Estado.

La mayoría de las DDIC coinciden en señalar que se aplican las reglas generales recogidas en el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Ilícitos (Proyecto de artículos) de la Comisión de Derecho Internacional de 2001 (p. ej. Finlandia y Reino Unido). Esto implica, por ejemplo, que un Estado va a ser responsable por aquellas operaciones cibernéticas que le sean atribuibles ya sea porque fueron llevadas a cabo por un órgano del Estado, como un comando de ciberespacio (art. 4) o por una persona que ejerce funciones de poder público (art. 5). El caso más problemático se refiere a aquellos supuestos en los que la ciberoperación es llevada adelante por particulares (art. 8). En este caso el examen de las DDIC varía, ya que difiere el grado de control sobre los particulares que es exigido para que el Estado pueda ser responsabilizado por dichas ciberoperaciones.

Estado de necesidad¹⁵: El estado de necesidad constituye un mecanismo que permite eximir de responsabilidad internacional al autor de un hecho ilícito siempre que se reúnan una serie de condiciones estrictas que han sido delineadas en el artículo 25 del Proyecto de artículos: a) sea el único modo para salvaguardar un interés esencial del Estado de un peligro grave e inminente y b) no afecte gravemente los intereses de otro Estado.

Algunos Estados consideran en el contexto cibernético es posible alegar el estado de necesidad (p. ej. Alemania y Países Bajos). Señalan que las condiciones para su aplicación son las exigidas en el Proyecto de artículos. Estas deben ser evaluadas en el caso concreto.

¹⁴ Sobre este tema se puede consultar entre otros: (Delerue, 2019; Finlay y Payne, 2019; Banks, 2017; Maćák, 2016).

¹⁵ Puede verse: (Arimatsu y Schmitt, 2021; Lahmann, 2020, pp. 201-258).

Contramedidas¹⁶: Las contramedidas constituyen otra de las eximentes de la responsabilidad internacional de los Estados. Excluyen la ilicitud de aquellas medidas que implican un incumplimiento de una obligación internacional en tanto procuren que otro Estado cese en su hecho ilícito y repare sus consecuencias (art. 22 y concordantes del proyecto de artículos). En el ámbito cibernético han sido reconocidas como uno de los mecanismos de respuesta¹⁷ con los que cuentan los Estados para hacer frente a una ciberoperación internacionalmente ilícita.

Las DDIC señalan que son de aplicación las reglas generales delineadas en el Capítulo II, de la Parte III del Proyecto de artículos de 2001. Estas imponen ciertas condiciones para la procedencia de las contramedidas: a) dirigidas solo contra el Estado responsable; b) el objetivo de la medida es inducir al Estado responsable a cumplir con las obligaciones que le incumban; c) las medidas serán temporales, necesarias y proporcionales; d) las medidas no podrán violar la prohibición del uso de la fuerza, las normas de protección de los derechos humanos, las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias, ni tampoco las normas imperativas.

Algunas DDIC señalan que el requisito de la notificación previa puede llegar a no ser viable en el contexto cibernético (p. ej. Estonia y Finlandia). Las propias características de las operaciones cibernéticas que pueden requerir un actuar inmediato y secreto, así como la inexistencia de una norma de derecho internacional que obligue a los Estados a exponer sus capacidades cibernéticas justifican esta posición (p. ej. la postura del Reino Unido, Schmitt, 2017) (en contra de esta postura: Delerue, 2020, pp. 445-448).

Otro punto que causa profundos desacuerdos¹⁸ es la posibilidad señalada por algunos Estados (v.g. Estonia) de utilizar contramedidas colectivas. Es decir, la

¹⁶ Algunos autores que pueden verse: (Delerue 2020, pp. 453-460; Kosseff, 2020a; 2020b; Lahmann, 2020, 113-220; Roguski, 2020b).

¹⁷ Otros mecanismos de respuesta previstos por los Estados en sus DDIC son las retorsiones, así como también la legítima defensa.

¹⁸ La posibilidad de adoptar contramedidas colectivas genera profundos desacuerdos incluso en el régimen general. Sobre este tema ver: (Gutiérrez Espada, 2002; Huesa Vinaixa, 2008).

posibilidad de que las medidas sean adoptadas por Estados que no se encuentran directamente lesionados por el hecho ilícito.

Finalmente, las DDIC señalan que frente a una ciberoperación las contramedidas no se encuentran limitadas solo al ámbito cibernético y, por lo tanto, también es posible adoptar contramedidas convencionales.

II.1.2. El derecho internacional aplicable a las ciberoperaciones en tiempos de conflictos armados.

Conforme a los informes finales del GEG de 2013 y de 2015 el derecho internacional humanitario es aplicable a las conductas estatales que tienen lugar en el ciberespacio. Lo propio ha sido reafirmado por el informe final del GEG 2021. Esto implica que cuando una operación cibernética se da en el contexto de un conflicto armado (internacional o no internacional) queda regida por las normas propias del *ius in bello*.

Las DDIC en general, no realizan un examen exhaustivo de toda la normativa del derecho internacional humanitario, sino que se centran en examinar el alcance de los principios fundamentales de esta rama del derecho. Así, señalan que los principios de distinción, proporcionalidad y humanidad deben ser tenidos en cuenta a la hora de planificar y llevar adelante ciberoperaciones.

Además, algunas DDIC exploran cuándo existe un ataque armado en los términos del *ius in bello* (p. ej. Alemania y Francia). Así como también el alcance de las normas de neutralidad en el contexto cibernético (p. ej. Francia y Países Bajos).

II.2. Alcance

¿Cuál es el alcance que tiene una DDIC? Es decir, ¿Cuál es el valor jurídico que puede asignarse a esta expresión estatal? Dar respuesta a estos interrogantes supone determinar si las DDIC constituyen documentos de carácter vinculante para quienes las emiten o bien si solo se trata de expresiones de carácter político y, por lo tanto, no vinculantes para sus autores.

Parte de la doctrina sostiene que se trata de documentos no vinculantes para los Estados (Johanson, 2021). En general los Estados no han manifestado una posición respecto de la obligatoriedad de las DDIC.

Los Estados tienden a señalar que las DDIC constituyen sus contribuciones al debate actual sobre la aplicabilidad del derecho internacional al ciberespacio (p. ej. Francia, Alemania). A través de ellas procuran explicitar qué normas internacionales son pertinentes para regular el comportamiento de los diferentes actores en el ciberespacio, así como también pretenden fijar el alcance que tienen estas reglas internacionales.

En este trabajo, y coincidiendo con otro sector de la doctrina (Roguski, 2020a, p. 2), se considera que las DDIC pueden llegar a tener cierto valor jurídico puesto que son relevantes para identificar la práctica estatal en la materia. En este sentido, las DDIC podrían constituir un mecanismo de identificación de la *opinio iuris* alrededor del modo en que las normas internacionales deben aplicarse en el ciberespacio; especialmente cuando existen los Estados expresan opiniones concordantes respecto de ciertas materias¹⁹.

En apoyo de esta posición puede señalarse el segundo informe a la CDI sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (Wood, 2014). En dicho documento el relator especial Michael Wood indicó una serie de ejemplos sobre la forma en que pueden adoptar las expresiones de los Estados sobre la existencia (o inexistencia) de derechos u obligaciones de conformidad con el derecho internacional (Wood, 2014, para. 75 y ss). Muchas de las cuáles han sido utilizadas por los Estados para expresar su posición respecto del derecho internacional en el ciberespacio. Por ejemplo: Estados Unidos e Israel han optado por opiniones de

¹⁹ Las DDIC también pueden ser consideradas como actos unilaterales, ya que a *prima facie* reunirían los elementos para ser consideradas como tal: a) ser una declaración pública de un Estado; b) que manifiesta la intención del Estado de quedar obligado por ella. La buena fe justificaría la obligación del Estado de cumplir con esta manifestación de voluntad. No obstante, no es tan sencillo otorgarle este carácter, ya que ni siquiera existe un acuerdo doctrinario en cuanto a la definición y el alcance de esta institución del derecho internacional (ver, por ejemplo: Saganek, 2016; Martínez Puñal, 2013; Eckart, 2012). Si bien esta discusión es interesante, excede el alcance de este trabajo por lo que no será abordada.

asesores jurídicos de los gobiernos; Alemania y Francia por publicaciones oficiales y Países Bajos por los memorandos internos de funcionarios del Estado.

Dado que explicitan las normas internacionales que los Estados entienden aplicables a sus actividades y a sus relaciones interestatales en el ciberespacio es razonable pensar que se trata de documentos vinculantes. Esto se debe a que el principio de buena fe, con el objetivo de garantizar la confianza en el sistema internacional, obliga a que los Estados respeten y se comprometan a cumplir sus declaraciones públicas (Reinhold, 2015, pp. 47-48).

II.3. Ventajas y desventajas de una declaración sobre la aplicación del derecho internacional al ciberespacio

Algunos Estados pueden considerar que explicitar su posición respecto de esta materia es una desventaja ya sea porque no se encuentran en condiciones de hacerlo o bien porque consideran que es mejor no hacerlo. Un ejemplo de ello es la postura de la mayoría de los Estados Latinoamericanos que han señalado que no cuentan con las capacidades técnicas, legales y, a veces, las condiciones políticas necesarias para manifestar su posición en la materia (Hollis, 2020, pp. 7-8, para. 17-21).

Sin embargo, las ventajas de emitir una DDIC son indudables. Una DDIC constituye la forma que un Estado tiene de contribuir efectivamente al debate actual acerca de la aplicabilidad del derecho internacional al ciberespacio.

Tiene la función de explicitar la posición de ese Estado en la temática al explicar cuál es el alcance que tiene cierta norma internacional en relación con las operaciones cibernéticas. Consecuentemente permite identificar la práctica estatal en la materia y, eventualmente, la *opinio iuris* relevante vinculada con las operaciones cibernéticas.

Clarificar las normas internacionales en el ciberespacio es necesario para contribuir a la construcción de ámbito pacífico y seguro. Además, asegura que el debate y la definición de las normas internacionales se den entre todos los miembros de la comunidad internacional. Ello, a su vez, garantiza que exista una

pluralidad de voces y puntos de vista en el desarrollo progresivo del derecho internacional en el ámbito del ciberespacio.

III. La posición argentina respecto de la aplicación del derecho internacional en el ciberespacio

La Argentina cuenta con un amplio marco normativo tendiente a regular distintos aspectos y actividades que tienen lugar en el ciberespacio. Ejemplo de ello son las leyes 25.326 sobre protección de datos personales; la 26.388 sobre delito informático y la 26.904 sobre *grooming*. Además, se han elaborado una serie de decretos y resoluciones ministeriales que también se ocupan del tema como por ejemplo la resolución SGM 829/2019 que adopta la Estrategia Nacional de Ciberseguridad de la República Argentina así como la resolución 1523/2019 que contiene la definición de las infraestructuras críticas de la información.

La ENC constituye un primer paso importante en materia de definir la posición y la acción del Estado en relación con el ciberespacio. Sin embargo, al mismo tiempo, se trata de un documento incompleto porque si bien señala varios de los problemas más relevantes que se están analizando en el contexto internacional (particularmente en el ámbito del GEG y el GTCA)²⁰ no explicita cuál es la postura de la Argentina frente a ellos.

Del mismo modo, a nivel internacional la República Argentina solo ha ido manifestando su posición en aspectos muy limitados y conforme a los tópicos que convocaban a las reuniones internacionales pertinentes. Lamentablemente, el Estado tampoco manifestó su posición durante el proceso llevado adelante por el CJI, ya que no respondió el cuestionario (ver Hollis, 2020) y la metodología de trabajo adoptada (Hollis, 2020, pp. 5-6, para. 11) impide conocer si el Estado intervino en las conversaciones informales propiciadas por dicho Comité.

²⁰ Entre estos tópicos la Argentina señala: cuestiones de atribución, soberanía, protección de los derechos humanos (particularmente en lo referido al derecho a la privacidad y a la protección de los datos personales), aplicación extraterritorial del derecho internacional de los derechos humanos y la posibilidad de utilizar las operaciones cibernéticas como armas.

Como resultado de ello, precisar cuál es la posición del Estado argentino respecto de la aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio es una tarea compleja. No obstante, es posible realizar una sistematización de la incipiente postura estatal a partir de la revisión de su legislación interna, así como de su participación en los foros internacionales pertinentes.

El punto de partida de esta sistematización es la definición específica del ciberespacio que adoptó la Argentina, ya que esta noción permite identificar aquellos ámbitos que son susceptibles de ser regulados (Llorens, 2021). En este sentido, la Argentina define el ciberespacio como el “dominio global y dinámico compuesto por las infraestructuras de tecnología de la información, incluida Internet, las redes y los sistemas de información y de telecomunicaciones” (Argentina, 2019a, p. 2 y Argentina, 2017).

Esta conceptualización no es innovadora. Se alinea con la mayoría de las definiciones presentes en las estrategias de ciberseguridad de los Estados, así como la brindada por la literatura especializada²¹. Todas ellas entienden que el ciberespacio constituye un entramado de capas entrelazadas que se identifican con los distintos componentes del ciberespacio: la capa física (la infraestructura), la capa lógica (el *software*) y la capa social (los usuarios).

De la elección de la definición se desprende que el Estado entiende que el ciberespacio es un ámbito que requiere regulación. Se trata de un espacio de interés donde el Estado puede desarrollar sus competencias y donde tienen lugar diferentes actividades que el Estado puede (y debe) regular.

Para el Estado argentino, el derecho internacional, el derecho internacional de los derechos humanos, así como también el derecho internacional humanitario (Grupo de Trabajo de Composición Abierta, 2020) constituyen el marco normativo aplicable en el ciberespacio, especialmente en relación con las operaciones cibernéticas. Esto significa que para la Argentina las ciberoperaciones no se producen en un vacío normativo. Deben respetar ciertas normas internacionales

²¹ Sobre este tema puede verse (Llorens, 2021) especialmente las obras y las definiciones allí citadas.

que regulan la conducta estatal tanto en tiempos de paz como cuando se producen conflictos armados (internacionales o no internacionales).

III.1. El derecho internacional aplicable a las ciberoperaciones en tiempos de paz

III.1.1. Obligaciones de los Estados

Soberanía: La posición del Estado argentino respecto de la posibilidad o no de ejercer soberanía sobre el ciberespacio es un ejemplo de la falta de consenso existente en la comunidad internacional. La postura del Estado se caracteriza por no ser consistente. Por un lado, en la ECN señala:

Este último concepto en particular [la soberanía], entendido como el ejercicio supremo del poder del Estado, está necesariamente vinculado a lo territorial. Sin embargo, Internet representa un dominio global intangible y un flujo infinito de datos sobre el cual no se ejerce dominio ni soberanía [énfasis agregado], poniendo a prueba el concepto antes mencionado e instaurando un nuevo paradigma que es necesario entender. (Argentina, 2019a, p. 3).

Por otro lado, la Argentina ha apoyado los informes del GEG de 2013 y de 2015 que reafirman que la soberanía constituye uno de los principios de derecho internacional aplicables en el ciberespacio (p. ej. Argentina, Misión Permanente de la República Argentina ante las Naciones Unidas, 2019, p. 5). A su vez, el Llamamiento de París al que ha adherido la Argentina²² sostiene que las normas consuetudinarias (dentro de las que se encuentra la soberanía) son plenamente aplicables en este ámbito²³.

A pesar de las inconsistencias se puede considerar que la Argentina sí apoya la aplicabilidad de las normas de soberanía en el ciberespacio, ya que ello le brinda consistencia a la actuación del Estado en distintos foros y ámbitos: sostener que el derecho internacional es aplicable en el ciberespacio supone considerar que la

²² El Estado se adhirió en el año 2018 (Argentina, 2019, p. 5).

²³ El texto completo del Llamamiento de París se puede consultar en: <https://pariscall.international/en/call>.

soberanía también es aplicable en este espacio. No obstante, el Estado debería precisar su visión en la materia.

No intervención: La Argentina no ha adoptado una postura explícita en relación con el principio de no intervención. No obstante, su apoyo a los informes finales de los GEG de 2013 y de 2015, así como al Llamamiento de París permite asumir que el Estado argentino considera que la no intervención resulta aplicable en el ciberespacio.

Estos documentos ponen de relieve que el principio de no intervención es una de las normas aplicables en este ámbito. Por ejemplo, el informe del GEG de 2015 señala que el principio de no intervención es uno de los principios que debe guiar la conducta de los Estados cuando utilicen las TIC (A. G. Res. 70/174, p. 16, para. 28 inc b), mientras que el Llamamiento de París indica que el derecho consuetudinario (donde se enmarca el principio de no intervención conforme lo señaló la CJI en el caso Nicaragua (1986, pp. 106-107, para. 202)) es aplicable en el ciberespacio (para. 3).

De todas maneras, la postura del Estado es incompleta. Ello se debe a que al no explicitar su posición no es posible identificar cuáles son las condiciones mínimas para que pueda ser aplicado.

Debida diligencia: En materia de debida diligencia la posición del Estado no es clara. Ha afirmado que no existe una obligación de debida diligencia en el ámbito de la ciberseguridad (Grupo de Trabajo de Composición Abierta, 2020). Pero en el mismo ámbito también ha sostenido que los Estados deben realizar “el mayor esfuerzo posible para evitar que su territorio sea utilizado por agentes no estatales para cometer actos internacionalmente ilícitos utilizando las TIC. Sin embargo, no es posible pretender que puedan garantizarlo”. (A/74/120, p. 6)

Frente a estas expresiones se considera que el Estado considera que la obligación de debida diligencia puede llegar a aplicarse en el ciberespacio, aunque para ello entiende que es necesario que existan más consensos en la materia (Schmitt, 09 03 2021).

III.1.2. Regimen del *ius ad bellum*

En cuanto al régimen del uso de la fuerza la Argentina no ha expresado de manera explícita cuál es su posición. No obstante, tanto los informes del GEG de 2013 y de 2015, así como el Llamamiento de París manifiestan que la Carta de las Naciones Unidas es aplicable en su totalidad al ciberespacio; posición que ha sido reafirmada por el Estado en el GTCA (Grupo de Trabajo de Composición Abierta, 2020).

Esto implica que el análisis sobre la licitud o no de una ciberoperación se realiza a la luz de las normas pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas. Una operación cibernética puede constituir una violación al artículo 2, párrafo 4 de la CNU si afecta la integridad territorial, la independencia política o de cualquier modo es incompatible con los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, la falta de precisión sobre la postura argentina impide conocer cuándo el Estado considera que una ciberoperación alcanza los umbrales necesarios para ser considerada como un uso de la fuerza en los términos del artículo 2 (4) de la CNU.

En materia de legítima defensa se aplican las mismas consideraciones: esta institución queda gobernada por las normas pertinentes de la Carta, es decir el artículo 51. Como resultado de ello, un Estado puede responder un ataque armado utilizando operaciones cibernéticas siempre que estas sean proporcionales, inmediatas y necesarias. La falta de posición explícita del Estado respecto de esta institución dificulta comprender cuándo una operación cibernética puede ser considerada como un ataque armado que dé lugar al derecho de legítima defensa.

Cabe destacar que para la Argentina el reconocimiento de la aplicabilidad de estas normas en el ciberespacio no implica una legitimación de la militarización en este ámbito (Grupo de Trabajo de Composición Abierta, 2020). Simplemente, reconoce que existen ciberoperaciones que pueden dar lugar a la aplicación del derecho internacional y, eventualmente, del derecho internacional humanitario.

III.1.3. Responsabilidad internacional

Atribución: El Estado argentino no ha manifestado una posición específica sobre el modo en que debe atribuirse una operación cibernética a nivel técnico o legal, ya que considera que debe existir un enfoque común entre los Estados (Argentina, 2020; Grupo de Trabajo de Composición Abierta, 2020). Su apoyo a la resolución 73/27 de la Asamblea General de las Naciones Unidas solo indica que las atribuciones de ciberoperaciones deben ser fundadas; posición que ha sido reafirmada en las contribuciones escritas del Estado a la reunión bajo la fórmula Arria del Consejo de Seguridad de mayo de 2020 (Argentina, Misión Permanente de la República Argentina ante las Naciones Unidas, 2020). Por consiguiente, la cuestión de en qué casos debería hacerse la atribución continúa sin resolverse.

Estado de necesidad: La postura del Estado en esta materia no es explícita. Ni de los documentos internos ni de sus intervenciones en foros internacionales se puede extraer una posición al respecto.

Medidas de respuesta: El Estado no se ha expresado respecto de aquellas cuestiones vinculadas al modo en que los Estados pueden responder a operaciones cibernéticas maliciosas. Solo ha manifestado que los Estados pueden solicitar auxilio luego de haber detectado un acto malicioso y que debe tenerse presente que las respuestas pueden poner en peligro la paz y la seguridad internacional (Grupo de Trabajo de Composición Abierta, 2020). En consecuencia, brega por establecer un marco común con el objeto de facilitar la adopción de respuestas legales frente a ciberoperaciones maliciosas (Argentina, Misión Permanente de la República Argentina ante las Naciones Unidas, 2020, p. 2).

Partiendo de estas consideraciones se puede señalar que la adopción de retorsiones o contramedidas frente a operaciones cibernéticas es posible. Aunque no se definen cuáles son los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de adoptarlas.

III. 2. El derecho internacional aplicable a las ciberoperaciones en conflictos armados

En materia de Derecho Internacional Humanitario, la Argentina considera que se trata de una rama del derecho plenamente aplicable al ciberespacio (Grupo de Trabajo de Composición Abierta, 2020). No obstante, no expresa ninguna posición respecto de normas particulares de este ordenamiento jurídico. Así, se puede entender que para la Argentina todas las normas y principios contenidas en el derecho internacional humanitario son aplicables, especialmente el principio de distinción, humanidad y proporcionalidad.

IV. Una propuesta de declaración para la República Argentina

La Argentina ha demostrado interés por participar y, eventualmente, contribuir con los procesos de desarrollo progresivo de la normativa internacional vinculada con el ciberespacio. En este contexto, el Estado se beneficiaría con la adopción de una DDIC, ya que a través de ella sistematizaría y explicitaría su posición en la materia.

Como se ha señalado, la Asamblea General ha exhortado a los Estados a emitir documentos de posición sobre la aplicabilidad del derecho internacional en el ciberespacio. Con su adopción la Argentina podría contribuir efectivamente con el debate internacional, siendo esta otra de las razones que justifican la emisión de un documento de este tipo.

La DDIC debería adoptar la forma de un documento de posición, ya que de esta manera el Estado podría analizar de modo exhaustivo las implicancias que tienen las normas internacionales aplicadas en el ciberespacio. Un documento escrito, además, presenta la ventaja que permite controlar el alcance las expresiones utilizadas y brindarles un contexto específico.

Se considera que la DDIC tiene que abordar el alcance que se le da a las normas del derecho internacional general, así como el que se otorgue a las de los regímenes específicos como el derecho internacional humanitario. De esta forma, siguiendo el modelo de análisis propuesto en el presente trabajo se sugiere que la DDIC de la Argentina debería analizar, por un lado, las obligaciones internacionales, el régimen del *ius ad bellum* y la responsabilidad internacional de los Estados por operaciones

cibernéticas ilícitas; y, por el otro lado, las pautas fundamentales del derecho internacional humanitario. Tal vez, también sería interesante que la Argentina le dedicara un párrafo especial a las normas del derecho internacional de los derechos humanos, puesto que el Estado manifiesta que estos deben ser garantizados en el contexto cibernético.

La DDIC debería organizarse en tres o cuatro grandes bloques. El primero, un bloque de carácter introductorio, donde se explicita el objetivo de la DDIC. Además, en este primer apartado el Estado podría explicar las razones que lo llevan a adoptar la DDIC, así como analizar la normativa que considera aplicable. Este espacio también es el adecuado para hacer todas las salvedades que se consideren pertinentes a la hora de excluir o limitar la aplicación de la normativa internacional en el ciberespacio.

El segundo bloque de la DDIC se refiere a la aplicación del derecho internacional en tiempos de paz. Dado que el Estado promueve la solución pacífica de controversias en el ciberespacio (Argentina, 2019; Grupo de Trabajo de Composición Abierta, 2020, p. 1), el segundo apartado debe orientarse al examen de la normativa internacional que rige la mayor parte de las actividades que se desarrollan en el ciberespacio lo que, al mismo tiempo, resalta el carácter de excepción que tiene el derecho internacional humanitario.

Este bloque, por lo tanto, debería examinar aquellas normas que el Estado considera relevantes en el ámbito cibernético. Este análisis debería dar a conocer con claridad cuál es el alcance que se le asigna a cada norma internacional y cuáles son los criterios que se deben tener en cuenta a la hora de determinar si existió o no una violación al derecho internacional.

El contenido mínimo de esta sección debería incluir al menos un análisis de las obligaciones internacionales de los Estados, del régimen del *ius ad bellum* y de la responsabilidad internacional de los Estados. Teniendo en cuenta la posición de la Argentina respecto de estos temas, así como los desarrollos progresivos que están teniendo lugar en la comunidad internacional se sugiere que la DDIC argentina recepte los siguientes puntos.

1. *Obligaciones de los Estados*

- a. *Soberanía*: Dado que el Estado argentino considera que la soberanía es aplicable en el contexto cibernético, la DDIC debería manifestar cuál es el alcance que se le otorga a esta norma internacional. Se entiende que la posición que adopte la DDIC debería ser la de la soberanía como regla, es decir la soberanía es una norma de derecho internacional que puede ser violada en sí misma. Adoptar esta posición requiere, además, explicar cuándo y bajo qué condiciones una ciberoperación puede afectar la soberanía de un Estado. Así, se sugiere que la DDIC adopte el enfoque de la penetración, puesto que es el que más se adecúa a las reglas de responsabilidad internacional vigentes en la comunidad internacional.
- b. *No Intervención*: Ya que es posible asumir que la Argentina entiende que el principio de no intervención es aplicable al ciberespacio es preciso que la DDIC examine cuáles son las condiciones necesarias para que se configure una intervención en los asuntos internos del Estado. En este caso, se considera que se deberían seguir las pautas establecidas por el derecho internacional y que han sido desarrolladas por la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua: cierto grado de coerción sobre el accionar del Estado (comisivo u omisivo) en materias que forman parte de su dominio reservado.
- c. *Debida diligencia*: En este punto la posición argentina debe ser esclarecida. La obligación de debida diligencia constituye la contracara de la soberanía y como tal le exige al Estado que proteja dentro de su territorio los derechos de otros Estados (*Asunto del Canal de Corfú (Albania vs. Gran Bretaña)*, 1949, p. 22). Esto implica que los Estados deben realizar los esfuerzos necesarios para evitar que su territorio sea utilizado para afectar los derechos de otros Estados. En consecuencia, si el Estado considera que en el ciberespacio son aplicables las reglas de soberanía debe reconocer la existencia de la debida diligencia como uno de los criterios que regulan las conductas de los Estados; en este punto se debería precisar cuál es el alcance que se le debe dar a este estándar conforme a las capacidades técnicas del Estado.

2. *Régimen del ius ad bellum*

En relación con el régimen del uso de la fuerza la DDIC cumpliría la función de explicitar la posición del Estado que se ha delineado en varios de los instrumentos que ha apoyado. El principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza es aplicable en el ciberespacio. Consecuentemente, la legítima defensa como excepción a esta prohibición también resulta de aplicación a las operaciones cibernéticas.

La DDIC debería indicar cuáles son los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el umbral en el que una ciberoperación viola la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza. En este sentido, se entiende que el criterio de la escala y los efectos es el criterio indicado para distinguir cuando una operación cibernética constituye un uso de la fuerza.

Asimismo, sería necesario analizar en qué casos puede acudir al derecho de legítima defensa. En primer lugar, debería indicarse que las operaciones cibernéticas pueden ser utilizadas como un mecanismo de defensa independientemente de que el ataque haya sido llevado adelante por medios convencionales (cinéticos) o por medios cibernéticos. En segundo lugar, sería preciso examinar cuándo se reúnen las condiciones necesarias para que una operación cibernética pueda ser considerada como un ataque armado que dé lugar al derecho de legítima defensa. Para lo cual sería útil que se utilizase el criterio de la escala y los efectos: una operación cibernética cuya escala y efectos (muerte, destrucción) sean comparables a los de una operación convencional que se califique como un ataque armado será considerado como tal. En tercer lugar, el Estado debería examinar la posibilidad o no de que la legítima defensa frente a ataques cibernéticos pueda ser utilizada de forma anticipada; y, al mismo tiempo, señalar que la legítima defensa preventiva no es posible.

3. *Responsabilidad internacional*

La declaración argentina debería enfatizar que la cuestión de la responsabilidad internacional se rige por las reglas generales recogidas en el

proyecto de artículos de la CDI de 2001. Esta elección se justifica porque refleja las normas consuetudinarias en la materia.

Atribución: Debido a la posición de la Argentina en materia de atribución, la DDIC debería abordar diversos aspectos. En primer lugar, distinguir entre los tipos de atribución: técnica, política y legal; así como manifestar cuándo procede cada tipo; aunque señalando que cuando se realice la atribución legal esta debe ser fundada. En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, precisar los criterios de atribución (legal) de las operaciones cibernéticas a los Estados; para ello se considera que se debería hacer referencia a los criterios de atribución previstos en el proyecto de artículos de 2001. Finalmente, la DDIC debe señalar que la decisión de atribuir es una decisión de carácter político, lo que permitiría cierto margen de acción frente a operaciones cibernéticas maliciosas.

Medidas de respuesta: En este aspecto la DDIC debería abordar específicamente las medidas que el Estado puede utilizar para responder las operaciones cibernéticas maliciosas: retorsiones y contramedidas. Las primeras pueden o no ser abordadas por la DDIC, ya que se trata de medidas lícitas que el Estado puede adoptar frente a una operación cibernética estatal. Las contramedidas, en cambio, requieren un análisis más exhaustivo, puesto que en su origen son actos cuya ilicitud se excluye porque procuran el cumplimiento de la obligación violada por parte del otro Estado. La declaración, por lo tanto, debería referirse a las reglas generales delineadas en el proyecto de artículos de 2001. Siendo especialmente relevante señalar si la notificación previa constituye un requisito para poder hacer uso de las contramedidas; dependiendo esta decisión de las capacidades técnicas del Estado. Asimismo, sería importante que el Estado se expidiera acerca de la posibilidad o no de utilizar contramedidas colectivas.

El tercer bloque, aunque no es indispensable, se considera que sería un aporte original y relevante de la Argentina. Este apartado debería contener un examen de las normas de derechos humanos que el Estado considera imprescindibles para garantizar que el ciberespacio sea un ámbito seguro y pacífico.

Finalmente, el cuarto bloque, se encuentra dedicado al examen de las normas del *ius in bello*. En este apartado el Estado debería señalar el alcance que considera que estas normas tienen en caso de que las operaciones cibernéticas se den en el contexto de un conflicto armado (internacional o no internacional). Este, conforme al último informe del GEG 2021, constituye el único ámbito de aplicación de esta normativa (pp. 13-14 para. 71 g)).

Conforme a los criterios explicitados se debe realizar un examen exhaustivo de los principios de distinción, proporcionalidad, necesidad y humanidad. En particular, el Estado debe dar a conocer con qué alcance y cómo se implementarán estas normas por parte de sus fuerzas armadas.

V. Conclusiones

La República Argentina necesita una declaración sobre la aplicabilidad del derecho internacional al ciberespacio. El momento no puede ser más oportuno. Los debates que están teniendo lugar en la comunidad internacional son propicios y hacen necesario que el Estado argentino manifieste su postura en relación a cómo entiende que las normas internacionales se aplican en el ciberespacio.

Por lo tanto, una DDIC constituye un mecanismo adecuado para contribuir de manera constructiva y efectiva a este debate. Al mismo tiempo permite que el Estado delimite y exprese su parecer en esta materia, ya que posibilita precisar la posición del Estado respecto de la aplicabilidad y el alcance de la normativa internacional en el ciberespacio.

Para que resulte útil es necesario que la DDIC examine la mayor cantidad de aspectos posibles en la materia. A estos efectos, se considera que debería adoptar la forma de un documento de posición porque al tratarse de un documento escrito se puede controlar de una manera más efectiva el alcance que se le asigne a cada una de las normas internacionales que aborde. Esto es especialmente relevante si se tiene en cuenta que las DDIC constituyen documentos vinculantes para los Estados que las emiten y que, potencialmente, tienen la capacidad de identificar la *opinio iuris* en la materia.

En este trabajo se considera que la DDIC debería abordar un contenido mínimo que se refiera a las normas que se aplican a las operaciones cibernéticas que tienen lugar durante tiempos de paz y a aquellas que se aplican a las ciberoperaciones que se dan en el contexto de un conflicto armado (internacional o no internacional). Las primeras se refieren a las obligaciones internacionales (soberanía, no intervención y debida diligencia); el régimen del *ius ad bellum* (prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza y legítima defensa) y a la responsabilidad internacional (atribución y medidas de respuesta). Las segundas, en tanto, se vinculan con la aplicabilidad del derecho internacional humanitario. Finalmente, se considera que sería importante incluir una sección que se refiera al derecho internacional de los derechos humanos donde se examinen los derechos fundamentales que deben ser garantizados en este ámbito, así como también el alcance que debería otorgárseles.

Esta expresión de la posición estatal es relevante por varios motivos. En primer lugar, obliga a que el Estado sistematice su entendimiento de la normativa internacional aplicable; lo que, a su vez, impide que el Estado adopte posiciones inconsistentes en los distintos foros en los que participa. En segundo lugar, ayuda al desarrollo progresivo del derecho internacional, ya que la emisión de DDIC constituye un mecanismo para la identificación de la práctica estatal y, eventualmente, de la *opinio iuris* en el ciberespacio. En tercer lugar, al sistematizar y dar a conocer la posición del Estado en la materia facilita la tarea del cuerpo diplomático, debido a que le brinda las herramientas necesarias para enfrentarse a los nuevos desafíos de la comunidad internacional. Además, establece un marco normativo preciso para todos los actores que participan en el ciberespacio. En cuarto lugar, la elaboración de la DDIC brinda la oportunidad para la colaboración entre la academia, el Estados y los demás actores implicados en el ciberespacio. Ello, a su vez, permite que cada uno pueda realizar los aportes que crean convenientes. En suma, una DDIC lleva a la práctica el compromiso estatal de construir un ciberespacio pacífico y seguro.

Bibliografía²⁴

Libros y artículos

- ARITMASU, Louise y SCHMITT, Michael N. (2021). “The Plea of Necessity: An Oft Overlooked Response Option to Hostile Cyber Operations”, *International Law Studies*. 97. 1171-1199.
- AKANDE, Dapo; COCO, Antonio; DE SOUZA DIAS, Talita; HOLLIS, Duncan B.; O'BRIEN, James y VAN BENTHEM, Tseveletina. (02 06 2021). “The Oxford Statement on International Law Protections in Cyberspace: The Regulation of Information Operations and Activities”, *EJIL:Talk!* Disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-oxford-statement-on-international-law-protections-in-cyberspace-the-regulation-of-information-operations-and-activities/>
- BANNELIERE-CHRISTAKIS, Karine. (2015). “Is the principle of distinction relevant in cyberwarefare?”, en TSAGOURIAS, Nicholas y BUCHAN, Rusell (ed.), *Research Handbook of International Law and Cyberspace*. Gloucestershire: Edward Eldgar Publishing.
- BANKS, William. (2019). “State Responsibility and Attribution of Cyber Intrusions After Tallinn 2.0”, *Texas Law Review*, 95 (7), 1487-1513.
- CORN, Gary P. y TAYLOR, Robert. (2017). Sovereignty in the Age of Cyber. *AJIL Unbound*, 111, 207-212.
- DELERUE, François. (2019). “Attribution to State of Cyber Operations Conducted by Non-State Actors”, en CARPANELLI, Elena y LAZZERINI, Nicole (eds.). *Use and Misuse of New Technologies: Contemporary Challenges under International and European Law*. Berlin: Springer.
- DELERUE, François. (2020). *Cyber Operations and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ECKART, Christian. (2012). *Promises of States under International Law*. Oxford: Hart Publishing.

²⁴ Todos los enlaces fueron verificados el 30 de junio de 2021.

- EICHENSEHR, Kristen. I. (2014). "The Cyber-Law of Nations", *The Georgetown Law Journal*, 103, 317-380.
- FANG, Bixing. (2018). *Cyberspace Sovereignty. Reflections on Building a Community of Common Future in Cyberspace*. Beijing: Springer.
- FINLAY, Lorraine y PAYNE, Christian (2019). "The Attribution Problem and Cyber Armed Attacks", *AJIL Unbound*, 113, 202-206.
- FITZMAURICE, Malgosia (2017). "Legitimacy of International Environmental Law. The Sovereign States Overwhelmed by Obligations: Responsibility to React to Problems Beyond National Jurisdiction?", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 77, 339-370.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (2002). "Las Contramedidas de Estados "erceros" por Violación a Ciertas Obligaciones Internacionales", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XI (2000-2001), 15-49.
- HOLLIS, Duncan B. (27 07 2016) 'Russia and the DNC Hack: What Future for a Duty of Non-intervention?', *Opinio Juris*. Disponible en <https://opiniojuris.org/2016/07/25/russia-and-the-dnc-hack-a-violation-of-the-duty-of-non-intervention/>
- HUESA VINAIXA, Rosario (2008). "Auge y Declive de las 'Contramedidas Colectivas' en la Construcción de un Sistema de Responsabilidad Internacional, en HUESA VINAIXA, Rosario (ed.), *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva. Intersección de sistemas. Estudios en homenaje al profesor Eloy Ruiloba Santana*. Madrid: Marcial Pons
- JENSEN, Eric T., y WATTS, Sean (2017). "A Cyber Duty of Due Diligence: Gentle Civilizer or Crude Destabilizer?", *Texas Law Review*, 95 (7), 1555-1577.
- JOHANSON, Sarah. (2021). "Definitional doom: How Iran and Israel derail legal application in cyberspace". Disponible en <https://www.mei.edu/publications/definitional-doom-how-iran-and-israel-derail-legal-application-cyberspace>.
- KOLB, Robert (2015). "Reflections on Due Diligence Duties and Cyberspace", *German Yearbook of International Law Studies*, 58, 113-128.

- KOSSEFF, Jeff (2020a). "Collective Countermeasures in Cyberspace", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 10, 18-34.
- KOSSEFF, Jeff. (2020b), "Retorsion as a Response to Ongoing Malign Cyber Operations" en JANČÁRKOVÁ; LINDSTRÖM; SIGNORETTI; TOLGA y VISKY (eds.), *2020 12th International Conference on Cyber Conflict. 20/20 Vision: The Next Decade*. NATO CCDCOE Publications.
- LAHMANN, Henning (2020). *Unilateral Remedies to Cyber Operations: Self-Defence, Countermeasures, Necessity, and the Question of Attribution*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LLORENS, María Pilar (2021). "Ciberespacio y Derecho Internacional", *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, 19, 383-402.
- MAČÁK, Kubo (2016). "Decoding Article 8 of International Law Commission's Articles on State Responsibility: Attribution of Cyber Operations by Non-State Actors", *Journal of Conflict and Security Law*, 21 (3), 405-428.
- MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio (2013). *Actos Unilaterales, Promesa, Silencio y Nomegénesis en el Derecho Internacional (2ª reimpresión)*. Santiago de Compostela: Andavira.
- MOYNIHAN, Harriet (2019). "The Application of International Law to State Cyberattacks. Sovereignty and Non-Intervention", *Research Paper, Chatham House, The Royal Institute of International Affairs*.
- REINHOLD, Stephen (2015). "Good Faith in International Law", *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2, 40-63.
- REMIRO BROTÓNS, Antonio; RIQUELME CORTADO, Rosa M.; DÍEZ-HOCHLEITNER, RODRÍGUEZ Javier; ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza y PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis (2010). *Derecho Internacional. Curso General*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- REMIRO BROTÓNS, Antonio; RIQUELME CORTADO, Rosa M.; DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier; ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza y PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis (2007). *Derecho Internacional*, 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- ROSCINI, Marco. (2014) *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- ROGUSKI, Przemysław (2020a). Application of International Law to Cyber Operations: A Comparative Analysis of States' Views, *The Hague Program for Cyber Norms Policy Brief*. March 2020.
- ROGUSKI, Przemysław (2020b). "Collective Countermeasures in Cyberspace – *Lex Lata*, Progressive Development or a Bad Idea?", en JANČÁRKOVÁ; LINDSTRÖM; SIGNORETTI; TOLGA y VISKY (eds.), *2020 12th International Conference on Cyber Conflict. 20/20 Vision: The Next Decade*. NATO CCDCOE Publications.
- SHACKELFORD, Scott. J., RUSSELL, Scott, y KUEHN, Andreas. (2015). *Defining Cybersecurity Due Diligence Under International Law: Lessons from the Private Sector Kelley School of Business Research Paper*. Indiana: Kelley School of Business.
- SCHMITT, Michael N. (2021). *Germany's Positions on International Law in Cyberspace*, Part I. Disponible en <https://www.justsecurity.org/75242/germanys-positions-on-international-law-in-cyberspace/>
- SCHMITT, Michael N. (10 06 2021). The Sixth United Nations GGE and International Law in Cyberspace. *Just Security*. Disponible en <https://www.justsecurity.org/76864/the-sixth-united-nations-gge-and-international-law-in-cyberspace/>
- SCHMITT, Michael N. (1999). Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework. *Columbia Journal of Transnational Law*, 37(2), 885-937.
- SCHMITT, Michael N. (2013). *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SCHMITT, Michael N. (2015). In Defense of Due Diligence in Cyberspace. *The Yale Law Journal Forum*, 125, 68-81.
- SCHMITT, Michael N. (2017). *Tallinn Manual 2.0 on International Law Applicable to Cyber Operations*. Cambridge: Cambridge University Press.

- SCHMITT, Michael N. y Vihul, Liis. (2017). Respect for Sovereignty in Cyberspace. *Texas Law Review*, 95 (7), 1639-167.
- SAGANEK, Przemysław. (2016). *Unilateral Acts of States in Public International Law*. Leiden: Brill-Nihoff.
- STEPHENS, Tim, y FRENCH, Duncan. (2016). *ILA Study Group on Due Diligence in International Law. Second Report*.
- TSAGOURIAS, Nicholas y BUCHAN, Russell. (2015). *Research Handbook on International Law and Cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Documentos

- ALEMANIA, THE FEDERAL GOVERNMENT (2021). "On the Application of International Law in Cyberspace *Position Paper*". Disponible en <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2446304/32e7b2498e10b74fb17204c54665bdf0/on-the-application-of-international-law-in-cyberspace-data.pdf>
- ARGENTINA (2017). "Creación del Comité de Ciberseguridad". Decreto 577/2017.
- ARGENTINA (2019a) "Estrategia Nacional de Ciberseguridad". Jefatura del Gabinete de Ministros. Resolución 829/2019.
- ARGENTINA (2019b). "Jefatura del Gabinete de Ministros. Resolución 1523/2019.
- ARGENTINA (2020). "Initial 'Pre-draft' of the report of the OEWG on developments in the field of information and telecommunications in the context of international security". Comentarios ARGENTINA. Disponible en <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/04/oewg-ict-comentarios-argentina-2.pdf>
- ARGENTINA, MISIÓN PERMANENTE DE LA REPÚBLICA ARGENTINA ANTE LAS NACIONES UNIDAS (2019). "Evaluación general de los temas relacionados con la seguridad de la información". Disponible en <https://unoda-web.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2019/09/Argentina-2019.pdf>

ARGENTINA, MISIÓN PERMANENTE DE LA REPÚBLICA ARGENTINA ANTE LAS NACIONES UNIDAS (2020). “Arria Formula – UN Security Council. Cyber Stability, Conflict Prevention and Capacity Building”. New York, 22 May 2020. Permanent Mission of Argentina - Written contribution. Disponible en

https://vm.ee/sites/default/files/Estonia_for_UN/formula_arria_csun_-_ciberseguridad_y_capacitacion_-_intervencion_escrita_argentina.pdf

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Documento A/68/98, Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional (23 de junio de 2013).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Documento A/70/174, Informe final del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional (22 de julio de 2015).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Documento A/76/135, Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre la Promoción del Comportamiento Responsable de los Estados en el Ciberespacio en el Contexto de la Seguridad Internacional (14 de julio de 2021).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Documento A/76/136, Compendio oficial de las contribuciones nacionales voluntarias sobre la cuestión de cómo se aplica el derecho internacional al uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones por los Estados, presentadas por los expertos gubernamentales participantes en el Grupo de Expertos Gubernamentales sobre la Promoción del Comportamiento Responsable de los Estados en el Ciberespacio en el Contexto de la Seguridad Internacional, establecido en virtud de la resolución 73/266 de la Asamblea General (13 de julio de 2021).

ASAMBLEA GENERAL, Resolución 73/266, Promoción del comportamiento responsable de los Estados en el ciberespacio en el contexto de la seguridad internaciona (22 de diciembre de 2018)

- AUSTRALIA, DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE (2021). Australia's International Cyber and Critical Technology Engagement Strategy. Disponible en <https://www.internationalcybertech.gov.au/sites/default/files/2021-05/21066%20DFAT%20Cyber%20Affairs%20Strategy%202021%20update%20Internals%201%20Acc.pdf>
- EGAN, BRIAN J., LEGAL ADVISOR (2016, 10 Noviembre 2016). "Remarks on International Law and Stability in Cyberspace". Disponible en <https://2009-2017.state.gov/s/l/releases/remarks/264303.htm>
- FINLANDIA, MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS (2020). "International Law and Cyberspace. Finland's Nationals Positions". Disponible en <https://valtioneuvosto.fi/en/-/finland-published-its-positions-on-public-international-law-in-cyberspace>
- FRANCIA, MINISTÈRE DES ARMÉES (2019). "International Law Applied to Operations in Cyberspace". Disponible en <https://www.defense.gouv.fr/content/download/567648/9770527/file/international+law+applied+to+operations+in+cyberspace.pdf>
- GRUPO DE TRABAJO DE COMPOSICIÓN ABIERTA (2020) (02:15:00-02:17:33). Intervención argentina: Second substantive session (10–14 February 2020). Disponible en: <https://media.un.org/en/asset/k18/k18w6jq6eg>
- KOH, HAROLD H., LEGAL ADVISOR U.S. DEPARTMENT OF STATE (2012, 18 Septiembre 2012). "International Law and Cyberspace". Disponible en <https://2009-2017.state.gov/s/l/releases/remarks/197924.htm>
- HOLLIS, Duncan B. (RELATOR ESPECIAL) (2020). "Derecho Internacional y Operaciones Cibernéticas del Estado: Mejora de la Transparencia - Quinto Informe" (CJI/doc. 615/20 rev. 1).
- IRÁN, GENERAL STAFF OF THE ARMED FORCES (2020). "Declaration of General Staff of the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran Regarding International Law Applicable to the Cyberspace". Disponible en <https://www.aldiplomasy.com/en/?p=20901>

- KALJULAI, KERSTI, PRESIDENTE DE ESTONIA (2019, 29 Mayo 2019). “President of the Republic at the opening of CyCon 2019”. Disponible en <https://www.president.ee/en/official-duties/speeches/15241-president-of-the-republic-at-the-opening-of-cycon-2019/index.html>
- NUEVA ZELANDIA, FOREIGN AFFAIRS & TRADE (2020). “The Application of International Law to State Activity in Cyberspace”. Disponible en <https://dpmc.govt.nz/publications/application-international-law-state-activity-cyberspace>
- PAÍSES BAJOS, MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS (2019, 5 Julio 2019). “Letter to the Parliament on the International Legal Order in Cyberspace”. Disponible en <https://www.government.nl/ministries/ministry-of-foreign-affairs/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace>
- SCHÖNFORD, Roy (2021). “Israel's Perspective on Key Legal and Practical Issues Concerning the Application of International Law to Cyber Operations”, *International Law Studies*, 97, 395-406.
- SUIZA, FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS, DIRECTORATE OF INTERNATIONAL LAW. (2021). “Switzerland's Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace Annex”, UN GGE 2019/2021. Disponible en https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20210527-Schweiz-Annex-UN-GGE-Cybersecurity-2019-2021_EN.pdf
- WOOD, Michael (Relator Especial). (2014). “Segundo Informe sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario”, UN Doc A/CN.4/672.
- WRIGHT, Jeremy QC MP, Attorney General. (2018, 23 Mayo 2018). “Cyber and International Law in the 21st Century”. Disponible en <https://www.gov.uk/government/speeches/cyber-and-international-law-in-the-21st-century>

Jurisprudencia

CORFU CHANNEL CASE (U.K. v. Alb.), Merits, 1949 I.C.J. Rep. 4 (April 9).

MILITARY AND PARAMILITARY ACTIVITIES IN AND AGAINST NICARAGUA (Nicar. v. U.S.), Merits, 1986 I.C.J. Rep. 14 (June, 27).

Por una vuelta al federalismo ambiental Retaking Environmental Federalism

Por María Florencia Saulino

Resumen: La reforma de la Constitución de 1994 alteró sustancialmente la distribución de competencias ambientales entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales, al otorgarle a la Nación la facultad de dictar normas de presupuestos mínimos en materia ambiental. Este trabajo explora ese cambio y las posibles justificaciones teóricas para optar por este sistema. Demostraré que la Constitución histórica dotó al gobierno federal de competencias suficientes para hacer frente a los problemas ambientales que requieren de su intervención. Analizaré los cambios introducidos por la reforma y argumentaré que no existen buenas razones que justifiquen una mayor centralización de la legislación ambiental. Concluiré señalando las limitaciones del nuevo sistema y la necesidad de retomar las facultades federales en materia ambiental.

Palabras clave: federalismo; derecho ambiental; competencias federales; competencias provinciales; subsidiariedad.

Abstract: The 1994 constitutional amendment substantially altered the distribution of environmental powers between the federal and state governments, by granting the federal government the power to enact minimum environmental standards. This paper explores this change and the possible theoretical justifications for choosing this distribution of powers. I will show that the historical Constitution endowed the federal government with sufficient powers to deal with the environmental problems that require its intervention. I will analyze the changes introduced by the 1994 amendments and argue that there are no good reasons to justify a greater centralization of environmental legislation. I will conclude by pointing out the limitations of the system introduced by the 1994 amendment and the need to retake federal environmental powers.

Keywords: federalism; environmental law; federal powers; state powers; subsidiarity.

Fecha de recepción: 29/09/2021
Fecha de aceptación: 10/11/2021



Por una vuelta al federalismo ambiental

Por María Florencia Saulino*

I. Introducción

En la Constitución Nacional de 1853/60, las provincias no delegaron expresamente la competencia de legislar en materia ambiental. Al momento de sancionarse la Constitución, los temas que hoy conforman el derecho ambiental eran considerados asuntos eminentemente locales y, por ende, reservados a las provincias y municipios como parte de su poder de policía de seguridad y salubridad. Sin embargo, a medida que empezó a reconocerse la trascendencia y magnitud del impacto de las actividades humanas en la naturaleza, una interpretación amplia de las cláusulas del Art. 75 permitió al Congreso Nacional dictar legislación para dar respuesta a algunos de los problemas ambientales que no podían ser resueltos por las unidades que componen la federación. Asimismo, el Congreso Nacional favoreció el establecimiento de estándares provinciales, al invitar a las provincias a adherirse a las leyes ambientales que sancionaba para los territorios nacionales; y propició la creación de organismos regionales para la gestión de ecosistemas compartidos. Por otra parte, el dictado de la Ley de Parques Nacionales permitió al gobierno federal intervenir para proteger especies y ecosistemas especialmente valiosos. Es decir que, durante la vigencia de la Constitución de 1853/60, la descentralización de las competencias ambientales fue la regla, pero con intervenciones del Congreso Nacional para regular los territorios sometidos a jurisdicción nacional, hacer frente a problemas interjurisdiccionales o proteger ecosistemas especialmente valiosos.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Derecho, Universidad de San Andrés. Global Clinical Professor of Law, New York University. Agradezco los comentarios y sugerencias de Sebastián Elías, Alberto Garay, Julio Rivera (h), y de los participantes en el Congreso Internacional de Teoría Constitucional, el Seminario de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, el primer encuentro de ICONN Argentina y el Seminario del Centro de Estudios en Derecho Público de la Universidad de San Andrés. Asimismo, agradezco a Ariana Kissner por su valiosa asistencia en la investigación de este trabajo y a Nadia Dziejczapolski por su cuidadoso trabajo de corrección del texto. Correo electrónico: saulino@gmail.com

Este esquema de distribución de competencias se vio sustancialmente alterado por la reforma de 1994. El nuevo Artículo 41 reconoció expresamente el derecho a un ambiente sano y le otorgó a la Nación la competencia para dictar normas de presupuestos mínimos de protección ambiental y a las provincias las necesarias para complementarlas. Esta nueva distribución de competencias permitió al Congreso Nacional legislar sobre cualquier cuestión ambiental, aún aquellas eminentemente locales como la recolección de residuos domiciliarios o el ordenamiento ambiental del territorio provincial. Asimismo, a diferencia de las normas ambientales federales dictadas durante la vigencia de la Constitución histórica, las leyes de presupuestos mínimos son consideradas legislación común ("Roca c/ Prov. Buenos Aires," 1995). Por tanto, la facultad de aplicarlas y vigilar su cumplimiento permanece en cabeza de los estados provinciales, quienes además pueden incrementar el nivel de protección establecido por la normativa nacional a través de la facultad de complemento que retienen.

Uno de los objetivos de la reforma fue fortalecer el sistema federal¹ y dada la amplitud de los poderes de policía de seguridad y salubridad que se le reconocen a las provincias en la Constitución de 1853/60 ("Plaza de Toros," 1869; "Nobleza Picardo c/ Provincia de Santa Fe," 2015), debía existir una justificación fuerte para realizar un cambio tan radical en la distribución de competencias ambientales. Este trabajo explora el cambio introducido por la reforma y las posibles justificaciones teóricas para optar por este sistema. Para ello, la Sección II presenta la discusión sobre cuál es la mejor forma de distribuir las competencias ambientales. Argumentaré que la distribución de competencias en materia ambiental debe responder a dos principios: subsidiariedad y correspondencia territorial. Esta discusión nos permitirá analizar la distribución de competencias propuesta por la Constitución de 1853/60 y los cambios introducidos por la reforma de 1994. Sostendré que la Constitución histórica dotó al gobierno federal de competencias

¹ Entre las fuentes de la reforma de 1994 se encuentra el Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia que señala entre sus objetivos la necesidad de fortalecer el federalismo (Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1986). Asimismo, durante los debates de la Ley 24.309 los legisladores mencionaron la necesidad de fortalecer el federalismo entre las causales para impulsar una reforma constitucional (Debate parlamentario de la Ley 24.039, 1993).

suficientes para hacer frente a los problemas ambientales que requerían de su intervención. Sin embargo, no existen buenas razones que justifiquen los cambios introducidos por la reforma de 1994, ni el uso que de ella ha hecho el Congreso Nacional. Concluiré señalando las limitaciones de la legislación de presupuestos mínimos y la necesidad de retomar las facultades federales en materia ambiental.

II. Federalismo ambiental: subsidiariedad y correspondencia territorial

El federalismo es una forma de organización en la cual las diferentes funciones estatales están distribuidas entre un gobierno central y uno o más niveles de descentralización territorial. Cada uno de los niveles tiene autoridad para regular la actividad económica: el gobierno federal establece regulaciones para el país como un todo, mientras que cada uno de los niveles de descentralización pueden regular —en alguna medida— la actividad de sus respectivas jurisdicciones. Asimismo, los componentes de la federación han aceptado establecer un mercado común en el que el comercio interjurisdiccional fluye libremente; y han establecido un tribunal supremo para arbitrar las disputas entre sus miembros (Kelemen, 2004). Por fuera de estas características comunes, cada uno de los países federales ha establecido una distribución de competencias que le es propia, y que en gran medida se explica por razones históricas, sociológicas y geográficas (Hernández, 2018). Sin embargo, desde un punto de vista teórico, es posible señalar dos principios que deberían informar la distribución de competencias en materia ambiental: el principio de subsidiariedad y el principio de correspondencia territorial.

II.1. El principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad promueve la descentralización de los procesos de toma de decisiones, de forma tal que la unidad de gobierno más descentralizada que tenga capacidad para dar solución al problema sea la que asuma la tarea (Calabresi & Bickford, 2014). Barber (2018) propone considerar a la subsidiariedad como un principio del constitucionalismo, que no se encuentra limitado a los países

federales, sino que debe aplicarse a todos los estados y en todos los tiempos. En su opinión, el principio de subsidiariedad juega un rol estructural en el proceso democrático, ya que desarrolla la máxima que sostiene que “aquello que afecta a todos debe ser aprobado por todos.”

La formulación más clara de este principio aparece en el Tratado de la Unión Europea. El Art. 5(3) establece que “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local” (“Tratado de la Unión Europea,” 2008). El principal objetivo de la subsidiariedad es aproximar el ejercicio de las competencias al ciudadano en la mayor medida posible. El Artículo 1 del Tratado reafirma esta idea al establecer que las decisiones “serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible” (“Tratado de la Unión Europea,” 2008).

Esta presunción en favor de los gobiernos locales puede rastrearse también en la Convención Federal de Filadelfia, que dio origen a la Constitución de los Estados Unidos. En efecto, en el “Plan de Virginia”, Madison propuso que se le diera al Congreso Federal el poder “de legislar en todos los casos en los cuales los estados por separado son incompetentes, o en los cuales la armonía de los Estados Unidos pueda verse interrumpida por el ejercicio de la legislación individual” (“The Virginia Plan,” 1787). Esta fue la idea rectora de la delegación de poderes en la Constitución de los Estados Unidos (Adler, 2005; Halberstam, 2012), que luego serviría de base para nuestro federalismo (García-Mansilla & Ramírez Calvo, 2006; Ramírez Calvo, 2012).

En efecto, Frias (2004) señala que la subsidiariedad es un principio constitucional implícito en nuestro derecho. Con base en el modelo estadounidense, nuestra Constitución reconoció el principio de que las provincias retienen todo el poder no delegado al gobierno federal (CN 1853/60, Art. 121). Gorostiaga, uno de los redactores del anteproyecto de Constitución, expuso con claridad el rol subsidiario que debía otorgarse al gobierno central:

“el Gobierno Nacional ha sido formado para responder a grandes necesidades generales, y a atender a ciertos intereses comunes, sus poderes han sido definidos y son un pequeño número. Como el Gobierno provincial, por el contrario, penetra en todos los detalles de la sociedad, sus poderes son indefinidos y en gran número, se extienden a todos los objetos que siguen el curso ordinario de los negocios y afectan la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos . . . El Gobierno de Provincia viene a ser la regla por tanto y forma el derecho común; —el Gobierno Nacional es la excepción” (Congreso Nacional, 1863).

Si bien en la práctica nuestro federalismo ha tendido a la centralización (Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1986, p. 65; Ramírez Calvo, 2012, p. 63), esto no ocurrió en cuestiones ambientales ni en la gestión de los recursos naturales, áreas en las que históricamente hemos favorecido la subsidiaridad.²

II.1.1. Subsidiariedad y protección del ambiente

Existen diversos argumentos teóricos en apoyo al principio de subsidiariedad. En lo que hace a la distribución de competencias ambientales, la descentralización debe preferirse ya que (i) aumenta la probabilidad de que las preferencias ambientales de los ciudadanos sean satisfechas; (ii) incrementa la participación pública y el control en la implementación de las decisiones adoptadas; y (iii) parte de información más detallada y precisa sobre la situación del territorio.

En primer lugar, la descentralización de los procesos de adopción de decisiones aumenta la probabilidad de que las preferencias de los ciudadanos sean satisfechas. En efecto, en un contexto de recursos limitados, la adopción de cualquier decisión de política ambiental implicará balancear la protección del ambiente con otros bienes y servicios que consideramos importantes, o decidir qué bienes ambientales priorizar en la asignación de recursos limitados. En un país tan vasto como el nuestro, es muy probable que las preferencias, intereses y prioridades de los ciudadanos varíen considerablemente de una región a otra³. La descentralización

² Desarrollaré este punto en más detalle en la sección III, *infra*.

³ Las diferencias entre Mendoza y San Juan en el desarrollo de la minería son un buen ejemplo.

de los procesos de toma de decisión permite reflejar más fielmente estas variaciones en intereses y preferencias ambientales, y en los costos de adoptar una determinada política pública⁴. Asimismo, la descentralización facilita la experimentación con distintos tipos de políticas ambientales y aumenta la posibilidad de los ciudadanos de residir en una localidad que satisfaga sus preferencias (Stewart, 1977).

En segundo lugar, dadas las implicancias que la regulación ambiental puede tener para la calidad de vida, la actividad económica, la regulación del uso de la tierra, el transporte, la recolección de residuos y otros asuntos de central importancia para las comunidades locales, es muy importante asegurar que sean escuchadas la mayor cantidad de voces. La descentralización de los procesos de toma de decisión favorece la participación pública ya que permite que esas decisiones se adopten en el nivel más cercano a la gente y, de ese modo, aumenta la probabilidad de que reflejen los intereses de la población afectada. Así, se preserva la identidad social y cultural de la unidad política que las adopta y se promueve la autodeterminación de las comunidades (Bermann, 1994; Stewart, 1977).

En tercer lugar, la cercanía entre representantes y representados permite un control más directo de los encargados de diseñar las políticas públicas. En efecto, cuanto más pequeña sea la unidad política que adopta la decisión, más sencillo será para los ciudadanos monitorear el trabajo de sus representantes, criticarlo o elogiarlo, e influir en las políticas que se adoptan (Adler, 2005).

Finalmente, para encarar el proceso regulatorio ambiental será necesario un conocimiento profundo y contextual del ecosistema. Habrá que recolectar información sobre el estado del ambiente, los factores de estrés a los que está sometido, las actividades económicas que se realizan en el área, sus sinergias e interacciones y el impacto acumulado de las decisiones adoptadas. Generalmente, la unidad de gobierno más cercana al problema que se busca regular será quien esté en mejor situación para recolectar los datos necesarios para darle solución. Así, por ejemplo, en el caso de la contaminación del aire en las ciudades, las mejores

⁴ Antes de la reforma de 1994, Valls (1992) señalaba que “No *todo* lo ambiental *merece* la uniformidad legislativa nacional . . . pues las prioridades ambientales son distintas en cada unidad federal.”

estrategias deben tener en cuenta las fuentes fijas y móviles que están presentes en la ciudad, la antigüedad del parque automotor y las condiciones meteorológicas locales (Adler, 2003). Obviamente las ciudades estarán en mejores condiciones para obtener esta información, que resultaría prácticamente inabarcable para un regulador centralizado.

Todos estos argumentos apuntan, entonces, a otorgar competencias para proveer bienes y servicios ambientales al nivel de gobierno más descentralizado que esté en condiciones de encarar estas tareas. Para determinar cuál es ese nivel, debemos recurrir al principio de correspondencia territorial.

II.2. El principio de correspondencia territorial

La mayoría de los autores considera que resulta más eficiente y efectivo hacer frente a los problemas ambientales a través de instituciones que se correspondan con el ámbito geográfico del problema en cuestión (Esty, 2008; Olson, 1969). Este principio de correspondencia territorial encuentra apoyo tanto en argumentos ecológicos como económicos.

Desde un punto de vista ecológico, dado que los ecosistemas son sistemas complejos y dinámicos, que se superponen e interrelacionan entre sí, es necesario adoptar como unidad de manejo el ecosistema como un todo. En efecto, las interdependencias entre sus componentes son tan múltiples y variadas, que resultaría muy difícil manejarlas de forma aislada o parcializada. Al mismo tiempo, las consecuencias del accionar humano son muy diferentes dependiendo del ecosistema del que se trate y de los factores de estrés a los que esté sometido. Por tanto, la repuesta legal que demos a estos impactos debe estar diseñada en la medida de las necesidades, demandas y restricciones del ecosistema en cuestión (Karkkainen, 2001-2002).

Por otra parte, desde el punto de vista económico, la eficiencia regulatoria se alcanza cuando el regulador internaliza por completo los costos y beneficios de la política que adopta. Es más probable lograr este objetivo cuando la regulación se encara a través de instituciones que se corresponden con el ámbito geográfico del

problema, ya que quienes pagan todos los costos y quienes obtienen todos los beneficios de la regulación ambiental serán quienes determinarán la solución a adoptar (Adelman & Engel, 2008; Adler, 2005). En cambio, cuando la cuestión excede los límites geográficos de la competencia para regularla, las unidades de gobierno tenderán a adoptar decisiones sin tener en cuenta los costos y beneficios que se generan por fuera de los límites de su territorio (Esty, 2008). Así, por ejemplo, si se delega la regulación de calidad de agua a una unidad de gobierno que no abarca la totalidad de la cuenca, es probable que los reguladores no tomen en cuenta el costo que la contaminación transfronteriza generará en los ciudadanos de otras provincias y, en consecuencia, establecerán un estándar de emisiones menor al que sería deseable.

Algo similar ocurre cuando la política pública beneficia solo a un subconjunto de la población. En este caso, si los beneficios son locales pero los costos son soportados a nivel nacional o provincial, es posible que la población que no obtiene los beneficios de la política pública resista su adopción o implementación. Olson (1969) sostiene que cuando existen estas “internalidades” es probable que los bienes públicos locales no se provean en cantidades adecuadas, aun cuando sus beneficios excedan los costos. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con las externalidades, existen posibles soluciones regulatorias (como las tasas y contribuciones extraordinarias) que podrían aproximarse a la correspondencia entre costos y beneficios (Esty, 1997).

En consecuencia, como regla general, la autoridad regulatoria debería estar en cabeza de instituciones que se correspondan con el ámbito territorial del problema ambiental que se intenta regular. Esto implica dejar la regulación de la mayoría de los problemas ambientales en cabeza de las autoridades provinciales, las cuales a su vez deberían delegar una gran parte de esas responsabilidades en los gobiernos municipales (Adler, 2005).

Sin embargo, la principal dificultad con el principio de correspondencia territorial es que los límites geográficos de las distintas jurisdicciones rara vez se

corresponden con los límites de los ecosistemas⁵. En efecto, generalmente los límites geográficos son establecidos en base a accidentes geográficos, como ríos o cadenas montañosas, o líneas rectas que se corresponden con paralelos y meridianos. En ambos casos, este tipo de divisiones implica separar en dos o más jurisdicciones a los ecosistemas que atraviesan, con las correspondientes dificultades para la gestión ambiental.

Dado que es prácticamente imposible modificar las divisiones geográficas existentes, las únicas alternativas disponibles serán la creación de instituciones regionales o la regulación en un nivel más centralizado de gobierno, cuando esto no sea posible. En consecuencia, bajo el principio de correspondencia territorial, la intervención del gobierno federal solo estaría justificada en aquellos casos en los cuales: (i) el ámbito geográfico excede los límites de una jurisdicción; y (ii) las unidades que constituyen la federación son incapaces de resolverlo por sí solas —ya sea a través de la negociación de acuerdos interjurisdiccionales o de la creación de entidades regionales (Calabresi & Bickford, 2014).

Estas condiciones se cumplen en al menos cuatro escenarios que serán analizados en la siguientes sección: (a) la presencia de externalidades interjurisdiccionales que las unidades locales no pueden resolver por sí mismas; (b) la circulación de productos a través del territorio nacional; (c) la protección de ecosistemas y especies cuyo valor de preservación excede los límites de la provincia; y (d) la existencia de economías de escala que solo pueden aprovecharse a través de la intervención federal.

II.3. Casos en los que la centralización debe preferirse

II.3.1. Problemas ambientales interjurisdiccionales

⁵ Nuestra Corte Suprema ha reconocido este problema en "Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza" (2017) donde señaló la necesidad de "conjuguar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino.)". En igual sentido, puede verse "Provincia de Buenos Aires c. Provincia de Santa Fe" (2019).

La federalización de la política ambiental está justificada en aquellos casos en los cuáles existen impactos ambientales interjurisdiccionales, que no puedan resolverse a través de la coordinación o concertación entre las distintas unidades descentralizadas (Revesz, 1997b). Como mencionamos anteriormente, cuando dos o más provincias comparten un ecosistema, las decisiones aisladas de una provincia pueden tener impactos sustanciales en áreas bajo el control de otras provincias; o pueden acumularse a las decisiones adoptadas por otras jurisdicciones y generar daños considerables al ecosistema. Los funcionarios locales tienen pocos incentivos para tomar en cuenta estos impactos transfronterizos al momento de establecer un estándar ambiental o controlar su cumplimiento. En efecto, dado que los ciudadanos de su provincia solo juzgarán su gestión en base a los resultados económicos y ambientales en su territorio, no existen incentivos para que el impacto interjurisdiccional sea tomado en cuenta a la hora de establecer la legislación local.

Si se sigue el principio de correspondencia territorial, la mejor alternativa será que la cuestión sea abordada por una entidad con competencia territorial sobre la totalidad del ecosistema o problema ambiental que se quiere regular. Estos entes pueden crearse sin la intervención del gobierno federal, a través de la negociación y la celebración de tratados interprovinciales⁶. Sin embargo, en algunos casos los costos de transacción⁷ o la situación geográfica desventajosa en la que se encuentran una o varias provincias respecto del resto conspirará en contra de la creación o del buen funcionamiento de estos organismos.

En efecto, la probabilidad de éxito de estos acuerdos depende en gran medida de la dirección con la que ocurre la externalidad. Si los daños son recíprocos, ambas partes tendrán incentivos para colaborar en la creación de instituciones y normas para darles solución. Por el contrario, cuando los daños son unidireccionales será muy difícil lograr una solución consensuada sin la intervención del gobierno federal.

⁶ Existen abundantes ejemplos de la creación de autoridades de cuenca para la gestión de recursos hídricos compartidos. Los resultados, sin embargo, han sido variables.

⁷ Los costos de negociación serán elevados cuando el problema en cuestión involucre a muchas provincias o no exista una regla de asignación de derechos que sienta las bases para la negociación (Revesz, 1997b). El establecimiento de normas federales que establezcan los niveles de contaminación interjurisdiccional que son permisibles pueden sentar las bases para que se produzcan dichos acuerdos.

Así, por ejemplo, la provincia que se encuentra aguas abajo generalmente no tiene mucho poder de negociación con la provincia situada aguas arriba, a no ser que existan otros bienes y servicios (ambientales o de otro tipo) que puedan ponerse en la mesa de negociación (Revesz, 1997b). El conflicto entre La Pampa y Mendoza por el caudal del río Atuel es un claro ejemplo de este tipo de desventaja geográfica.

Sin embargo, es importante aclarar que la presencia de externalidades interjurisdiccionales solo justifica una intervención federal destinada a eliminarlas, pero no el desplazamiento de las competencias locales para fijar su política ambiental. Si se siguen los principios de correspondencia territorial y subsidiariedad, la mayor parte de la política ambiental seguiría en manos de los estados locales, y las intervenciones federales estarían limitadas a dar solución a los problemas ambientales interjurisdiccionales que no pueden resolverse a través de la negociación o creación de entidades regionales. Así, por ejemplo, estaría justificado que el gobierno federal establezca normas sobre qué niveles de contaminación interjurisdiccional son permisibles, pero no que regule lo que sucede hacia adentro de cada provincia (Revesz, 1997b).

II.3.2. Especies y ecosistemas únicos o de especial valor de conservación

Más allá de la contaminación interjurisdiccional, también pueden existir buenos argumentos para la intervención del gobierno federal cuando las externalidades son de carácter psicológico. La pérdida de áreas naturales o de especies en peligro de extinción afecta el bienestar de individuos de otras provincias, que valoran la posibilidad de visitar dichas áreas o que desean su preservación por razones ideológicas (Stewart, 1977). Cuando una especie en peligro de extinción se encuentra localizada en una o más provincias, los costos de su protección les corresponderían a los estados locales, mientras que la Nación como un todo se vería beneficiada de su conservación. En estos casos, la intervención del gobierno federal puede estar justificada para asegurar que todos los beneficios que genera la conservación de la especie sean tenidos en cuenta a la hora de adoptar una decisión (Revesz, 1997b).

En igual sentido, la protección de lugares que poseen recursos naturales únicos genera beneficios que en muchos casos exceden a la provincia en la que están ubicados. Es posible que muchos ciudadanos le otorguen un valor de opción o de existencia a ecosistemas que se encuentran fuera de la jurisdicción en la que habitan. Dado que las provincias que poseen esos recursos no pueden cobrarles impuestos a los vecinos de otras provincias, probablemente no puedan recuperar los costos involucrados en su preservación. Esto llevará a la provincia a adoptar un estándar de protección menor del que sería deseable desde el punto de vista de la Nación como un todo. En este contexto, existe una justificación para el control federal de dichos espacios, que puede materializarse en la creación de parques nacionales y reservas naturales (Revesz, 1997a).

II.3.3. Circulación de productos en el territorio

Como mencioné anteriormente, una de las características típicas de las estructuras federales es el establecimiento de un mercado común en el que el comercio de bienes y servicios fluye libremente. Para asegurar que esto sea así, las estructuras federales generalmente dejan la regulación del comercio interjurisdiccional en manos del gobierno federal, ya que la negociación entre las distintas unidades de la federación para el establecimiento de estándares uniformes implicaría incurrir en altísimos costos de transacción.

Así, por ejemplo, tanto en la Argentina como en los Estados Unidos, la Constitución establece que el Congreso Nacional es el responsable de regular el comercio con las potencias extranjeras y de las provincias (o estados) entre sí. En igual sentido, el Tratado de Roma que estableció la Comunidad Europea (2002), le otorgó facultades al Consejo para adoptar directivas que armonicen la legislación nacional para remover distorsiones a la competencia y barreras al comercio dentro del mercado común. De esta forma, se busca evitar que la adopción de normas locales perjudique la libre circulación de bienes y servicios a través del territorio — ya sea por la diversidad de requisitos o por el establecimiento de medidas proteccionistas.

Trasladado al contexto ambiental, en nuestro país la potestad para regular el comercio incluye también la potestad del Congreso Nacional para establecer estándares ambientales federales para los productos que circulan por el territorio y los servicios públicos interjurisdiccionales ("Líneas de Transmisión del Litoral S.A. c. Provincia de Corrientes," 1999; "Telefónica Móviles c. Municipalidad de General Güemes," 2019). En efecto, la existencia de un mercado común y la libre circulación de bienes y servicios sería dificultosa si una provincia pudiera excluir un producto de su territorio por razones ambientales o de salud y seguridad. El establecimiento de estándares ambientales uniformes es especialmente deseable en aquellos casos en los que el proceso de producción tiene economías de escala importantes (como por ejemplo el caso de los automóviles o los pesticidas). Cuando esto ocurre, la diversidad de regulaciones puede generar enormes costos para el mercado nacional (Revesz, 1997b). En nuestro país se han establecido estándares uniformes para automóviles, combustibles, agroquímicos, etiquetado de productos, residuos peligrosos, funcionamiento del servicio telefónico y establecimiento de líneas de electricidad de alta tensión, entre otros⁸.

II.3.4. Economías de escala

Por último, la existencia de economías de escala también ha sido una razón para justificar la intervención del gobierno federal en materia ambiental. Así, por ejemplo, los procesos de análisis y manejo de riesgos, previos al establecimiento de legislación ambiental pueden ser muy costosos. La investigación, recolección de datos, el análisis y la selección de medidas de control que involucran cuestiones técnicas complejas pueden realizarse de forma más económica a nivel nacional. Más allá de que las variaciones en las condiciones locales pueden aconsejar medidas diferentes en las distintas provincias, el conocimiento científico sobre los impactos de un cierto contaminante en la salud humana (o sobre las medidas para reducir o

⁸ Los argumentos a favor de estándares uniformes se refieren a los estándares impuestos para al producto terminado y no son trasladables a las normas que requieren ciertos procesos de producción (Revesz, 1997a).

eliminar las emisiones) puede generarse a nivel federal para evitar duplicar esfuerzos y aprovechar las economías de escala en recursos y experiencia técnica (Adler, 2005; Butler & Macey, 1996; Revesz, 1997b).

III. La distribución de competencias en la Constitución de 1853/60

Esta sección analiza la distribución de competencias previstas por la constitución histórica a la luz de los principios teóricos presentados en la sección anterior. Argumentaré que las competencias delegadas al gobierno federal en la Constitución de 1853/60 eran suficientes para llevar adelante una política ambiental consistente con los principios de correspondencia territorial y subsidiariedad. En efecto, como se verá a continuación, la Constitución histórica otorgó amplias facultades al gobierno federal para hacer frente a los problemas ambientales que requieren de su intervención, a la vez que facultó a las provincias para celebrar tratados interprovinciales que permitieron crear entidades regionales para la gestión de los ecosistemas compartidos.

III.1. La cláusula de comercio de la Constitución

El artículo 75 inc. 13 establece que corresponde a la Nación “reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí”. Nuestra Corte Suprema, siguiendo la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos ha adoptado un concepto amplio de comercio que incluye “el tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, órdenes y convenios” y ha definido “el poder para regularlo como propio del Congreso Nacional, cuyo ejercicio le corresponde de una manera tan completa como en un país de régimen unitario” (“Harengus S.A. c. Provincia de Santa Cruz,” 1994; “The United River Plate Telephone Cia. Ltda Unión Telefónica c. Provincia de Buenos Aires,” 1929).”

En los Estados Unidos, la Cláusula de Comercio ha sido la principal base para la adopción de legislación ambiental federal (Fitzgerald, 1996). En efecto, la Corte Suprema de ese país ha sostenido que

“la competencia del Congreso Federal bajo la Cláusula de Comercio es lo suficientemente amplia como para permitir la regulación federal de actividades que causan la contaminación del aire o del agua u otros riesgos ambientales que puedan tener efectos en más de un estado” (“Hodel v. Va. Surface Min. & Reclamation Ass’n Inc.,” 1981).

Esta interpretación permitió al Congreso Federal establecer normas ambientales para regular la calidad del aire y del agua, proteger especies en peligro de extinción, establecer estándares para el agua potable, la contaminación con residuos peligrosos, y la explotación minera a cielo abierto, entre otras (Revesz, 2008).

Si bien en nuestro país el Congreso Federal no ha hecho un uso extensivo de esta competencia, mucho antes de la reforma de 1994, ya había dictado leyes y regulaciones federales para abordar problemas ambientales interjurisdiccionales. Así, por ejemplo, la Ley de Residuos Peligros 24.051 (1991) se aplica a la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos que: (i) “ubicados en territorio de una provincia estuvieren destinados al transporte fuera de ella”; o (ii) “pudieran afectar a las personas o el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado”; o (iii) “cuando las medidas higiénicas o de seguridad que a su respecto fuere conveniente disponer, tuvieren una repercusión económica sensible tal, que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la Nación, a fin de garantizar la efectiva competencia de las empresas que debieran soportar la carga de dichas medidas.” De igual forma, el Congreso estableció legislación federal para las emisiones de fuentes móviles (“Ley 20.284,” 1973), el uso de fertilizantes y pesticidas (“Ley 18.073,” 1969), la protección de bosques (“Ley 13.273,” 1948) y la preservación de especies autóctonas en peligro de extinción (“Ley 22.421,” 1981), entre otras. Nuestra Corte Suprema ha convalidado este tipo de legislación. Al analizar la Ley de Pesca, el tribunal entendió que:

"el poder de regulación de la pesca integra el comercio en su concepción abierta y creciente y que su legislación en situaciones semejantes excede el marco local y justifica la competencia nacional porque ... se trata de uno de 'los asuntos que los estados individuales, con sus limitadas jurisdicciones territoriales, no están en condiciones plenas de regir'" ("Harengus S.A. c. Provincia de Santa Cruz," 1994).

III.2. Fondos federales y políticas de estímulo.

El Art. 75 inc. 18 establece que el Congreso de la Nación tiene competencia para proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo⁹. La Corte Suprema ha entendido que esta norma le permite al Congreso eximir a determinadas actividades del pago de impuestos y tasas, tanto nacionales como locales ("Ferrocarril Central Argentino c. Provincia de Santa Fe," 1897); y otorgar subsidios a determinadas personas o actividades ("Camuzzi Gas del Sur S.A. c. Provincia de Tierra del Fuego," 2004). En materia ambiental, el Congreso Nacional ha utilizado estas competencias, por ejemplo, para eximir de impuestos a las ganancias a ciertos sujetos que realizan actividades de disposición de residuos ("Ley 20.628," 1973, Art. 26), para conceder subsidios y exenciones impositivas a las energías renovables ("Ley 25.019," 1998), para subsidiar a los productores agropecuarios que realicen inversiones y gastos directamente vinculados con la conservación o recuperación del suelo ("Ley 22.428," 1981, Art. 9 y 21) y para fomentar la conservación de los bosques protectores ("Ley 13.273," 1948, Art. 3).

III.3. Facultades impositivas

⁹ Según ha señalado nuestra Corte Suprema, los fines específicos que se enumeran en dicho artículo son meramente enunciativos ("Ferrocarriles del Sud c. Municip. de Juárez", 1939).

En la Constitución Nacional, las provincias delegaron en la Nación la potestad para imponer contribuciones indirectas y directas (CN, 1994, Art. 75 inc. 2). Existen distintos ejemplos de cómo esta facultad puede ser utilizada con fines ambientales. Quizás el más claro sea el de los llamados “impuestos pigouvianos”, que permiten forzar a quien contamina a internalizar los costos de su actividad al establecer un impuesto equivalente al daño ambiental que genera una unidad de producto. Así, por ejemplo, el impuesto al dióxido de carbono, contemplado por la Ley 23.966 y luego modificado por la Ley 27.430, recae sobre diez tipos de combustibles líquidos y dos combustibles sólidos, con base en las emisiones de dióxido de carbono que generan. Si su monto fuera lo suficientemente alto, este impuesto serviría para disminuir el consumo de combustibles y, por tanto, las emisiones de dióxido de carbono a la atmósfera. Las facultades tributarias del gobierno federal también le han permitido establecer impuestos y tasas para financiar fondos de afectación específica, como por ejemplo la “Tasa Hídrica de Infraestructura” creada por la Ley 26.181, que se destina en parte a la recuperación de tierras productivas y al control y mitigación de inundaciones (Salassa Boix, 2019).

III.4. Facultad de celebrar tratados

Las provincias delegaron en el gobierno federal el manejo de las relaciones exteriores. El Art. 75 inc. 22 establece que el Congreso Nacional tiene competencia para “[a]probar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con organizaciones internacionales”. En uso de estas facultades, el gobierno federal ha suscripto una gran cantidad de tratados con contenido ambiental. En algunos casos, estos tratados incluyen obligaciones directamente relacionadas con facultades que fueron delegadas al gobierno federal por los estados provinciales. En otros casos, sin embargo, el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas implica legislar sobre materias en las que no se delegaron competencias expresas. Sin embargo, dado que el inc. 32 le otorga al Congreso la facultad de “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno Federal”,

es posible sostener que el Congreso Nacional tiene facultades para dictar la legislación federal necesaria para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas. Así lo entendió la Corte Suprema de los Estados Unidos al interpretar una cláusula muy similar al Art. 75 inc. 22¹⁰.

III.5. Creación de establecimientos de utilidad nacional

La Constitución de 1853/60 otorgó al Congreso Nacional competencia para “[e]jercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación, y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer . . . establecimientos de utilidad nacional (CN 1853/60, Art. 67 inc. 27). Esta facultad fue utilizada para la creación de áreas naturales protegidas, lo cual permitió al Estado Nacional salvaguardar ecosistemas naturales únicos y aquellos que constituían el refugio de especies amenazadas. Si bien la primera Ley de Parques Nacionales se centró en la creación de parques o reservas en el territorio federal; se previó específicamente que la creación de parques en territorios provinciales debía partir de la cesión del dominio y jurisdicción del terreno por parte de las provincias (“Ley 12.103,” 1934). Este requisito se mantuvo en la actual Ley de Parques Nacionales (“Ley 22.351,” 1980).

III.6. Regulación de los territorios sometidos a jurisdicción federal y leyes de adhesión

Como parte de la competencia para ejercer legislación exclusiva sobre la Capital Federal y los territorios sometidos a jurisdicción nacional, el Congreso Nacional dictó normas ambientales sobre contaminación del aire (“Ley 20.284,” 1973), gestión de residuos peligrosos (“Ley 22.428,” 1981), bosques protectores (“Ley 13.273,” 1948), protección del suelo (“Ley 22.428,” 1981) y especies en peligro de extinción (“Ley 22.421,” 1981), entre otras. Estas leyes contienen una

¹⁰ Pese algunas diferencias en la redacción, ambas cláusulas son muy similares y los tribunales argentinos han recurrido a la jurisprudencia norteamericana para delimitar el contenido de este artículo (Gelli, 2011; Podlieszewski, 2019).

cláusula por la que se invita a las provincias a adherir a la norma nacional, adhesión que se materializaba a través de una norma local que “hace propio” el texto de la ley. De esta forma, el Congreso Nacional encontró un vehículo para la unificación de legislación ambiental en algunas materias, a través de la invitación a adherirse y el ofrecimiento de incentivos económico para las provincias que formaran parte del régimen nacional.

III.7. Tratados interjurisdiccionales

Finalmente, la posibilidad de celebrar tratados interjurisdiccionales (CN, 1994, Art. 125) permitió dar respuestas consensuadas a los problemas ambientales compartidos por dos o más provincias, a través de la creación de autoridades de cuencas,¹¹ la celebración de acuerdos para la gestión conjunta de residuos domiciliarios,¹² para la alerta y colaboración en incendios rurales que afecten el límite común a las provincias ("Ley provincial 7.717," 2007), para la elaboración conjunta de planes de riego ("Ley Provincial 8.209," 1974), para la creación centros de investigación y extensión forestal ("Ley Provincial 2.500," 1992), entre otros. Estos acuerdos permitieron a los estados locales establecer medidas para la gestión de problemas regionales, sin necesidad de recurrir a la intervención del gobierno federal.

III.8. Subsidiariedad y correspondencia territorial en la Constitución de 1853/60

En conclusión, aún sin proponérselo, la Constitución de 1853/60 estableció una distribución de competencias que respeta los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial. En efecto, el poder de policía local permitió a las provincias abordar las cuestiones ambientales que se suscitaban en su territorio, a

¹¹ Ej., el Comité Interjurisdiccional del Río Colorado ("Acta de la VI conferencia de gobernadores del río Colorado," 1976).

¹² Así por ejemplo, el acuerdo de creación del CEAMSE ("Convenio celebrado entre la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires," 1977).

la vez que se le otorgó herramientas al gobierno federal para intervenir frente a la existencia de un daño ambiental interjurisdiccional, una afectación al comercio, o la necesidad de proteger un ecosistema especialmente valioso. Para dichos casos, el Congreso cuenta con las facultades que enumeramos en los apartados anteriores.

Si bien es cierto que el Poder Legislativo Federal hizo un uso limitado de estas facultades, la Constitución histórica le proveyó una caja de herramientas completa para abordar los problemas ambientales que requerían de su intervención. Prueba de ello es la copiosa legislación ambiental establecida por el Congreso de los Estados Unidos, a partir de potestades similares. Asimismo, la facultad de celebrar tratados interprovinciales se utilizó para la creación de autoridades intermedias para la gestión conjunta de recursos compartidos, lo que permitió seguir el principio de correspondencia territorial, aún cuando el problema ambiental excedía los límites de la provincia.

Es decir que, hasta la reforma de 1994, la normativa ambiental respondió, al menos parcialmente, a los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial y priorizó las respuestas locales y regionales por sobre la centralización.

IV. La reforma de 1994 y la nueva distribución de competencias

IV.1. Cambios introducidos por la reforma de 1994

La reforma de la Constitución de 1994 modificó sustancialmente la distribución de competencias existentes. En efecto, el artículo 41 reconoció expresamente el derecho a un ambiente sano, apto para el desarrollo humano y sustentable; y le otorgó a la Nación la competencia para “dictar las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental” y a las provincias “las necesarias para complementarlas”, sin que “aquellas alteren las jurisdicciones locales”. De esta forma, el constituyente optó por una estructura cooperativa, en donde ambos niveles de gobierno tienen competencias para regular los problemas ambientales: la Nación establece un piso mínimo uniforme para todo el país y las provincias pueden

complementarlo según sus necesidades y preferencias, siempre que dicho complemento no implique perforar el piso mínimo.

Un primer interrogante que surge a partir de la incorporación del Art. 41 es cómo se articulan estas nuevas competencias con las que ya existían en la Constitución histórica. ¿Reemplaza el Art. 41 a las competencias ambientales existentes? ¿Toda norma ambiental dictada por el Congreso Nacional debe considerarse de presupuestos mínimos? En mi opinión, las nuevas competencias deben entenderse como complementarias de las que ya habían sido delegadas en la Constitución histórica. Más allá de la necesidad de interpretar el artículo 41 de forma armónica con el resto de las disposiciones de la Constitución Nacional, considerar que a partir de la reforma de 1994 las competencias ambientales del gobierno federal quedaron limitadas a la legislación de presupuestos mínimos nos llevaría a una situación absurda que frustraría el fin de hacer “un solo país para un solo pueblo” (“Bressani c. Provincia de Mendoza,” 1937).

En efecto, si toda norma ambiental dictada por la Nación fuera considerada de presupuestos mínimos, el resultado sería la interrupción del comercio interprovincial y la frustración de los fines previstos al delegar competencias al Congreso Nacional en el Art. 75. Imaginemos, por ejemplo, que para mejorar la calidad del aire una provincia decidiera exigir una determinada composición de los combustibles (por encima de la exigida por el gobierno nacional) o establecer estándares ambientales más exigentes para los automóviles que circulan en su territorio. Imaginemos ahora que todas las provincias deciden hacer lo mismo. En un contexto así, la libre circulación de bienes y servicios a lo largo del territorio nacional sería terriblemente dificultosa.

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido en el precedente “Líneas de Transmisión del Litoral S.A. c. Provincia de Corrientes” (1999) que

“las previsiones contenidas en materia ambiental en las leyes [federales] de energía, como así también la función de ‘velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública, en la construcción y operación de los sistemas de generación, transporte y distribución de electricidad ...’, atribuidas al

Ente Nacional Regulador de la Electricidad ... no se ven modificadas por el nuevo art. 41 ni se contradicen con él.”

Por tanto, consideró inconstitucionales las leyes provinciales que modificaban el trazado de una línea de alta tensión por razones ambientales, ya que interferían con las facultades que le corresponden al Estado Nacional para la concreción de un servicio público nacional.¹³

Más recientemente, en "Telefónica Móviles c. Municipalidad de General Güemes" (2019), el tribunal concluyó que la norma municipal que modificaba la ubicación de las antenas de telefonía móvil era inconstitucional por invadir facultades delegadas por las provincias a la Nación (Art. 75 inc. 13 y 18). En su voto concurrente, el ministro Lorenzetti explicó que

“de admitirse la validez de la regulación municipal en materia de localización de antenas de telefonía móvil ‘podría configurarse el absurdo de que en cada ciudad exista una regulación distinta sobre el tópico en cuestión, imposibilitando no solo el referido normal desarrollo de la telefonía móvil sino también la integración y modernización de la Nación y afectando el comercio interprovincial y regional”.

Es claro entonces que la normativa ambiental federal, dictada en uso de los poderes delegados en el Art. 75, no es susceptible de ser complementada por las provincias,¹⁴ por lo que ambos sistemas conviven a partir de la reforma de 1994. Es decir que bajo el sistema de la Constitución de 1994 existen: (i) competencias ambientales federales (75 inc. 2, 13, 18, 22, 30, 32); (ii) competencias nacionales para establecer normas de derecho común respecto al daño ambiental y a los delitos ambientales (75 inc. 12); y (iii) competencias nacionales para establecer normas de presupuestos mínimos que pueden ser complementadas por las provincias.

¹³ El tribunal consideró que “la policía ambiental no debe escapar a las condiciones exigibles a toda facultad concurrente, esto es, no resultar incompatible con el fin nacional perseguido, que debe prevalecer. La jurisdicción federal ya reconocida, que contiene exigencias para la preservación ecológica que, por otro lado, no han sido impugnadas por insuficientes, conduce a la admisión de la demanda.” (Considerando 12).

¹⁴ Salvo que la norma en cuestión permita expresamente esa complementación.

IV.2. Federalismo y cooperación en el establecimiento de estándares ambientales

La estructura de piso mínimo nacional y complemento local introducida por la reforma de 1994 no es atípica en otros países federales. La cooperación en el establecimiento de estándares ambientales es común en el federalismo norteamericano, aún sin que exista una cláusula que expresamente lo prevea ("New York v. United States," 1992). De hecho, solo en dos ocasiones el Congreso de los Estados Unidos ha optado por dictar legislación que prohíbe a los estados establecer estándares diferentes a los contemplados por la legislación federal: la regulación de la contaminación del aire por las emisiones de automotores; y algunos aspectos de la regulación de insecticidas (Kelemen, 2004, p. 60). En el resto de los supuestos ha utilizado lo que se conoce como *partial preemption*, que implica un esquema similar al de nuestro país: el estado federal establece estándares ambientales mínimos, pero permite a los estados locales diseñar e implementar sus propias leyes y programas para alcanzar los objetivos establecidos por la legislación federal, siempre que estos sean al menos tan exigentes como el estándar federal (Adelman & Engel, 2008; Kelemen, 2004). El gobierno federal supervisa la implementación de la norma por parte de los estados locales y puede accionar judicialmente para asegurar su cumplimiento, e incluso retomar las facultades delegadas en aquellos casos en los que los estados incumplen los estándares federales.

Algo similar sucede en la Unión Europea. La enmienda al tratado de Roma de 1987 establece explícitamente las bases de la política ambiental y permite a los países miembros mantener o adoptar regulaciones ambientales más estrictas que las aprobadas por la Comunidad. La implementación de las directivas comunitarias queda en manos de los Estados miembros, pero la Comisión supervisa su implementación, asegura que las regulaciones sean aplicadas en la práctica y, en caso de incumplimiento (detectado por la Comisión o denunciado por individuos u organizaciones), puede llevar el caso ante la Corte Europea de Justicia (Kelemen, 2004).

Las leyes de presupuestos mínimos, sin embargo, tienen dos diferencias importantes con las previstas en el régimen anterior a la reforma y con el

federalismo de cooperación de los Estados Unidos y la Unión Europea: (i) no son leyes federales; y (ii) no están limitadas en cuanto a las materias que pueden abarcar¹⁵. Analizaremos a continuación estas dos diferencias y sus principales consecuencias.

IV.2.1. Las leyes de presupuestos mínimos no son leyes federales

La primera diferencia importante entre el Art. 41 y las estructuras cooperativas utilizadas en el derecho comparado es que las leyes de presupuestos mínimos no son leyes federales sino leyes comunes. En efecto, el tercer párrafo del Art. 41 repite la fórmula del 75 inc. 12 al dejar establecido que las normas de presupuestos mínimos que dicte el Congreso no pueden alterar las jurisdicciones locales. Este último buscó unificar el derecho de fondo, pero manteniendo en las provincias la facultad de organizar sus propios tribunales y dictar las leyes procesales (González, 1897).

Al seguir esa estructura, la fórmula elegida por el Art. 41 implica que las normas de presupuestos mínimos dictadas por el Congreso Nacional serán aplicadas e interpretadas por los poderes provinciales, excepto cuando las personas o las cosas caigan bajo la jurisdicción federal. Es decir que el control de la justicia federal de dichas normas quedará reservado a los supuestos en que (i) exista un problema ambiental interjurisdiccional (“Ley 25.675”, 2002); (ii) las personas o las cosas estén sometidas a la jurisdicción federal (CN, Art. 75 inc. 12); o (iii) exista una cuestión federal involucrada de magnitud tal que permita a los actores llegar a la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario federal, luego de haber obtenido una decisión del máximo tribunal provincial (“Ley 48”, 1863).

En consecuencia, en aquellos supuestos en los que los Estados locales se resistan a aplicar la legislación de presupuestos mínimos en su territorio o dicten normas que estén por debajo del piso mínimo establecido por la Nación, el gobierno

¹⁵ Ramírez Calvo (2012) señala que esto puede deberse a que la norma fue “trasplantada” de la constitución española, que establece un régimen centralista muy distinto al de los países federales.

federal carecerá de herramientas para garantizar su efectivo cumplimiento. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos o la Unión Europea, nuestro gobierno federal no tiene facultades para forzar el cumplimiento de las leyes de presupuestos mínimos en los territorios provinciales, ya que estas no son normas federales.

Un claro ejemplo de esta situación puede verse en la implementación de la Ley de Bosques Nativos. Recientemente, la provincia de Salta creó excepciones que permitieron el desmonte de bosques nativos en su territorio, en violación de la legislación de presupuestos mínimos. Más allá de que dichas disposiciones son claramente inconstitucionales por incumplir el piso mínimo de protección establecido a nivel nacional, la Secretaría de Ambiente Nacional solo puede “instar” a la provincia a “dar cumplimiento con la legislación nacional y dejar sin efecto las disposiciones contrarias a la ley” (“Resolución MAyDS 56-E,” 2018). Pero, por fuera de esa resolución, carece de facultades para dejar sin efecto las autorizaciones de desmonte otorgadas por Salta, sancionar a quienes prosigan con el desmonte, o tomar las riendas de la administración de los permisos directamente desde el gobierno federal.

Esta es una grave deficiencia de las leyes de presupuestos mínimos, que limita fuertemente su poder para dar respuesta a aquellos problemas que requieren la intervención del gobierno federal, en ausencia de una actitud cooperativa por parte de los gobiernos provinciales.

IV.2.2. Las leyes de presupuestos mínimos no están limitadas en cuanto a las materias que pueden abarcar

En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma de 1994, el Art. 41 permite al Estado Nacional establecer legislación ambiental sin necesidad de justificar su sanción en la existencia de un problema ambiental interjurisdiccional, la preservación de áreas de especial valor de conservación, la necesidad de mantener un mercado común o la existencia de economías de escala. De hecho, en ocasiones, esta potestad se ha utilizado para establecer legislación nacional en cuestiones

eminentemente locales como la gestión de residuos domiciliarios, el ordenamiento ambiental del territorio, o la eliminación de PCB dentro del territorio de la provincia.

Al otorgarle poderes tan amplios al gobierno nacional, la Constitución de 1994 dejó de lado los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial y permitió al Gobierno Nacional establecer legislación de presupuestos mínimos sobre todas las cuestiones ambientales, sin importar cuán locales sean. En la siguiente sección analizaremos si existen otros argumentos teóricos que justifiquen este nivel de centralización en un país federal.

IV.3. ¿Existe una justificación teórica para la nueva distribución de competencias?

A partir de las competencias delegadas en la cláusula comercial, la cláusula del progreso, la facultad de suscribir tratados internacionales, crear establecimientos de utilidad nacional y establecer impuestos y contribuciones, el gobierno federal tuvo hasta 1994 competencias similares a las que detenta el gobierno federal de Estados Unidos o la Unión Europea. La reforma de 1994 le permitió además dictar legislación común de piso mínimo sobre cualquier temática ambiental, sin importar si se trata de un tema acotado al ámbito municipal o provincial.

Esta intervención nacional en asuntos eminentemente locales solo parece encontrar su justificación en dos argumentos: (i) la “carrera hacia el fondo”; y (ii) el reconocimiento del derecho a un ambiente sano. Sin embargo, como se verá a continuación estos argumentos no son suficientes como para dejar de lado los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial; y, en cualquier caso, no sirven para justificar la legislación de presupuestos mínimos dictada hasta la actualidad.

IV.3.1. La carrera hacia el fondo

El argumento de la carrera hacia el fondo es una variante de la “tragedia de los recursos comunes” (Hardin, 1968), según la cual, en ausencia de intervención

federal, las provincias competirán para atraer a aquellas actividades económicas que pueden moverse libremente a través del territorio, de forma tal de beneficiarse con más puestos de trabajo o con el pago de tasas y contribuciones (Stewart, 1977). Para ello, relajarán sus estándares ambientales por debajo del nivel óptimo para sus comunidades y generarán, de esa forma, incentivos para que las actividades económicas se localicen en su territorio. Sin embargo, si todas provincias razonan de la misma manera, correrán una “carrera hacia el fondo”, relajando sucesivamente sus estándares ambientales para atraer industrias. Al final de esta carrera, todas las provincias terminarán con estándares ambientales más bajos que los que hubieran elegido si no hubiera existido esta competencia nociva entre los miembros de la federación.

La posibilidad de negociar un acuerdo interjurisdiccional que ponga un freno a la carrera hacia el fondo es poco probable, dado que los costos de transacción podrían ser muy altos. Por ende, según este argumento, la única solución posible es la intervención del gobierno federal a través de regulación centralizada. Es decir que, al establecer un piso mínimo para la regulación de residuos domiciliarios, el ordenamiento ambiental del territorio local, o gestión de PCB, el Estado Nacional estaría asegurando que las provincias no rebajen sus estándares ambientales para fomentar la localización de empresas e industrias.

Se ha demostrado, sin embargo, que es muy difícil replicar los presupuestos teóricos en los que ocurre la carrera hacia el fondo (Revesz, 1997a). A diferencia de lo que sus proponentes sugieren, el costo de transacción involucrado en la mudanza de jurisdicción en muchos casos será lo suficientemente alto como para que la carrera no pueda correrse. En efecto, para muchas industrias resultaría muy costoso mover su planta y todo su personal para responder a los incentivos que podría generar una legislación ambiental más laxa. Asimismo, muchas industrias reguladas dependen de la existencia de ciertos recursos naturales o condiciones geográficas para su instalación, lo que dificultaría aún más las posibilidades de competencia.

El argumento de la carrera hacia el fondo tampoco tiene en cuenta que las preferencias de los ciudadanos por determinados niveles de calidad ambiental también podría llevarlos a mudarse de jurisdicción, si los estándares disminuyesen

más allá de cierto piso. En este sentido, el argumento de la carrera hacia el fondo funciona si suponemos que los ciudadanos que tienen preferencias ambientales más elevadas que las establecidas por la legislatura local no tienen posibilidades de mudarse, son demasiado pocos o no pueden organizarse para oponerse a la legislación (Revesz, 1997a). Sin embargo, en la práctica, los ciudadanos tienden a ser muy reticentes a aceptar cambios que aumenten los riesgos ambientales de sus comunidades o disminuyan el valor de su propiedad (aun cuando estos cambios signifiquen menos impuestos). Las polémicas generadas por la localización de rellenos sanitarios son solo un ejemplo de esta resistencia.

Por otra parte, aun si suponemos por hipótesis que existe una carrera hacia el fondo para atraer industrias mediante la relajación de los estándares ambientales, las leyes de presupuestos mínimos no serían el mejor vehículo para detenerla. En efecto, como señalé en la sección IV.2.1. *supra*, al tratarse de legislación común (y no de legislación federal) el estado federal cuenta con limitadas facultades para lograr el cumplimiento de las normas de presupuestos mínimos. La carrera hacia el fondo podría entonces correrse simplemente relajando el control del cumplimiento de las normas ambientales, competencia que permanece en cabeza de los gobiernos provinciales.

Finalmente, aun si funcionaran correctamente, las leyes de presupuestos mínimos no evitarían que la competencia se trasladase a otros ámbitos regulados a nivel local (como podrían ser los impuestos, las normas procesales, la legislación municipal, etc.). Por lo tanto, si tomamos este argumento en serio, el gobierno federal debería tomar a su cargo la totalidad del derecho público local para evitar que las provincias corran algún tipo de carrera hacia el fondo (Revesz, 1997a). Es decir, la única forma de evitar este problema (si es que efectivamente existe¹⁶) sería eliminar por completo la autonomía de los estados provinciales.

¹⁶ Adler (2005) señala que no existe evidencia de que la carrera hacia el fondo ocurra en la práctica.

IV.3.2. El reconocimiento del derecho al ambiente sano

Otra posible justificación a la legislación nacional de piso mínimo puede encontrarse en el reconocimiento del derecho al ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y sustentable. Según este argumento, al reconocerse el derecho al ambiente sano, el Estado Nacional estaría obligado a asegurar un mínimo de calidad ambiental a todos los habitantes de la Nación, para asegurar su derecho de igualdad ante la ley (Gartenstein-Ross, 2003). Este argumento estuvo entre las razones que dio la constituyente Roulet para defender la formulación del artículo:

En el texto que hemos adoptado, donde se establece una legislación de base que está a cargo de la Nación y que fija los requisitos mínimos de los niveles de protección, creo que tenemos que tener en cuenta en primer lugar, que todos los habitantes del país tengan esta mínima protección, debemos cuidar que no existan vacíos legislativos en ninguna jurisdicción que dejen desprotegidos a los habitantes del país (*Versiones Taquigráficas de la Convención Constituyente*, 1994, p. 4093).

En primer lugar, cabe destacar que el reconocimiento de un derecho en la Constitución Nacional no justifica por sí solo la delegación de competencias en el gobierno federal. Nuestra Corte Suprema ha sostenido que "la existencia de distintas regulaciones [...] dentro de las respectivas jurisdicciones de la Nación y las provincias es consecuencia del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional, de modo que cada una de ellas es libre de dictarlas con la sola limitación . . . de que deben constituir una reglamentación razonable del derecho" ("López Rega, José s/ incidente de excarcelación," 1989).

No obstante, sería posible que, dadas las particularidades del derecho al ambiente sano, el constituyente haya querido asegurar un mínimo de protección común en todo el territorio. Si esta fuera la justificación para el dictado de legislación de presupuestos mínimos, el marco regulatorio actual podría ser a la vez subinclusivo y sobreinclusivo. (Revesz, 1997b).

En efecto, el Art. 41 de la Constitución Nacional garantiza a todos los habitantes de la Nación el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y sustentable. Tal como señaló nuestra Corte Suprema el

ambiente no es una mera acumulación de elementos sino un sistema integrado que tiene un punto de equilibrio ("Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza," 2017). Sin embargo, la legislación ambiental de presupuestos mínimos adoptó un enfoque que no se basa en los niveles agregados de contaminación, sino que regula cada componente del ecosistema o cada problema ambiental por separado. Este mecanismo puede no ser suficiente para prevenir la existencia de niveles de contaminación que violen el derecho al ambiente sano en algunas o todas las comunidades. En efecto, aún si todas las normas de presupuestos mínimos fueran respetadas, el efecto agregado de la contaminación permitida podría llevar a que determinadas comunidades padezcan niveles demasiado altos de contaminación. De igual modo, la regulación de piso mínimo podría aplicarse en áreas en las cuales los niveles de contaminación agregada son suficientemente bajos como para que no exista, en la práctica, una violación al derecho (Gartenstein-Ross, 2003).

Si lo que nos preocupa son los impactos agregados de la contaminación, es claro que los gobiernos locales son los que están en mejores condiciones de establecer normas que propendan a la efectiva garantía del derecho al ambiente sano. En este contexto, el rol del gobierno federal podría estar dado por el monitoreo de los impactos ambientales acumulados, para asegurar que las condiciones ambientales de ninguna comunidad estén en un nivel que viole el derecho al ambiente sano de sus integrantes (Gartenstein-Ross, 2003). De ocurrir esto, el gobierno federal debería intervenir para asegurar que la región en cuestión alcance los estándares mínimos. De esta forma, el gobierno federal estaría asegurando la efectiva garantía del derecho al ambiente sano en todo el territorio nacional, sin por ello desconocer los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial.

V. Conclusión: Por una vuelta al federalismo ambiental

Si bien es cierto que antes de 1994 solo existía un incipiente desarrollo del derecho ambiental federal, esto no se debió a un problema de diseño institucional. Como se demostró a lo largo de este trabajo, la Constitución histórica dotó al

Gobierno Federal de una caja de herramientas completa para resolver los problemas ambientales que requerían de su intervención. De acuerdo con los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial, el Congreso Nacional utilizó dichas herramientas para hacer frente a problemas interjurisdiccionales, establecer estándares para los productos que circulan en el territorio y proteger ecosistemas especialmente valiosos. Por su parte, las provincias suscribieron acuerdos interprovinciales y crearon entidades regionales para la gestión conjunta de ecosistemas compartidos. De esta forma, se priorizaron las respuestas locales y regionales por sobre la centralización.

La incorporación de las normas de presupuestos mínimos en la reforma de 1994 optó por fortalecer el centralismo en materia ambiental, sin una justificación teórica clara. En efecto, el Art. 41 otorgó nuevas competencias al Congreso Nacional para dictar legislación ambiental común, sin justificar su sanción ni en la existencia de un problema interjurisdiccional, ni en la necesidad de mantener un mercado común o la protección de especies y ecosistemas valiosos.

Como se vio durante el desarrollo de este trabajo, la centralización de competencias ambientales en el gobierno federal no puede ser justificada por la necesidad de evitar la competencia interjurisdiccional. Por otra parte, si lo que se buscó fue asegurar un piso mínimo de derechos, se debió haber optado por normas que abordaran el riesgo ambiental agregado y no por leyes sectoriales que atacan por separado los distintos problemas ambientales.

No obstante, la legislación de presupuestos mínimos es una herramienta excelente para abordar aquellos problemas ambientales que sí requieren la intervención del gobierno federal, ya que deja espacio para que las legislaciones locales establezcan normas más estrictas o rellenen los vacíos legislativos. Esto permite adaptar los estándares nacionales para hacer frente a las realidades, climas y biomas más disimiles. Sin embargo, como se ha mostrado a lo largo del artículo, al tratarse de normas de derecho común la legislación de presupuestos mínimos resulta doblemente deficiente. Por un lado, permite al gobierno nacional inmiscuirse en cuestiones locales, en contra de los principios de subsidiariedad y correspondencia territorial. Por el otro, depende de la cooperación de los gobiernos

provinciales para su efectividad y, por lo tanto, es una herramienta débil para dar solución a los problemas ambientales interjurisdiccionales, cuando no se cuenta con la cooperación de las provincias.

La buena noticia es que no es necesario una reforma constitucional para corregir estos problemas. Dado que el gobierno federal ha conservado las competencias atribuidas por la Constitución histórica, lo único que se necesita es retomar las competencias ambientales federales. En efecto, alcanza solo con que el Congreso se enfoque en el dictado de normas federales para los problemas que requieren su intervención. Cabe destacar que retomar las competencias ambientales federales no quiere decir dictar legislación uniforme. Como muestra con claridad el ejemplo de Estados Unidos es posible dictar legislación federal que deje lugar para la complementación e implementación local. Normas de este tipo, para hacer frente a los problemas que justifican la intervención del gobierno federal, probablemente resulten más deseables que el esquema actual que nos lleva a un centralismo injustificado.

Bibliografía

Libros y artículos

- ADELMAN, David E. y ENGEL, Kiursten H. (2008). "Adaptative Federalism: The Case Against Reallocating Environmental Regulatory Authority", *Minnesota Law Review*, 92, 1796-1850.
- ADLER, Jonathan H. (2003). "Letting Fifty Flowers Bloom: Using Federalism to Spur Environmental Innovation", en CHEN, Jim (Ed.), *The Jurisdynamics of Environmental Protection: Change and the Pragmatic Voice in Environmental Law*. Washington D.C.: Environmental Law Institute.
- ADLER, Jonathan H. (2005). "Jurisdictional Mismatch in Environmental Federalism", *NYU Environmental Law Journal*, 14, 130-178.
- BARBER, Nick W. (2018). *The Principles of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press.

- BERMANN, George (1994). "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States", *Columbia Law Review*, 94(2), 331-456.
- BUTLER, Henry N. y MACEY, Jonathan R. (1996). *Using Federalism to Improve Environmental Policy*. Washington D.C.: The AEI Press.
- CALABRESI, Steven G. y BICKFORD, Lucy D. (2014). "Federalism and Subsidiarity", en FLEMING, James E. y LEVY, Jacob T. (eds.), *Federalism and Subsidiarity: Nomos LV*. New York: NYU Press.
- CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA (1986). *Reforma Constitucional: Dictamen Preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*. Buenos Aires: Eudeba.
- ESTY, Daniel C. (1997). "Revitalizing Environmental Federalism", *Michigan Law Review*, 95, 570-653.
- ESTY, Daniel C. (2008). "Breaking the Environmental Law Logjam: The International Dimension", *NYU Environmental Law Journal*, 17, 836-853.
- FITZGERALD, Edward A. (1996). "The Constitutional Division of Power with Respect to the Environment in the United States", en HOLLAND, Kenneth M., MORTON, F.L. y GALLIGAN, Brian (eds.), *Federalism and the Environment*. Connecticut: Greenwood Press.
- FRIAS, Pedro (2004). *El Federalismo Argentino*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en <https://www.acaderc.org.ar/2004/11/26/el-federalismo-argentino/>
- GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo (2006). *Las Fuentes de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- GARTENSTEIN-ROSS, Daveed (2003). "An Analysis of the Right-Based Justification for Federal Intervention in Environmental Regulation", *Duke Environmental Law & Policy Forum*, 14(1), 185-243.
- GELLI, María Angélica (2011). *Constitución Comentada*. Buenos Aires: La Ley.
- GONZÁLEZ, Joaquín V. (1897). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Angel Estrada y Ca. Editores.

- HALBERSTAM, Daniel (2012). "Federalism: Theory, Policy, Law", en ROSENFLED, Michael y SAJÓ, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.
- HARDIN, Garrett (1968). "The Tragedy of the Commons", *Science*, 162(3859).
- HERNÁNDEZ, Antonio María (2018). *Estudios de Federalismo Comparado. Argentina, Estados Unidos y México*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- KARKKAINEN, Bradley C. (2001-2002). "Collaborative Ecosystem Governance: Scale, Complexity, and Dynamism", *Virginia Environmental Law Journal*, 21, 189-243.
- KELEMEN, R. Daniel (2004). *The Rules of Federalism*. Cambridge: Harvard University Press.
- OLSON, Mancur (1969). "The Principle of 'Fiscal Equivalence': The Division of Responsibilities among Different Levels of Government", *The American Economic Review*, 59(2), 479-487.
- PODLIESZEWSKI, Tatiana (2019). "Comentario al Art. 75 inc. 32. Los poderes implícitos del Congreso de la Nación", en GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (eds.), *Comentarios a la Constitución Nacional*, vol. 2. Buenos Aires: La Ley.
- RAMÍREZ CALVO, Ricardo (2012). "Sub-National Constitutionalism in Argentina. An Overview", *Perspectives on Federalism*, 4(2).
- REVESZ, Richard L. (1997a). "Federalism and Environmental Regulation: A Normative Critique", en FERREJOHN, John A. y WEINGAST, Barry R. (eds.), *The New Federalism. Can States be Trusted?* California: Hoover Institution Press.
- REVESZ, Richard L. (1997b). "The Race to the Bottom and Federal Environmental Regulation: A response to Critics", *Minnesota Law Review*, 82(2), 535-564.
- REVESZ, Richard L. (2008). *Environmental Law and Policy*, 4^a ed. New York: Foundation Press.

SALASSA BOIX, Rodolfo (2019). “El marco jurídico de los tributos ambientales en la Argentina: una especial mención sobre el impuesto al dióxido de carbono”, *Revista de Derecho Ambiental*, 59.

STEWART, Richard B. (1977). “Pyramids of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy”, *Yale Law Journal*, 86.

VALLS, Mario. (1992). *Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Jurisprudencia

BRESSANI C. PROVINCIA DE MENDOZA, Fallos: 178:9 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1937).

CAMUZZI GAS DEL SUR S.A. C. PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, Fallos: 327:5012 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2004).

EMPRESA PLAZA DE TOROS C/ GOBIERNO DE BUENOS AIRES, Fallos: 7:150 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1869).

FERROCARRIL CENTRAL ARGENTINO C. PROVINCIA DE SANTA FE, Fallos: 68:227 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1897).

FERROCARRILES DEL SUD C. MUNICIPAL. DE JUÁREZ, Fallos: 183:190 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1939).

HARENGUS S.A. C. PROVINCIA DE SANTA CRUZ, Fallos: 317:397 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1994).

HODEL V. VA. SURFACE MIN. & RECLAMATION ASS'N INC., 425 U.S. 264 (Corte Suprema de los Estados Unidos 1981).

LÍNEAS DE TRANSMISIÓN DEL LITORAL S.A. C. PROVINCIA DE CORRIENTES, Fallos: 322:2862 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1999).

LÓPEZ REGA, JOSÉ S/ INCIDENTE DE EXCARCELACIÓN, Fallos: 312:772 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1989).

NEW YORK V. UNITED STATES, 505 U.S. 144 Corte Suprema de los Estados Unidos 1992).

NOBLEZA PICARDO C/ PROVINCIA DE SANTA FE, Fallos: 338:1110 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2015).

PROVINCIA DE BUENOS AIRES C. PROVINCIA DE SANTA FE, Fallos: 342:2136 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2019).

PROVINCIA DE LA PAMPA C. PROVINCIA DE MENDOZA, Fallos: 340:1695 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2017).

ROCA, MAGDALENA C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Fallos: 318:992 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1995).

TELEFÓNICA MÓVILES C. MUNICIPALIDAD DE GENERAL GÜEMES, Fallos: 342:1061 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2019).

THE UNITED RIVER PLATE TELEPHONE CIA. LTDA UNIÓN TELEFÓNICA C. PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Fallos: 154:104 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1929).

Fuentes y Documentos

ACTA DE LA VI CONFERENCIA DE GOBERNADORES DEL RÍO COLORADO (1976).

CONGRESO NACIONAL. (1863). *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados del año 1862*. Buenos Aires: Imprenta de la Tribuna

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1853/60).

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1994).

CONVENIO CELEBRADO ENTRE LA MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Ordenanza No. 33.691, B.M. 15.577 del 8 de agosto. (1977).

DEBATE PARLAMENTARIO DE LA LEY 24.039, Cámara de Diputados de la Nación (1993).

LEY 48, sancionada el 25 de agosto, (1863).

LEY 12.103, B.O. 29 de octubre (1934).

LEY 13.273, B.O. 6 de octubre (1948).

LEY 18.073, B.O. 27 de marzo (1969).

LEY 20.284, B.O. 3 de mayo (1973).

LEY 20.628, B.O. 31 de diciembre (1973).

LEY 22.351, B.O. 12 de diciembre (1980).

LEY 22.421, B.O. 24 de junio (1981).

LEY 22.428, B.O. del 20 de marzo (1981).

LEY 25.019, B.O. 26 de octubre (1998).

LEY 25.675, B.O. 28 de noviembre (2002).

LEY PROVINCIAL 2.500, B.O. de la Provincia de Río Negro 20 de julio (1992).

LEY PROVINCIAL 7.717, Ratificación del decreto 578/04 sobre convenios con las provincias de Mendoza, La Pampa y San Luis sobre Avisos y alertas de incendios rurales, B.O. de Mendoza 12 de junio (2007).

LEY PROVINCIAL 8.209, B.O. de la Provincia de Buenos Aires 22 de agosto (1974).

RESOLUCIÓN MAdS 56-E, B.O. del 25 de enero (2018).

TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, C 326/13 C.F.R. (2008).

Versiones Taquigráficas de la Convención Constituyente, Convención Nacional Constituyente, (1994).

THE VIRGINIA PLAN (1787), en Founders Online, U.S. National Archives.

Derechos sexuales en pandemia Sexual rights in pandemic

Por Juan Pablo Bohoslavsky

Juan Cruz Goñi

Resumen: Este texto reflexiona críticamente en torno a la problemática del ejercicio de los derechos sexuales durante la pandemia. Se pone el foco en el significado político de las restricciones estatales al pleno ejercicio del derecho humano a la libre sexualidad y en los impactos diferenciales que esas restricciones ocasionaron en la salud mental de determinadas poblaciones en situación de vulnerabilidad. Se intenta ubicar a los derechos sexuales en el radar de las discusiones públicas (sanitarias, jurídicas y políticas) en torno a las medidas implementadas para capear la pandemia, transitar su salida y ofrecer algunas pistas preliminares sobre qué debería incluir un enfoque de derechos humanos sobre la problemática puesta en foco.

Palabras clave: Derechos sexuales; pandemia; grupos en situación de vulnerabilidad; derechos humanos.

Abstract: This text critically reflects on the problem of the exercise of sexual rights during the pandemic. The focus is on the political meaning of state restrictions on the full exercise of the human right to free sexuality and on the differential impacts that these restrictions have caused on the mental health of certain populations in situations of vulnerability. An attempt is made to place sexual rights on the radar of public discussions (health, legal and political) around the measures implemented to deal with the pandemic, navigate its way out and offer some preliminary clues about what a human rights approach to sexuality should include.

Keywords: Sexual rights; pandemic; vulnerable groups; human rights.

Fecha de recepción: 10/11/2021

Fecha de aceptación: 07/02/2022



Derechos sexuales en pandemia

Por Juan Pablo Bohoslavsky* y Juan Cruz Goñi**

El 5 de febrero de 2021, un habitante de Murcia de 40 años fue multado tras saltarse el cierre perimetral en la ciudad de Alicante. Según la crónica periodística (La Vanguardia, 2021), cuando los agentes estatales informaron a esta persona que su caso no encuadraba en ninguna de las excepciones que lo habilitaban para ingresar a la ciudad debido al aislamiento preventivo, el pasajero respondió que había leído en la prensa que las necesidades básicas del ser humano eran una excepción a la reglamentación vigente. Y prosiguió explicando que iba a encontrarse con su pareja, a la que hacía más de un mes que no veía, con la intención de mantener relaciones sexuales ya que, según trató de convencer a los agentes, “el sexo es una necesidad básica, como el comer” (sic).

El 4 de junio de 2021, una persona privada de su libertad fue sancionada a siete días de permanencia en su celda de alojamiento individual por mantener relaciones sexuales consensuadas pero no autorizadas dentro del baño del salón de visitas en una cárcel federal de la provincia argentina de Río Negro. El preso fue castigado luego de padecer más un año de abstinencia sexual ante la suspensión indefinida de las así llamadas “visitas íntimas” -única instancia en la que las personas privadas de la libertad son habilitadas a ejercer su sexualidad con otro/a. En numerosos países de la región, a agosto de 2021, y por razones sanitarias, aún no

* Investigador de CONICET-Universidad Nacional de Río Negro (Centro Interdisciplinario de Estudios sobre Derechos, Inclusión y Sociedad, CIEDIS). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Fue Hauser Global Fellow de la Universidad de Nueva York, funcionario de la UNCTAD y Experto Independiente en deuda externa y derechos humanos de la ONU. Ha sido consultor de la CEPAL, la ACNUDH, el Estado argentino y organismos de derechos humanos. Autor de libros y artículos sobre derechos humanos. Orci0d: <https://orcid.org/0000-0002-7059-281X>. Correo electrónico: juanpablobohos@gmail.com

** Docente e investigador de la Universidad Nacional del Comahue. Doctorando en Derechos Humanos (UNLa) y en Ciencias Sociales (UBA-Universidad de París Cité). Magister en Criminología (UNL) y Especialista en Derecho Penal (UNComa). Integró el equipo jurídico de la APDH de Neuquén y el equipo de Memoria, Verdad y Justicia del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Actualmente se desempeña como asesor de la Secretaría de Políticas de Igualdad y Diversidad del Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidades de la Nación. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3946-1659>. Correo electrónico: juancruz110@gmail.com

se había restablecido en las cárceles argentinas el llamado régimen de “visitas íntimas”.

Más allá del carácter anecdótico del caso del habitante de Murcia o de lo dramático del caso de Argentina, ambas situaciones ponen en evidencia una problemática que, a pesar de su relevancia y de haberse reproducido en los más variados contextos sociales, ha sido llamativamente invisibilizada tanto en el Norte como en el Sur Global desde la aparición del Covid-19: ¿qué ha sucedido con nuestro derecho a ejercer libremente la autonomía sexual en tiempos de pandemia? Hemos elegido dos casos paradigmáticos, el de un hombre que no convive con su pareja sexual y el de una persona privada de la libertad, porque, en su singularidad, ambos episodios alumbran un conjunto más amplio de situaciones en las que la población fue diferencialmente afectada en su autonomía sexual por el sistema sanitario de restricciones.

Este texto no se refiere específicamente al derecho a la salud y a los derechos reproductivos, donde el acceso a métodos anticonceptivos y a la realización de abortos seguros han enfrentado sus propios desafíos en pandemia (CEPAL, 2020). Tampoco se concentra en la violencia sexual y física contra las mujeres y niñas, la que se vio intensificada durante el confinamiento (ONU Mujeres, 2020); ni en el derecho a la educación sexual, aun sabiendo que un año deficitario en términos de garantizar la educación sexual integral profundizará la vulnerabilidad de niña/os y adolescentes frente a situaciones de abusos (Iglesias, 2020). En cambio, este ensayo elige poner el foco en el significado político de las restricciones estatales al libre ejercicio del derecho humano a la libre sexualidad y en los impactos diferenciales que esas restricciones han ocasionado en la salud mental de determinadas poblaciones.

La magnitud de la crisis generada por la pandemia del Covid-19 ha sido enfrentada por la mayoría de los países del mundo a través de la instauración de estados de excepción que, con el propósito de cuidar a la población, han implicado restricciones inéditas a la libertad de las personas. Desde el punto de vista de la relación del poder con la vida, las medidas sanitarias destinadas a contener la pandemia del coronavirus han significado una inusitada injerencia gubernamental

en la vida de las poblaciones, llegándose a intervenir en los detalles más finos de la existencia de las personas. En efecto, las prohibiciones a la circulación y, sobre todo, las restricciones impuestas al derecho de reunión, han inhabilitado una serie inestimable de actividades que antes las personas ejercíamos con libertad y de las que durante un largo periodo nos hemos visto impedidos/as de ejercer en nombre del cuidado de la salud propia y ajena.

Una de las actividades que entró en suspenso, sin que tal suspensión generara mayores repercusiones en los debates públicos, fue el ejercicio libre de la sexualidad. Casi inadvertidamente, la decisión de tener sexo con otro/a dejó de ser un atributo del que las personas podían gozar más o menos libremente, para convertirse en una actividad crecientemente administrada por el Estado. Al restringir la movilidad física, las reuniones y los viajes e impedir el acercamiento de los cuerpos a una distancia menor a 1,5 metros, los diversos dispositivos de aislamiento y distanciamiento social llegaron al límite de abolir el libre ejercicio de la sexualidad de las personas por fuera de la jurisdicción familiar conviviente. De esta manera, los Estados interfirieron abierta y diferencialmente en la administración y gestión de los placeres de las personas, al habilitar solo un tipo de ejercicio de la sexualidad –fundamentalmente monogámico y solo con el/la conviviente- y al impedir el libre ejercicio de otras formas que están por fuera de ese molde.

Por otra parte, la sexualidad de las personas fue objeto de una renovada y minuciosa reglamentación estatal. Por ejemplo, y por si lo habíamos olvidado, desde abril de 2020 rigió en Argentina un protocolo oficial sobre “Covid-19. Recomendaciones para sexo seguro” que advertía que “la forma más efectiva de prevenir el Covid-19 es evitar el contacto cercano (incluyendo relaciones sexuales), y los encuentros cara a cara (incluyendo parejas estables que habitualmente no convivan)” (Ministerio de Salud, 2020). En el informe diario que ofrecía el Ministerio de Salud de Argentina, un infectólogo advirtió que “es más importante que nunca el lavado de manos después de las relaciones sexuales, después de la masturbación o después del sexo virtual. Es importante lavar y desinfectar teclados, teléfonos, juguetes sexuales y cualquier otro objeto que hayamos usado incluso si no

fue compartido con otras personas” (Centena, 2020). Ese mismo infectólogo afectado por la fiebre higienista convirtió en *trending topic* de Twitter el hashtag #sexovirtual, luego de que una conferencia de prensa aconsejara practicar el sexting (Telenueve, 2020).

Más allá de sus controversiales hipótesis, el filósofo italiano Giorgio Agamben (2021) ha señalado un particular aspecto sobre el modo en que se ha gestionado la pandemia del coronavirus al plantear que, en nombre de la salvaguarda de la vida biológica, las sociedades se han mostrado dispuestas a tolerar limitaciones tan severas a ciertas libertades que ni siquiera llegaron a imponer las dictaduras totalitarias del siglo XX. Agamben arroja un interrogante provocador: ¿qué vida es la que los Estados alegan proteger? Y responde que los dispositivos ideados por las democracias liberales para enfrentar la pandemia del Covid-19, que pusieron la propia vida en suspenso, han tendido a reducir la riqueza de la vida humana a su expresión puramente biológica, despojándola de su dimensión social, política y afectiva.

No estamos discutiendo aquí -como sí lo hizo Agamben- la justificación de las medidas de cuidado implementadas -más o menos responsablemente- por parte de los Estados para enfrentar la pandemia y resguardar la vida de los seres humanos. Desde una posición genérica “pro-cuarentena”, cuando ésta tenga justificación epidemiológica, estamos señalando que esas medidas restrictivas se basaron en una concepción de la salud restringida únicamente a la dimensión biológica de la vida y que, en consecuencia, no se contemplaron los posibles impactos negativos que pudieron ocasionar sobre la salud mental de las personas (Bulhman et al., 2020). Tampoco fueron previstos los impactos diferenciales que el sistema de restricciones podía producir sobre determinadas poblaciones que ya padecían algún tipo de desigualdad estructural, como lo demuestran, por ejemplo, los casos de las personas privadas de su libertad y las personas LBTBI+.

No hay duda de que las restricciones impuestas a la sexualidad han sido un asunto problemático en pandemia y que el *tecnocapitalismo* (Martínez, 2021), que no deja huérfano a nadie, le proveyó una salida. Algunos de los principales sitios de internet que ofrecen material pornográfico, ya tempranamente, en marzo de 2020,

liberaron el acceso a sus contenidos durante la pandemia con el explícito propósito “aplanar la curva” (Crónica, 2020). Así, pudimos ver que las empresas de pornografía vieron de manera inmediata que los derechos sexuales estaban siendo cercenados y apostaron a estar del lado de los cuerpos deseantes, muy probablemente para fidelizarlos como consumidores. En términos generales, y más allá de esta estrategia corporativa, el consumo de contenido audiovisual pornográfico aumentó durante la pandemia (Rivera, 2020), en particular en los países que implementaron las medidas de confinamiento y aislamiento más restrictivas (Zattoni et al, 2020). Las estadísticas también indican que la compra en línea de juguetes sexuales explotó durante el confinamiento (Drolet, 2020). Otra tendencia que se consolidó con las pandemias fue la hiperactividad de las aplicaciones de citas (Tinder, Grindr, entre otras) (Oliver, 2020) y la práctica del *sexting*, tendencia que parece prefigurar mutaciones importantes en el plano del ejercicio de la sexualidad. Hemos asistido a una cierta hibridación entre las estrategias sanitarias implementadas por los Estados y las estrategias de venta insufladas por el mercado.

En ese punto podría plantearse entonces la hipótesis de que el dispositivo emergente de regulación de la sexualidad ensayado en pandemia ha sido funcional a la consolidación de los modelos de subjetividad estimulados por parte de los poderes hegemónicos. Si el neoliberalismo se distingue de cualquier otra variante del capitalismo porque apunta a capturar la propia subjetividad de las personas, promoviendo la fabricación de individuos regidos por una lógica empresarial, competitiva y gerencial de la propia existencia (Foucault, 2012; Laval & Dardot, 2010; Alemán, 2016), la pandemia le vino como anillo al dedo. Frente a individuos literalmente aislados, replegados sobre sí mismos, abstemios sexualmente por estar impedidos de poner su cuerpo en contacto con otras corporalidades, aterrorizados por la idea del contagio y, por lo tanto, percibiendo al otro/a como una peligrosa amenaza, el dispositivo de consumo tecnológico de mercancías culturales vinculadas al sexo se presenta como el antídoto perfecto.

Dejando a un lado las teorías conspirativas que asumen que los Estados y las elites corporativas aprovecharon deliberadamente la pandemia como excusa para

penetrar cada vez más en aspectos de la vida de las personas que no habían podido colonizar con anterioridad, preferimos interrogarnos más bien sobre los siguientes puntos: ¿Cuáles son los presupuestos bajo los que se diseñaron las medidas dispuestas y qué aspectos debería incluir un enfoque de derechos humanos sobre el asunto de las restricciones de la autonomía sexual de las personas? ¿Reflexionaron los/las hacedores/ras de políticas públicas sobre la tensión presente entre regulación sanitaria y los derechos sexuales como parte del derecho a la salud de las personas y, en especial, de las comunidades vulnerabilizadas? ¿Hubo conciencia sobre el nivel de sacrificio diferenciado exigido a ciertas porciones de la población que fueron impedidas de ejercer su libremente sexualidad durante un período tan largo de tiempo? ¿Hasta qué punto y bajo qué principios pueden los Estados restringir la libertad sexual de las personas bajo el argumento de proteger su vida biológica? ¿Se ha pensado desde el Estado en mecanismos compensatorios frente a estas limitaciones?

Si observamos qué establece el derecho de los derechos humanos, en particular en tiempos de pandemia, es posible enunciar los siguientes principios: 1) el derecho al libre ejercicio de la sexualidad es un componente del derecho a la salud; 2) el derecho a ejercer el libre control sobre nuestra sexualidad y reproducción sin sufrir discriminación, coacción ni violencia; 3) la imposibilidad de prohibir conductas que no estén asociadas a una amenaza a derechos de tercera/os; 4) los propósitos y efectos de las políticas públicas no pueden ser discriminatorios; 5) la obligación de optar siempre por las alternativas regulatorias menos lesivas para los derechos humanos o, de manera más específica en nuestro contexto, la obligación de probar que no existen políticas sanitarias alternativas que eviten el colapso del sistema sanitario y resulten las menos onerosas para los derechos humanos y; 6) la obligación de implementar medidas inmediatas que alivien y/o compensen el daño ocasionado por las políticas sanitarias que afectan derechos humanos más allá de la salud física. Tales principios, aunque ignorados durante la pandemia, podrían guiar la resolución de un eventual recurso administrativo del hombre de Murcia, que alega la necesidad básica de tener sexo con su pareja, y el

planteo de la defensa de las personas privadas de la libertad, que reclama la reanudación de las visitas íntimas.

En un plano más general, los principios de derechos humanos interpelan fuertemente los presupuestos bajo los cuales fueron diseñadas las políticas sanitarias. Como ocurre en la mayoría de los casos, las políticas públicas son pensadas en base a un sujeto de derecho abstracto y, por lo tanto, no contemplan el sacrificio diferencial de aquellas porciones de la población que, sin estar organizadas en el marco del molde familiar tradicional (heteronormativo, monogámico, patriarcal y conviviente), se vieron impedidas de ejercer su libertad sexual. ¿Por qué, por ejemplo, la idea de construir/limitar burbujas coincidió siempre con el ejido familiarista tradicional y no se hizo siguiendo criterios que respeten la diversidad familiar?, ¿por qué no se pensó en la creación de burbujas que, subvirtiendo las fronteras de la familia tradicional, permitieran ejercer libremente el derecho a la sexualidad de comunidades que no se organizan bajo el esquema familiarista? De nuevo, lo que cuestionamos no es ni la legitimidad ni el acierto epidemiológico de las medidas sanitarias, sino sus potenciales efectos regresivos y discriminatorios sobre ciertos grupos de la población que ya se encontraban sometidos a desigualdades estructurales.

Siempre que una política pública se diseña teniendo en miras un sujeto abstracto, quienes no responden a ese modelo padecen diferencialmente las consecuencias negativas de las medidas adoptadas. Lo que estamos diciendo es que mientras el esposo y la esposa de la familia nuclear podían tener sexo más o menos libremente sin la necesidad de transgredir ninguna ley, quienes no se encontraban organizados de acuerdo con el esquema familiarista tradicional, debieron romper la legalidad para hacerlo, como el sujeto sancionado en Murcia. Parte de la comunidad LGTBI+ pasó virtualmente a la clandestinidad, agravando así su discriminación en pandemia (Experto Independiente ONU, 2020). Adviértase que la clandestinidad impuesta por los dispositivos gubernamentales en el marco de la pandemia del Covid-19 se suma a una larga historia de la clandestinidad en la que ha sido sumergida esta población y profundiza la dinámica de secrecía construida en la atmósfera heteronormativa vigente (Esparza Escalante & Núñez Noriega, 2021). No

podimos acceder a datos acerca de la totalidad de las personas LGTBI+ que fueron de algún modo alcanzadas por el dispositivo penal durante el ASPO y DISPO pero es probable que el tratamiento discriminatorio de parte de la agencia penal se haya profundizado habida cuenta del nivel de transgresión de esa norma por parte de la comunidad. De acuerdo con los resultados de la encuesta vía online aplicada por Aids Healthcare Foundation (2020) durante los meses de mayo y junio de 2020, el 66% de les entrevistades (hombres hetero/gays, mujeres, trans) afirma haber tenido relaciones sexuales a pesar de la cuarentena obligatoria. Además de la exposición a un sistema penal que se ha mostrado históricamente discriminatorio frente a la población LGTBI+, el ejercicio de la libertad sexual estuvo acompañada de sentimientos de miedo, culpa e incertidumbre (Esparza Escalante & Núñez Noriega, 2021).

Del mismo modo, las personas privadas de la libertad, o quienes se encuentran en instituciones de salud mental, fueron impedidas de ejercer cualquier tipo de libertad sexual por un inmenso espacio de tiempo. No olvidemos que, apenas iniciada la pandemia, las cárceles argentinas suspendieron no solamente las visitas de familiares y allegados/as, sino también el uso de los teléfonos celulares, es decir, el único contacto de los internos con el mundo extramuros, sin que se haya implementado ningún mecanismo compensatorio para aliviar el doble aislamiento (Goñi, 2020). También podría pensarse en la inmensa mayoría de las/os jóvenes, que fueron especialmente afectada/os por las restricciones a la libertad sexual, sin que haya habido por parte de las autoridades públicas reflexión suficiente sobre los impactos negativos que estas medidas podrían tener sobre su salud mental.

Además, relacionado al espinoso debate acerca de si la pornografía -y en su caso, qué tipo de pornografía- puede ser considerada un bien cultural, ¿debería el Estado garantizar y democratizar su acceso como mecanismo para compensar la restricción al libre ejercicio de la sexualidad? Aquí podríamos quizás traer a colación nuestro caso emblemático: la población privada de la libertad, cuya restricción de la libertad sexual constituye una suerte de plus de castigo y, por lo tanto, obliga al Estado a diseñar mecanismos compensatorios para mitigar los efectos discriminatorios que pueden ocasionar las medidas.

En todo caso, un enfoque de derechos humanos puede aportar mayor riqueza a esta discusión porque plantea una concepción de la vida y de salud que es más rica y compleja que la del mercado y la prefigurada en las políticas biomédicas de los Estados. Exige pensar la vida de un modo integral, respetar las singularidades y evitar situaciones de discriminación; obliga a pensar en medidas compensatorias y esfuerzos positivos para revertir tendencias regresivas en materia de derechos humanos; y permite imaginar modelos de subjetividad alternativos al imperativo de homogeneidad propiciada por el mercado.

En este texto no nos propusimos responder de manera cabal las complejas preguntas aquí planteadas sino ubicar a los derechos sexuales en el radar de las discusiones públicas (sanitarias, jurídicas y políticas) en torno a las medidas implementadas para capear la pandemia y ofrecer algunas pistas preliminares sobre qué debería incluir un enfoque de derechos humanos sobre la problemática puesta en foco. La magnitud de los cambios en las conductas sexuales (y por ello, su repercusión presente y futura sobre la salud física y mental de la población) ocasionados por la pandemia y las medidas para contenerla es aún difícil de mensurar (Peinado Ibarra et al, 2020), pero sí resulta obvio que se registró una tendencia regresiva en términos de la vigencia de los derechos sexuales.

Sin embargo, sí podemos afirmar que: 1) existió una notable ausencia de reflexión sobre los impactos negativos que la interdicción impuesta en la libertad sexual pudo haber ocasionado en la salud mental de las personas, especialmente de aquellas que no se encuentran organizadas en base a la lógica de la familia nuclear, y que ello se tradujo en la consecuente ausencia de políticas públicas destinadas a revertir el sesgo regresivo de los derechos sexuales; 2) que el concepto estatal de la sacralidad de la vida humana se ha restringido a una defensa irrestricta de la vida biológica y pierde de vista otras dimensiones de la vida que fueron sacrificadas para garantizar la supervivencia biológica de las personas y; 3) que la pobreza con la que los Estados encararon este asunto y la hibridación de esa lógica con los operaciones y los cálculos del tecnocapitalismo refuerzan y profundizan el modelo de subjetividad neoliberal, gobernado por la racionalidad tecnológica. En suma, un individuo cada vez más aislado de su entorno, replegado sobre sí mismo, que piensa

al otro como amenaza a sí mismo y que se ve a sí mismo como una potencial amenaza para el/la otro/a.

Como una muestra más de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, una lección que pareciera emerger de la experiencia reciente es que el desarrollo de resiliencia en los ámbitos de la salud sexual y emocional serán esenciales en el futuro mediato y e inmediato (Banerjee et al, 2021), para lo cual los campos de la educación sexual y la salud mental, y su materialización mediante políticas públicas, deberán ampliar (actualizar) sus contenidos y las franjas etarias comprendidas.

Un enfoque de derechos humanos sobre esta problemática nos obliga a adoptar una concepción más rica de la vida y de la salud, y nos exige diseñar políticas públicas que compatibilicen los objetivos del cuidado general con los derechos y cuidados individuales, teniendo especialmente en cuenta los efectos regresivos que pueden sufrir las comunidades sometidas a desigualdades estructurales. Hemos puesto el foco *ex profeso* en la violación a los derechos sexuales -y no en otros derechos socialmente considerados como más importantes, sobre todo en pandemia- porque creemos que es hora de pensar a los derechos humanos no solo desde el punto de vista de la amenaza, el daño o la negación de vida, sino también como un instrumento para elegir la forma que queremos darle a esa vida. Y en esa discusión el derecho humano al goce, llamativamente postergado en los debates vinculados a los derechos humanos, puede ser un punto de partida con gran potencial.

Bibliografía

Libros y artículos

AGAMBEN, Giorgio (2020). *¿En qué punto estamos? La epidemia como política*.

Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

ALEMÁN, Jorge (2016). *Horizontes neoliberales en la subjetividad*. Buenos Aires:

Gramma Ediciones.

- BANERJEE, Debanjan (2021). "Uncertainty, Sex and Sexuality during the Pandemic: Impact on Psychosocial Resilience", *Intechopen*. Disponible en <https://www.intechopen.com/online-first/76816>
- BUHLMAN, Soledad (2020). "Covid-19 y el derecho a la salud mental: la urgencia de implementar lo necesario", en BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (ed.), *Covid-19 y derechos humanos. La pandemia de la desigualdad*. Buenos Aires: Biblos.
- CENENTENA, Mar (2020). "El Gobierno argentino recomienda el sexo virtual durante la cuarentena obligatoria", *El País*, 17 de abril. Disponible en <https://elpais.com/sociedad/2020-04-17/el-gobierno-argentino-recomienda-el-sexo-virtual-durante-la-cuarentena-obligatoria.html>
- DROLET, Gabrielle. (2020). "Sellers of sex toys capitalized on all that alone time", *New York Times*, 8 de junio. Disponible en <https://www.nytimes.com/2020/06/07/style/sex-toys-online-coronavirus.html>
- ESPARZA ESCALANTE, Miguel & NÚÑEZ NORIEGA, Guillermo. (2021). "Motivaciones, significados y riesgos en los encuentros sexuales de hombres gays de La Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el contexto del covid-19", *Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana*. Disponible en: [https://www.scielo.br/j/sess/a/tM9byY9CVx\]zwWkyWhWPTLz/?format=pdf&lang=es](https://www.scielo.br/j/sess/a/tM9byY9CVx]zwWkyWhWPTLz/?format=pdf&lang=es)
- FOUCAULT, Michel (2012). *Nacimiento de la biopolítica: Curso en el Collège de France: 1978-1979*. Buenos Aires: FCE.
- GOÑI, Juan Cruz (2020). "Quieta non movere: notas sobre el gobierno de la población carcelaria en épocas de pandemia", en BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (ed.), *Covid-19 y Derechos Humanos. La pandemia de la desigualdad*. Buenos Aires: Biblos.
- IGLESIAS, Mariana. (2020). "El 80% de los niños, niñas y adolescentes que denunciaron abusos fue después de tener una clase de ESI en la escuela", *Clarín*, 9 de enero. Disponible en <https://www.clarin.com/sociedad/80->

ninos-ninas-adolescentes-denunciaron-abusos-despues-tener-clase-esi-escuela_0_YZopzkl.html

LAVAL, Christian & DARDOT, Pierre (2010). *La nueva razón del mundo: ensayo sobre la sociedad neoliberal*. Barcelona: Gedisa.

MARTÍNEZ, Margarita (2021). “Consejos políticos para el sexo virtual”, *Revista Anfibia*. Disponible en <http://revistaanfibia.com/ensayo/consejos-politicos-sexo-virtual/>

MINISTERIO DE SALUD DE ARGENTINA (2020). “Covid-19. Recomendaciones para sexo seguro”, 16 de abril. Disponible en https://www.msal.gob.ar/images/stories/ryc/graficos/0000001468cnt-covid-19_recomendaciones-para-sexo-seguro.pdf

OLIVER, Estefanía. (2020). “El uso de las apps para ligar se dispara entre los jóvenes pese al confinamiento, Crónica Global”, 27 de marzo de 2020. Disponible en https://cronicaglobal.elespanol.com/creacion/vida-tecky/uso-apps-ligar-se-dispara-entre-jovenes-pese-confinamiento_332193_102.html

PEINADO IBARRA, François et al. (2020). “Impact of the COVID-19 pandemic on the sexual behavior of the population. The vision of the East and the West”, *International Brazilian Journal of Urology*, 46(1).

RIVERA, Pablo (2020). “El consumo de porno se dispara un 60% durante el confinamiento”, Crónica Global, 27 de marzo. Disponible en https://cronicaglobal.elespanol.com/cronica-directo/curiosidades/aumenta-consumo-porno-durante-confinamiento_332430_102.html

ZATTONI, Fabio (2020). “The impact of COVID-19 pandemic on pornography habits: a global analysis of Google Trends, International Journal of Impotence Research”, julio. Disponible en <https://www.nature.com/articles/s41443-020-00380-w.pdf>

Documentos

- AIDS HEALTHCARE FOUNDATION- ARGENTINA (2020). “Encuesta: sexualidad en cuarentena, hábitos y costumbres”. Recuperado de: “4 de cada 10 argentinos vulneró la cuarentena por sexo”. Disponible en apnews.com.
- CEPAL (2020). “Los riesgos de la pandemia de COVID-19 para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres”. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46483-riesgos-la-pandemia-covid-19-ejercicio-derechos-sexuales-reproductivos-mujeres>
- CRÓNICA (2020). “Porno premium para todos en Argentina por la cuarentena”, 24 de marzo. Disponible en <https://www.cronica.com.ar/tecnologia/Porno-premium-para-todos-en-Argentina-por-la-cuarentena-20200324-0074.html>
- EXPERTO INDEPENDIENTE DE ONU SOBRE LA PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA Y LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL O IDENTIDAD (2020). *Informe sobre violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género y la identidad de género durante la pandemia de enfermedad coronavirus (COVID-19)*, UN Doc. A/75/258, 28 de julio.
- LA VANGUARDIA (2021). “Multado por saltarse el cierre perimetral para tener sexo con su pareja: Es una necesidad básica”, 9 de febrero. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/local/valencia/20210209/6233784/multado-saltarse-cierre-perimetral-sexo-pareja-necesidad-basica.html>
- ONU MUJERES (2020). “La pandemia en la sombra: violencia contra las mujeres durante el confinamiento”. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/in-focus-gender-equality-in-covid-19-response/violence-against-women-during-covid-19>
- TELENUEVE (2020). “El Gobierno recomienda el sexo virtual”, 17 de abril. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=cS93Y4xPfog>

Pamela Cacciavillani, *Celebrar lo imposible. El código civil en el régimen jurídico de la propiedad: Córdoba entre fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX*. Frankfurt am Main, Max Plank Institute for Legal History and Legal Theory, 2021, ISBN 978-3-944773-34-6, 283 páginas.

Por Eugenia Molina*

Fecha de recepción: 13/04/2022
Fecha de aceptación: 17/05/2022



El texto que aquí se presenta conforma el volumen 18 de la colección *Global Perspectives on Legal History* publicada por el Max Planck y resultado de lo que fuera la tesis doctoral de su autora, enriquecida con posteriores avances vinculados a su trayecto académico internacional, desde hace un par de años anclado en México. En tal sentido, el libro se ocupa del impacto de la aplicación del Código civil en el ámbito provincial cordobés a partir del mirador ofrecido por el desmantelamiento de las comunidades indígenas locales. Este objeto es abordado con una perspectiva histórico-jurídica que habilita una sugerente productividad crítica a partir de la cual se plantean las tensiones entre normatividad y prácticas sociales. Cacciavillani no solo se ocupa de marcar cómo la trama social, política, institucional y económica del contexto condicionó la eficacia de la codificación como recurso para la consolidación de una propiedad individual, absoluta, plena, libre y circulante, sino que también logra mostrar las propias limitaciones de la obra de Vélez Sarsfield a la hora de otorgarle garantías de seguridad al propietario (al no prever la registración) o no atender a ciertas problemáticas tal como la cuestión de lo que habían sido los “pueblos de indios”.

* Investigadora independiente en el Instituto de Estudios Históricos, Económicos, Sociales e Internacionales - Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (IDEHESI) y titular efectiva en la Universidad Nacional de Cuyo. Correo electrónico: eramolina@hotmail.com

Sin embargo, si esto en sí mismo ya daría relevancia a esta obra dentro del campo de la iushistoriografía en tanto a partir de un estudio de caso muestra las fricciones entre aspiraciones normativas y relaciones sociales de aplicación (de allí el título *Celebrar lo imposible*, refiriendo a un texto codificado enfrentado a una compleja realidad jurídica, política e institucional), ella también resulta significativa para el campo de la Historia social en general, y de la Historia social de la justicia en particular. En efecto, en cada uno de los seis capítulos la autora despliega una actitud investigativa que, si revela su esmerada formación en Derecho también da cuenta de una gran sensibilidad como historiadora, no quedándose esto en una cuestión intuitiva, sino concretado en formas de abordaje, metodologías y categorías analíticas propias de esas referidas especialidades de la disciplina histórica. Precisamente, en algunos de estos aspectos nos queremos detener.

Tal como enuncia en la Introducción, a lo largo del texto busca no solo revisar sino superar una mirada legalista para lograr comprender las culturas jurídicas puestas en tensión con la codificación, aquella jurisdiccionalista que integraba un orden indisponible en el que la justicia implicaba dar a cada cual lo que correspondía según su estado y condición, y la positivista, en la cual la ley se configuraba como centro de la vida pública, garantizando la igualdad de todos los sujetos del territorio estatal. De tal forma, reconstruye las condiciones de enunciación del Código Civil, la trama de conceptos que lo sostenía y el horizonte de expectativas que implicó, pero a la vez va dando cuenta a partir del tercer capítulo, y con un *crescendo* notable en los siguientes, qué condicionamientos legales e institucionales impuso la propia situación cordobesa a su aplicación, y cómo colisionaron también en ella los discursos, las prácticas y las representaciones jurisdiccionales aún vigentes.

La cuantificación de la discusión en torno de la propiedad en el recinto y en la obra legislativos como también en los discursos del poder ejecutivo evidencia la incorporación de recursos empíricos que, en los más recientes estudios (por ejemplo, en torno de las legislaturas), los historiadores han estado utilizando para mostrar las modalidades de la puesta en agenda de una problemática considerada clave en la configuración del Estado, nacional o provincial. Del mismo modo, su

análisis de la aplicación de las leyes de 1881 y 1885 para el desmantelamiento de la propiedad comunal indígena en los capítulos quinto y sexto, pero que es preparado ya en el segundo en el cual aborda los esfuerzos de territorialización de los gobiernos de Córdoba a través de las gestiones del Departamento Topográfico, demuestra una gran pericia en el manejo heurístico de los padrones realizados para registrar a los comuneros y de los listados de otorgamiento de propiedades para evidenciar cómo estas terminaron transfiriéndose mayoritariamente a manos externas a la comunidad, sobre todo en el pueblo de Quilino. Asimismo, su reconstrucción de algunos juicios de mensura ilustrativos de su argumento supera la mirada legalista para lograr dar cuenta de las estrategias judiciales de los actores y de las redes de relaciones personales a partir de las cuales intentaban presionar a las autoridades, revelando los usos del Derecho y de las concepciones sobre lo justo y lo injusto manejadas en poblaciones iletradas o poco alfabetizadas.

La historicidad del enfoque de Cacciavillani se fortalece, además, con dos aspectos fundamentales. Por un lado, con la atención que presta a las variaciones del lenguaje jurídico, y con él también del político. En tal sentido, no solo marca las modificaciones en las formas de decir el territorio, desde las modalidades descriptivas a las técnicas que habilitaron la Cartografía y la Agrimensura, sino que dedica una parte importante del capítulo cuarto a reconstruir cómo era concebido el indio dentro del discurso codificador. Esto le permite mostrar hasta qué punto la igualdad jurídica sancionada por la Constitución nacional y el Código civil habilitó una invisibilización de las desigualdades materiales, en cuanto la abstracción del sujeto jurídico, libre y racional ocultó a los ojos del jurista las diversidades y las diferencias que persistían. De hecho, detecta cómo la falta de comprensión (que se expresaba en la misma falta de nombre) de las relaciones particulares mantenidas por los indígenas con la tierra, llevaron a una asimilación por analogía con la figura del condominio, que incluso estos mismos utilizaron en el escenario administrativo o judicial para reclamar ante la división exigida por la legislación recién sancionada. Por otro lado, la apelación a un muy diversificado *corpus* de fuentes éditas e inéditas, refuerza aún más esta impronta histórica de la mirada de la autora, pues la ayuda cubrir muy diversas dimensiones de la vida social para, con ello, lograr una

reconstrucción compleja de la trama sobre la cual debió actuar el Código Civil y las leyes cordobesas de 1881 y 1885. Realiza, por supuesto, una lectura detallada de ambos, pero suma a ello obras doctrinales que permiten desentrañar la intertextualidad en la cual se insertó su producción. Además, agrega la consulta de la prensa y de tesis doctorales de época que contribuyen a la reconstrucción de los debates desplegados en la esfera pública, junto con muy distintos documentos institucionales (legislativos, del ejecutivo, específicos del Departamento Topográfico) con los cuales completa el panorama respecto del modo en que la cuestión de la propiedad se impuso en la agenda estatal. Por último, los expedientes administrativos y judiciales contribuyen a la visibilización de los actores en sus propias intenciones, lenguajes y estrategias. De este modo, el tapiz social, político, jurídico e institucional que logra tejer Cacciavillani evidencia en toda su complejidad y desde múltiples aristas la tensión entre norma y realidad.

Junto con lo dicho, el libro realiza un aporte notable a las discusiones historiográficas actuales en torno de los vínculos entre técnica y política, saberes y estatalidad. Se inserta en el debate en torno del uso que los Estados han realizado de ciertas experticias para consolidar su propia construcción y fortalecer sus modalidades de intervención en la vida social. Así, en el segundo capítulo analiza cómo el proceso de apropiación territorial material y simbólica de la estatalidad cordobesa fue marcado por la impronta de la Agrimensura a través de una oficina específica, el Departamento Topográfico (1862), y del rol que los especialistas en la tecnología territorial de entonces tuvieron en su accionar. Este estudio de caso viene a nutrir, así, una serie de otros que, a partir de las experiencias de las agencias estatales de diversas provincias, han mostrado trayectorias institucionales atravesadas por una gran disparidad de recursos humanos y financieros, pero también cómo distintos objetivos inmediatos condicionaron las modalidades de formación, consolidación y especialización de burocracias y elencos de expertos. De tal forma, la instalación tardía de aquel en Córdoba si se la compara con los casos de Buenos Aires y Mendoza que para fines de 1853 ya habían instalado sendas comisiones topográficas, tuvo dos particularidades interesantes: por un lado, aquella incluyó desde el inicio una sección de catastro en su organigrama y, a la vez,

fue acompañada por la rápida creación de un Registro de la Propiedad (1869), el primero a nivel nacional; por el otro, recién en 1886 se integraría en él la gestión de obras públicas (mientras que en Mendoza, por ejemplo, ellas fueron el objeto principal de la dependencia hasta el punto de que en 1887 generó una fragmentación por especialización para obtener oficina propia). Una vez más queda reflejado cómo los abordajes de instituciones homónimas a partir de las especificidades locales aportan a la reflexión sobre los modos en que diferentes tramas sociales, políticas y económicas condicionan las decisiones gubernamentales, generando muy diversos trayectos y experiencias.

Siguiendo con las contribuciones que *Celebrar lo imposible* realiza a las cuestiones actualmente en discusión dentro de la historiografía argentina, cabe marcar aquella de las tensiones entre nación y provincias debido a las persistencias de una concepción dual de la soberanía, la cual solo hacia fines del siglo XIX fue más claramente impugnada, definiéndose que la soberanía correspondía a la primera y la autonomía a las segundas. En este sentido, la autora demuestra cómo tanto la vigencia de consideraciones jurisdiccionales cuanto la propia dinámica federal, generaron un espacio para la capacidad legislativa provincial que puso en entredicho el poder unificador y uniformador del Código Civil, en este caso, en lo respectivo a los aspectos vinculados con la seguridad de la propiedad. De tal forma, la investigación realizada y el argumento expuesto permiten observar de qué modo los ámbitos locales no solo han evidenciado históricamente roles receptivos o de resistencia, sino también productivos, esto es, como generadores de normativas que friccionan con los proyectos nacionales a partir de un cuadro muy específico de relaciones sociales y organigramas institucionales. Y es aquí en donde la vena historiográfica de Cacciavillani demuestra toda su potencia explicativa, porque si el dictado del texto codificador en sí mismo fue resultado de un contexto de enunciación complejo (como ella bien muestra), con él no estaba garantizado el cumplimiento de las expectativas puestas en su letra, pues había que contar con las prerrogativas que las provincias no habían delegado expresamente a la nación, y resulta claro luego de leer la obra que estaban decididas a usarlas según sus propias necesidades de gobernabilidad y la ejecución de sus específicas agendas públicas.

Aguilar, Sofía Anahí (2020). Derivas de la crítica filosófica en la filosofía del derecho contemporánea. Tesis de Maestría. Maestría en Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Por Nicolás Salvi*

Fecha de recepción: 26/11/2021
Fecha de aceptación: 16/05/2022



En su tesis de maestría, Sofía Aguilar nos invita a pensar, a través de las ideas de Jürgen Habermas y Michel Foucault, dos derivas de la crítica filosófica en la filosofía jurídica. Mediante el análisis del debate “Habermas-Foucault”, muestra cómo esta “matriz polémica general” se reproduce casi inadvertidamente, de manera específica, en la Iusfilosofía.

La tesis de Aguilar introduce su trabajo delimitando sus objetivos, los cuales gravitan principalmente en una inquietud epistemológica general: qué es la crítica jurídica. Para esto es que se adentra en la dicotomía de las propuestas habermasianas y foucaultianas. La diferencia principal de estos autores están en sus conceptos de “crítica” y de “racionalidad”, lo que genera, a su vez, dos abordajes muy distintos en el estudio del objeto “Derecho”. Por otro lado, esta distinción da cuenta de la variada heterogeneidad que existe en la llamada “corriente crítica” de la Filosofía del Derecho.

Vale notar que previamente a comenzar con el análisis objeto de la tesis, Aguilar toma tiempo para explicar la polisemia del concepto “crítica”, tanto en el plano filosófico como jurídico. Siguiendo a Aníbal D’Auria (2016), diferencia los

* Magister en Derecho Privado Europeo por la Università Degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria (Italia) y Abogado por la Universidad Nacional de Tucumán. Profesor Adjunto de la materia Introducción a los Sistemas Jurídicos en la Universidad San Pablo-Tucumán y docente en la cátedra Martyniuk de Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la cátedra B de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán. Correo Electrónico: nicolassalvi3@gmail.com

conceptos vulgares o no-técnicos de la crítica en “sentido técnico-filosófico”, la cual sería una reflexión intelectual descriptiva que apunta a mostrar las condiciones de posibilidad no evidentes de discursos o instituciones. De esta forma, se consigue más precisión en el objeto de estudio, que suele estar empantanado de polisemia.

Finalizando su introducción, Aguilar especifica nuevamente que el valor del “debate Habermas-Foucault” no es el de la dialéctica interna de estos dos autores, sino la bifurcación que se genera a partir de los diversos conceptos de racionalidad en los que estos se apoyan. Habermas, por su lado, colocando como pilar una racionalidad comunicativa que está implícita en presupuestos universales; y Foucault, desde otra perspectiva, poniendo en duda las pretensiones de racionalidad planteando un perspectivismo cognitivo.

Luego de la introducción, dedica la que es propiamente la primera parte de la tesis a la delimitación y explicación de la crítica habermasiana y foucaultiana. La primera la denomina como “crítica de tradición ilustrada” y la segunda como “crítica genealógica”.

La crítica habermasiana, relata Aguilar, pretende tanto explicar el funcionamiento de la sociedad y el Estado, como también comprender los valores en que buscan fundarse. En una clara actitud comprensivista, la crítica social debería combinar metodológicamente el punto de vista del observador externo con el del propio participante de la situación a estudiar. Entonces, esta disciplina sería una síntesis entre estudios analíticos y hermeneutas. Habermas buscaría con esto acabar con el mito de que una ciencia social pueda ser realizada de manera totalmente externa y objetiva. Pero, sin embargo, no renuncia a criterios de objetividad ni a la razón.

A diferencia de sus maestros de Frankfurt y el marxismo, Habermas centró su interés por recuperar el programa emancipador de la ilustración mediante su teoría de la acción comunicativa. Esta teoría, entiende, es tanto argumentativa como metodológica. En la teorización de las estructuras ahistóricas de la racionalidad comunicativa se presentan criterios de análisis objetivos universales, pero que permite que los resultados de esa comunicación sean revisados por la propia crítica dada su condición siempre hipotética. Con esto se podría sostener el racionalismo

de la Ilustración, pero sin caer en el fundamentalismo y esencialismos monistas de los racionalistas modernos.

Sobre la crítica foucaultiana en cambio, nos explica Aguilar que esta se sostiene más bien como una “actitud”. El filósofo francés punteó como en la modernidad, en paralelo a la laicización de la sociedad civil, se dio a su vez una “gubernamentalización” de la vida a partir de una nueva forma de política. El poder pudo ser ejercido por medio de nuevas tecnologías sociales, siendo entonces la gubernamentalización, una articulación de saberes y prácticas para el ejercicio del poder en las poblaciones.

Entra aquí el papel de la crítica como contracara de este proceso. Si la gubernamentalización tiene por tarea principal la sujeción de los individuos al articular la autoridad de la verdad, la crítica tiene, en contraste, la tarea de la desujeción, en la que el individuo se aparta de la verdad impuesta y se interroga por las situaciones de la vida. La gubernamentalización es gobierno normalizador, y la crítica indolencia reflexiva frente a lo dado e instruido.

La crítica foucaultina se relaciona íntimamente con su idea de genealogía¹ que le da forma como su método. Contrario a Habermas, no piensa de manera universal, sino que se pregunta por las singularidades intersubjetivas. Esta praxis de estudios contingentes e históricos tiene por objeto encontrar los discursos que condicionan las subjetividades históricas. Se renuncia al acceso al conocimiento completo para conseguir visibilizar las condiciones de emergencia o excepción en la normalidad imperante.

Entonces, en lo que a racionalidad respecta, hay una gran pugna entre ambos autores. Habermas ve a la racionalidad como una, si es que es bien entendida (razón comunicativa orientada al entendimiento), la cual es emancipadora de los poderes fácticos del mercado y la política, y es el instrumento principal para el cambio o mejora social. En contraste, Foucault toma un camino más cauto y desconfiado de

¹ “Llamemos, si ustedes quieren, genealogía al acoplamiento de los conocimientos eruditos y las memorias locales, acoplamiento que permite la constitución de un saber histórico de las luchas y la utilización de ese saber en las tácticas actuales. Ésa sería, pues, la definición provisoria de las genealogías que traté de hacer con ustedes durante los últimos años” (Foucault, 2001, p. 22).

los monismos, viendo a la razón como racionalidades. Estas, sean las razones de quienes sean y se desarrollen en el momento y lugar que les toque, son elementos constituyentes y reproductores del poder. Es la crítica genealógica la encargada de desenmascarar a estos discursos.

En la segunda parte de la tesis, Aguilar comienza a mostrar las derivas de la crítica de tradición ilustrada y la genealógica en la iusfilosofía a través de los juristas citados. Inicia con la vertiente habermasiana, en los ecos que tiene en las obras de Manuel Atienza y Robert Alexy.

De Atienza señala que él mismo toma la noción habermasiana de racionalidad comunicativa. Del maestro germano obtiene también la idea del Derecho como herramienta insignia del reaseguro de las acciones humanas captadas a través de la razón.

Difiere el español en el punto de una teoría social construida desde una combinación simétrica del observador externo y el participante, dando mayor peso a la acción participante. Esto entendemos que viene acaso de que el estudio del Derecho para el alicantino es tecno-praxis², y no una ciencia social, por lo que las pretensiones son principalmente -sino totalmente- prescriptivas.

En el caso de Alexy, este es explícito en su cita a Habermas, tomando de sus escritos lo que le es útil para su teoría de la argumentación. Principalmente, utiliza la idea de verdad como producto consensual de un diálogo racional. Centrado en la argumentación, esgrime la propuesta habermasiana para poder distinguir argumentos racionales de irracionales, y establecer cuáles son los mejores y peores argumentos en las situaciones concretas. De nuevo, es el plano interno el que se impone frente al externo.

Pasando a la crítica genealógica, en esta es más evidente la influencia foucaultiana en los autores tratados. Estos son Enrique Marí y Boaventura de Sousa Santos, ambos considerados como pensadores de las escuelas críticas del Derecho.

² La tecno-praxis sería un orden técnico de conocimiento eminentemente práctico condicionado a ciertos dogmas o principios. La dogmática jurídica sería una “peculiar combinación entre técnica social y filosofía práctica” (Atienza, 2017, p. 192).

En Marí, la autora ilustra cómo la influencia se ve en los conceptos de poder y sus dispositivos de legitimación, así como en la posibilidad de realizar una historia/genealogía de estos. La racionalidad y el poder van de la mano también en su pensamiento, viendo a la razón como un discurso histórico que cambia en consonancia a su modo y necesidades de aplicación según lo hace el imaginario social.

El Derecho opera en este imaginario social en su faz normativa, la cual normaliza la conducta ritualizada. Las prácticas de la operación jurídica entonces no están destinadas a la concreción de mínimos morales intrínsecos al sistema, sino a la operatividad disciplinante del poder. Para comprender estas relaciones, Marí llama a un estudio histórico de las discontinuidades y rupturas desde la periferia. O sea, una genealogía foucaultiana.

En cuanto a Santos, este también se posiciona en la periferia al plantear una epistemología alternativa para el estudio de los grupos oprimidos e invisibilizados. También se decide por pensar a las racionalidades en plural, y a la realización de estudios históricos para rastrearlas.

Aunque cierto es, el centro del trabajo de Santos está en el análisis del colonialismo en la epistemología, denunciando lo que sería un cierto monismo metodológico imperante en la teoría que reproduce las asimetrías sociales. En la propuesta del autor, el científico debe ser consciente de eso y construir pensamiento desde una perspectiva decolonial.

El pensamiento del portugués toma de alguna forma también una influencia habermasiana. Esto porque piensa su modelo como uno emancipador, y de alguna manera, universalista. Pero Santos se distancia proponiendo un “universalismo negativo”, es decir, una teoría general que niegue la posibilidad de una teoría general. Esto último es el principio guía para la transculturalidad y la posibilidad de aunar un discurso totalizante con la pluralidad de racionalidades.

Concluida la segunda parte, Aguilar pasa a esbozar sus conclusiones. Señala como en los receptores de la “crítica de tradición ilustrada”, se ven diferencias más grandes con el autor base. Es decir, no obstante en Atienza y Alexy se perciba el lenguaje y conceptos habermasianos, también se ve como solo toman lo que les es

útil para la justificación de validez argumentativa, dejando de lado el elemento de facticidad del discurso garantizado porque el investigador además de participante es observador externo.

Esta es ciertamente una diferencia fundamental, y explicaría porque no suelen ser llamados críticos los cultores de la escuela de la argumentación jurídica. Alexy y Atienza, en tanto se centran en tomar parcialmente elementos habermasianos para la formación de cómo debería ser una comunicación ideal del juez para con su auditorio, dejan de lado el plano de explicitación de supuestos o condicionamientos en los discursos. Así, la crítica habermasiana es una propuesta técnico-filosófica, mientras que la de estos juristas que presentan aires de familia no parecen sumarse al programa crítico, y tienen pretensiones restringidas de sumar herramientas argumentativas a la tecno-praxis judicial.

Contraria situación ocurre con los cultores de la “crítica genealógica”. Estos si tienen una búsqueda de adopción de un plano externo para generar conocimiento de algún modo descriptivo de las desigualdades y saberes invisibilizados. Gusten o no sus posiciones, se acercan más a la crítica en su sentido técnico filosófico.

En resumen, la tesis de Aguilar nos parece un gran aporte a los estudios críticos del Derecho centralmente en tres puntos:

I) Su repaso teórico exhaustivo del debate Foucault-Habermas brinda una muestra excelente del debate contemporáneo en la crítica filosófica contemporánea. Justifica de manera convincente y profunda cómo alrededor de estas posturas gira la gran mayoría del debate actual en la materia, y como su réplica en la filosofía es evidente luego de su exposición, aunque crítico en algunos casos.

II) Su aporte metodológico para la epistemología crítica, proponiendo la distinción de crítica de tradición ilustrada y crítica genealógica, creemos que es de gran ayuda semántica para la nominalización de estas posturas y para vislumbrar más claramente dos posibles caminos en el quehacer de la investigación filosófica (con sus posibles diálogos y acuerdos).

III) Su identificación a través de ejemplos de las réplicas de estas dos vertientes de la crítica en el Derecho sirven para desenmascarar explícitamente los discursos prescriptivos de los descriptivos. Así también, en una actitud propia de la

crítica genealógica, colabora en desenmascarar racionalidades ocultas en la formación de conceptos de estos autores, que pueden ser extrapolados al plano general de la crítica jurídica y la iusfilosofía de tendencia totalizante.

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- D'AURIA, Aníbal (2016). *Crítica Radical del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- FOUCAULT, Michel (2001). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo Económico de Cultura.

Sofía Inés Lanzilotta (2022). Indefensión en el hogar, autodefensa y defensa jurídica. Legítima defensa de mujeres víctimas de violencia por motivos de género. Buenos Aires: Editores del Sur. ISBN: 978-987-8418-32-2, 215 páginas.

Por Gabriela Laura Gusis*

Fecha de recepción: 06/05/2022
Fecha de aceptación: 02/06/2022



El libro de Sofía Inés Lanzilotta es la adaptación de la tesis presentada para la obtención del título de Magister en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, dirigida por el Dr. José Luis Serrano González de Murillo, catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, defendida en el año 2019. Resulta ser una obra de suma relevancia en términos jurídicos desde el saber penal, como también de enseñanza del Derecho y del litigio estratégico. Pone de manifiesto que en el Derecho Penal -como en otras ramas jurídicas- la pretendida neutralidad y universalidad para el análisis de las conductas humanas, desprovistas de contexto y trayectorias de vida, puede resultar en soluciones injustas en casos como los que se analizan en el presente: supuestos donde exista violencia por motivos de género en el ámbito del hogar, en el que las mujeres deban defenderse.

El capítulo primero introduce el concepto de violencia de género y su contextualización de violencia en el hogar, desde un abordaje jurídico normativo local e internacional, que enmarca el objeto de la investigación y destaca además los deberes de los Estados. Hace especial énfasis en el análisis de los instrumentos

* Profesora adjunta interina y secretaria del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la -Universidad de Buenos Aires-, integrante de la Red de Profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de La Plata, profesora adjunta interina de Derecho Penal I en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata y profesora de Derecho Procesal Penal en la Carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Avellaneda. Correo electrónico: ggusis@derecho.uba.ar

internacionales en materia de derechos humanos y género: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Para), la Convención sobre todas las Formas de Eliminación de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Declaración sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Sin embargo, no se limita a ello, pues aborda de manera integral la violencia de género incorporando las nociones de “violencias machistas”, y la comprensión del “ciclo de la violencia” como horizonte de análisis de aquella.

La autora delimita el campo jurídico normativo sin perder de vista que el estudio y comprensión del mundo del Derecho -un mundo que se refiere a un deber ser- no puede estar desprovisto de la realidad socio-cultural, que en el caso de las violencias domésticas se vincula particularmente con una estructura de poder patriarcal que atraviesa *el ser* pero -incluso- opera sobre aquel deber ser del Derecho.

Desde esta lógica, se logra poner en primer plano, ya a partir de la introducción, que es fundamental la perspectiva de género no solo para conocer las realidades que atraviesan la vida social y en particular las relaciones de poder y subordinación que pueden darse en el ámbito del hogar sobre la mujer e identidades feminizadas, sino que además es necesaria -y esencial- la crítica feminista al Derecho, al memorar que las leyes son iguales para mujeres y varones, pero están dotadas de un contenido desigual (MacKinnon, 1995).

El segundo capítulo ubica y desarrolla metodológicamente el instituto de la legítima defensa en la teoría del delito, brindando un amplio recorrido por las distintas construcciones dogmáticas y su ubicación analítica, para luego profundizar en los requisitos tradicionalmente admitidos para su procedencia. Es esclarecedora la forma en la que analiza cada requisito en sus extremos -agresión ilegítima, falta de provocación suficiente y necesidad racional del medio empleado o defensa necesaria- al desnudar las dificultades que se presentan en casos como los de violencia en el hogar¹. En particular el apartado pone en duda la tradicional

¹ Como se ha señalado, violencia en sentido amplio e integral, en todas sus formas posibles: física, sexual, psicológica, tanto como en sus distintas modalidades.

comprensión rígida de categorías como “actualidad o inminencia” en casos donde las violencias son un continuo estado de situación, la agresión es permanente o se encuentra en estado de latencia; cualquier cosa pueda ser interpretada por el agresor o bajo un criterio machista como “provocación”, al igual que el estudio de los medios empleados para repelerlas o la “defensa necesaria” se analice bajo criterios que no tengan en cuenta la desigualdad de fuerzas o la opresión.

Desde esta lógica, el capítulo pone patas para arriba la supuesta universalidad de interpretación y estudio de los requisitos de la legítima defensa, y desnuda que toda interpretación se encuentra desprovista de asepsia científica. Por otro lado, a los efectos de enmarcar correctamente la causa de justificación, realiza un análisis comparativo sobre el estado de necesidad justificante, ampliando el estudio específico que luego permitirá profundizar en los casos jurisprudenciales en los que las mujeres reaccionan frente a la violencia doméstica.

En continuidad lógico-argumentativa, el tercer capítulo aborda el análisis comparativo jurisprudencial, que evidencia un gran estudio de plena actualidad a nivel provincial y federal. Muestra además con crudeza los prejuicios discriminatorios de género que los fallos- y por tanto la magistratura- poseen al resolver este tipo de situaciones y hace una crítica particular a las fisuras argumentativas y dogmáticas de estos. En este sentido, el apartado es bisagra en la investigación, pues demuestra que quienes llevan adelante el Derecho, las personas que ejercen la magistratura pueden torcer² el sentido de la justicia, debido a la falta de prisma de género.

Como destaca el prólogo de María Camila Correa Florez el libro de Lanzilotta se alza para recordar que (...) “la negativa de tribunales y jueces de reconocer esta eximente de responsabilidad radica en una incorrecta interpretación de la figura dogmática que es el resultado de una comprensión y aplicación masculina del

² Es interesante reflexionar sobre el origen etimológico de la palabra prevaricar que del latín refiere a desviarse de la recta vía, también se le ha asignado otra etimología cercana, según la cual querría decir huesos de las piernas torcidos, de lo que se deduce que al darle el nombre a determinados actos, quiso significarse que las personas que los ejecutaban se desviaban de la línea recta y marchaban de manera torcida u oblicua (Zaffaroni & Espina, 2020).

derecho penal”, lo cual puede ser remediado a partir de la incorporación de la perspectiva de género³.

La culminación del capítulo no deja lugar a dudas, al incorporar la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Comité CEDAW en un caso de responsabilidad internacional.

El cuarto capítulo profundiza el estudio de casos en los que la violencia sexual resulta ser la agresión ilegítima que precede a la autodefensa. Este acápite resulta de una importancia excepcional al poner en jaque la rígida interpretación del subrequisito de actualidad o inminencia en la agresión ilegítima, incluso cuestionando su necesidad.

Estos casos son, en verdad, sumamente importantes de analizar pues el contexto de la violencia sexual puede delimitar un cúmulo de situaciones violentas en extremo. Acertadamente la autora señala que, en muchos casos, aguardar hasta el momento en que la dogmática afirma la inminencia o actualidad de la agresión que debe ser repelida podría implicar que sea tarde o implicaría exigirle a la víctima tolerar lo intolerable (p. 101).

Esa advertencia precede el análisis de las conductas típicas de abuso sexual, para finalmente estudiar de manera particular la situación de las mujeres y personas de identidades LGTTTBIQ+ sobre quienes suelen recaer los “mitos creados en torno a las mujeres que recurren al sistema penal”.

Los casos que siguen enfrentan la investigación a una realidad social y jurisprudencial que confronta las violencias sexuales con las posibilidades fácticas de defensa. A la vez, pone en cuestión los patrones heteronormativos que brindan aceptación sobre quienes pueden ser potencialmente víctimas de esos actos de violación y quienes -por no responder a los patrones binarios- parecerían quedar fuera.

En este sentido la referencia al caso de Higua⁴ entre otros, resulta medular para la comprensión de la problemática. Tras esta publicación que se comenta,

³ Como señala la autora, esta perspectiva de análisis es además una imposición legal internacional y nacional, más aun a partir de la sanción e implementación de la ley Micaela.

recientemente, Higui ha sido absuelta de la causa que la tenía por imputada por haberse defendido de un intento de violación “correctiva” por su condición de lesbiana, de la que se defendió legítimamente. El caso, tanto como el estudio del capítulo, vuelven a mostrar cómo operan los estereotipos de género de identidades disidentes no solo en la cultura sino también en el campo punitivo.

El capítulo quinto aborda los casos de no confrontación inmediata en la legítima defensa propia o de terceros, tal vez los más complejos a nivel dogmático. Son supuestos en los que, frente a la desprevisión del agresor -tirano de la casa-, la mujer o persona de identidad feminizada se defiende a pesar de no haber una confrontación o agresión inmediata (vg. casos en que frente a un contexto de agresión la mujer mata al marido mientras duerme).

En el desarrollo de esta sección se observa no solo el rastreo y búsqueda de jurisprudencia nacional e internacional que aborda la cuestión, sino además un avelado estudio de las causas y de las pruebas consideradas para un análisis de contexto de violencia extrema que da origen a tales situaciones con disímiles soluciones de encuadramiento dogmático (legítima defensa, exceso, reducción del ámbito de determinación y por tanto atenuación o eliminación de la culpabilidad, estado de necesidad exculpante).

Finalmente, acompañando la propuesta de la prologuista Correa Florez en su tesis doctoral, Lanzilotta plantea la necesidad de un encuadre analítico dentro de la legítima defensa a partir de un modelo de estudio que despatologice a la mujer maltratada, dando una explicación a partir de la categoría del tirano y comprendiendo que las agresiones ilegítimas son dirigidas a consolidar el dominio sobre la mujer. Las agresiones así definidas pueden ser caracterizadas como actuales por su sistematicidad y reiteración, por lo que son un peligro latente para la

⁴ El caso de Higui puede sintetizarse como uno de los ejemplos de autodefensa frente de una violación en manada (de un grupo de diez hombres) que, tras acosarla violentamente durante años, intentaron violarla para “sacarle lo lesbiana” en el año 2016. Al defenderse con un cuchillo que llevaba encima por el miedo que esta patota le generaba, mató al único hombre que pudo alcanzar mientras era golpeada brutalmente hasta quedar inconsciente. Higui había realizado un sinnúmero de denuncias contra ellos. La policía ignoró completamente las mismas. El acoso llegó al punto de obligarla a mudarse, cuando incendiaron su casa con su perro atado adentro. Pero el ataque persistió.

vida de la mujer. La investigadora afirma así que la reinterpretación del instituto debe en función de la necesidad y la posibilidad de defensa (p. 165).

Finalmente, en el último capítulo Sofía Lanzilotta viene a proponer una interesante construcción de los casos -a partir de una revisión dogmática con perspectiva de género- del estudio jurídico penal con la lente ampliada a las cuestiones esenciales que atraviesan la investigación. Destaca los problemas principales de la aplicación del instituto; la importancia del incumplimiento de la responsabilidad estatal internacionalmente asumida; rastrea las secuelas de discriminación de género en el análisis de los presupuestos; revela el uso punitivo de la prisión preventiva en las decisiones judiciales durante el procedimiento penal, y advierte que los casos que se han estudiado tradicionalmente han sido ubicados en la culpabilidad cuando era posible la exclusión del injusto a partir de esta causal de justificación.

Por último, analiza la categoría del miedo insuperable y el síndrome de la mujer maltratada y los pone en juego a partir de la ubicación dogmática y de los conceptos de ciudadanía, autonomía y democracia. Concluye que una reinterpretación dogmática que incluya los supuestos analizados evitaría la rigidez enquistada de los requisitos de la legítima defensa, dando acabada respuesta a las problemáticas de indefensión en el hogar aquí analizadas.

Como ha de observarse esta obra representa un gran avance en términos de análisis dogmático con perspectiva de género, al profundizar en las realidades y vivencias de las mujeres y las identidades feminizadas que sufren violencias de las que deben defenderse, tanto como al estudiar y problematizar los requisitos jurídico para la procedencia de la legítima defensa.

En este aspecto, la propuesta de indagar en la legítima defensa desde la doctrina penal feminista no sólo abona desde un sentido crítico a la construcción jurídico-penal, sino también a la ampliación de un horizonte de estudio más profundo y con un norte claro en términos de realización de los derechos humanos.

La rigurosidad con que la autora analiza las distintas hipótesis fácticas y sus repercusiones jurídico-penales junto con el estudio de los precedentes jurisprudenciales de los organismos internacionales, tanto como el análisis

comparado entre Argentina (desde una perspectiva federal) y España (a partir de resoluciones y sentencias del Supremo español), dan cuenta de una reflexión dogmática de actualidad en la que el prisma violeta aporta una crítica a la mirada conservadora⁵ del campo penal.

La obra tiene la cualidad particular de poner en evidencia y dismantelar los prejuicios patriarcales y exigencias extraordinarias pretendidas hacia las mujeres en función de sesgos de género y roles sociales.

Resulta sumamente relevante, por lo demás, la visibilización de las desigualdades de género que sufren las mujeres cuando son imputadas de delitos considerados violentos, como puede ser el caso de muerte de sus agresores en supuestos como los que se estudian, tanto como la presencia de violencias estructurales y culturales de patrones patriarcales que invaden los sentidos del Derecho, y las soluciones de este.

Por otra parte, el estudio de la causa de justificación, su procedencia y sus extremos, también propone no dejar relegado el mismo a la comprensión de la autoría y participación criminal de las mujeres e identidades feminizadas a supuestos de exclusión o atenuación de la culpabilidad sino con todas letras y razón, analizarlo donde se corresponde analíticamente, esto es, en la antijuridicidad como casos de legítima defensa propia o incluso de terceros.

Bibliografía

- LAGARDE, Marcela (1996). *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, 1.^a ed. Madrid: Horas y Horas.
- LAGARDE, Marcela (1998). *Claves feministas para el poderío y la autonomía de las mujeres: Memoria*. Buenos Aires: Puntos de Encuentros.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl & ESPINA, Nadia (2020). *El prevaricato de los jueces*. Buenos Aires: Ediar.

⁵ En el sentido de la conservación de la lógica del propio sistema.

Profesionalización del fútbol femenino en Argentina. Una conquista de derechos e igualdad aparente

Professionalization of Female Football in Argentina. A conquest of Rights and apparent equality

Por Melisa García

Resumen: La profesionalización del fútbol femenino abre muchos interrogantes y su impacto es transversal. En el presente trabajo, intentaré demostrar que el hecho de que las mujeres sean consideradas jugadoras profesionales no es una cuestión de falta de normas, sino de género, de un sesgo machista y patriarcal. La voz de las jugadoras es fundamental, su lucha personal y colectiva es la prueba viviente de que las desigualdades que viven como jugadoras de fútbol responden a actos deliberadamente discriminatorios.

Analizaré las causas del pronunciamiento de la Asociación de Fútbol Argentino (AFA) sobre la profesionalización del fútbol femenino y abordaremos el rol del deporte y su concepción jurídica y social, para ello, utilizaremos el primer caso judicializado que llevó como bandera la profesionalización del fútbol femenino. Es fundamental problematizar la situación real que viven las jugadoras de fútbol profesionales en nuestro país. El grado de desigualdad al que están inmersas data de la histórica idea de que el fútbol es para varones: si las mujeres quieren practicarlo, el amateurismo es la regla, y, si quieren ser profesionales, deberán demostrar, además, aptitudes equivalentes a las de un varón; así y todo, no serán igualadas las condiciones laborales.

Este trabajo busca arrimar algunas ideas sobre por qué sucede este hecho en el fútbol femenino, qué marco normativo contempla esta situación y cómo impacta realmente en la realidad de las jugadoras. ¿Qué hay detrás de la reticencia a igualar el fútbol femenino con el fútbol profesional masculino?

Palabras clave: profesionalización; fútbol femenino; género; discriminación.

Abstract: The professionalization of female football raises many questions and its impact is transverse. The present paper intends to demonstrate that it is not a question of lack of norms but of gender, of male chauvinist and patriarchal bias for women not to be considered professional players. The voice of female players is fundamental; their personal and collective struggle is the living proof that the inequalities that they live as female football players are the result of deliberate discriminatory acts.

The causes that led to the declaration about the professionalization of female football by the Argentine Football Association (AFA) will be analyzed, and the role of the sport and its judicial and social conception will be addressed, for which the first case taken to court that advocated the cause of the professionalization of female football will be dealt with.

It is fundamental to question the real situation female professional football players live in in our country. The degree of inequality that they are immersed in dates back to the historical idea that football is for men: if women want to play it, amateurism is the rule; and if they want to be professional, they will additionally have to show that their skills are equivalent to those of a man; even doing so, labor conditions will not be equalized.

This paper aims at gathering some ideas about why this fact occurs in female football, which legal framework considers this situation and how it actually affects the reality of female players. What is there behind the reluctance to make female professional football equal to male professional football?

Keywords: professionalization; female football; gender; discrimination.

Fecha de recepción: 19/12/2020

Fecha de aceptación: 06/05/2022



Profesionalización del fútbol femenino en Argentina. Una conquista de derechos e igualdad aparente

Por Melisa García*

I. Introducción

El presente trabajo es una propuesta para repensar la profesionalización del fútbol femenino, desde un marco normativo, como así también desde uno fáctico, con sus implicancias sociales.

Profesionalizar el fútbol femenino es darle carácter y reconocimiento a esta actividad deportiva, es la posibilidad de la dedicación en forma permanente y de que, siendo parte de un club de Primera División, se pueda competir en los torneos oficiales, pero también es reconocer que tanto las mujeres como los varones pueden dedicarse al fútbol de modo profesional y rentado.

Antes del 16 de marzo de 2019, las mujeres jugaban y competían en torneos oficiales, con todas las características de la actividad profesional, pero con la enorme diferencia de que lo hacían como *amateurs*: “Pongámoslo del siguiente modo, te gusta jugar al fútbol, entrenás tres veces por semana y jugás partidos los fines de semana, competís en torneos, pero *ad honorem*” (Macarena Sánchez, comunicación personal, enero de 2019). Esto se debe a lo que desarrollaremos en este trabajo: la desigualdad y la violencia estructural hacia las mujeres, que aún es peor para el caso de las disidencias de género.

Lograr la profesionalización, o, como iremos viendo, la semiprofesionalización, significa reconocer a las jugadoras como profesionales, también, la

* Abogada, Universidad de Buenos Aires, docente. Posgrado en Género y Derecho, Universidad de Buenos Aires. Fundadora y presidenta de la Asociación de Abogadas Feministas (ABOFEM) Argentina. Abogada litigante de Macarena Sánchez, entre otras jugadoras de Primera División de fútbol femenino. Expositora en Constitucionalismo Feminista, ICON, Chile (2019) y en sesiones plenarias de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación (2020) por la ley de interrupción voluntaria del embarazo. Coautora de “Profesionalización del fútbol femenino, un hito histórico”. En HERRERA, Marisa (2021). Tratado de géneros, derechos y justicia. Santa Fe: Editorial Rubinzal - Culzoni Editores. Asesora y columnista en radio y tv en temáticas de Género desde el 2021 al presente Integrante de la Red de Empoderamiento jurídico desde 2022. Correo electrónico: solmelisagarcia@gmail.com

desnaturalización de que, por ser mujeres, deben permanecer en la gratuidad: lo fundamental es que la única diferencia existente entre varones y mujeres en su carácter de jugadores/as profesionales es una cuestión de género y de discriminación.

En marzo de 2019, la AFA hizo un anuncio formal sobre la profesionalización del fútbol femenino en Argentina. El caso de Macarena Sánchez, de notoria repercusión, puso en escena las dificultades que afrontaba el fútbol femenino y las diferencias y las exigencias con respecto al fútbol masculino. Entonces, la profesionalización significa que las condiciones económicas y sociales estén dadas para poder vivir de esta profesión, poder entrenar y estar a la altura de lo que requiere un club, sin necesidad de tener otros trabajos de largas jornadas para poder sostener una actividad que no es *amateur*.

Mi hipótesis es que, dentro de las desigualdades en las oportunidades en el mercado laboral, la gran brecha que existe entre mujeres y varones se traslada a todos los ámbitos laborales, y el deporte no es la excepción. En este sentido, si bien se asoman cambios culturales, aún hay mucho camino por recorrer, ya que “el patriarcado impide que las mujeres gocen plenamente de la autonomía en condiciones de igualdad sustantiva” (CEPAL, 2016). Perseguir y proveer a las mujeres de autonomía para que puedan tomar decisiones en libertad es una batalla que se viene dando en todos los ámbitos como una forma de erradicar la violencia que deriva de la división sexual del trabajo.

Para analizar las posibilidades de profesionalización del fútbol femenino me baso en el compendio normativo vigente en materia de igualdad y no discriminación y las normas específicas sobre la actividad futbolística. Asimismo, acompaño testimonios de jugadoras de diferentes clubes de la Primera División del fútbol femenino, que serán anexados para acompañar en primera persona un trabajo de campo que apoya lo aquí planteado.

II. Normativa vigente sobre no discriminación, igualdad y la actividad futbolística

II.1. La discriminación en el deporte

El deporte cumple un rol social y económico muy importante dentro de la comunidad. Hablar del carácter profesional de una actividad deportiva se complejiza en algunos casos donde los estereotipos están muy arraigados. El carácter profesional, por definición, es la dedicación exclusiva o casi exclusiva a una determinada actividad, acción por la cual se percibe una remuneración acorde. Ahora bien, en el caso del fútbol, esta definición o idea de lo profesional va de la mano respecto de los equipos formados por varones cis. Su actividad está regida por el Estatuto del jugador de fútbol profesional (ley 20.160) y su convenio colectivo de trabajo (557/09). El contraste: las mujeres que se dedican a esta actividad deportiva; desde el punto de vista normativo, el rol adjudicado es el de jugadoras de fútbol de carácter *amateur*. Sostengo que esta diferencia se debe a cuestiones culturales y se produce y reproduce jurídicamente a partir de una desigualdad de reconocimiento y condición legal. La cuestión trasciende al legislador en su tarea de crear normas, entendiendo que estas abarcan generalidades, en este caso, “todo varón cis que juegue al fútbol profesionalmente” está incorporado dentro de dicha generalidad. ¿Y las mujeres?

La invisibilización de la mujer conlleva una ausencia de derechos, en tanto es discriminatoria, como también lo es con otras identidades de género, disidencias y no binaries, que quedan totalmente excluides de la letra de la ley. De hecho, la Organización de las Naciones Unidas, de cara a la Agenda 2030 de género, ha colocado como horizonte que los Estados partes trabajen la igualdad de género como políticas claras para erradicar desigualdades en el mundo:

“La Estrategia Nacional para la Igualdad de Género 2030 se sustenta en un enfoque de derechos humanos y desarrollo sostenible, entendiendo a la igualdad de género como un componente intrínseco de las sociedades inclusivas y paritarias. Estados orientados a un desarrollo sostenible deberán definir e implementar políticas públicas que combatan las desigualdades, avanzando en la distribución de la riqueza y redistribuyendo bienes y recursos económicos y culturales. La desigualdad social es el resultado de una relación compleja de estructuras económicas, políticas, sociales y culturales. Su superación exige políticas integrales y un papel activo del Estado y de la sociedad civil, así como coherencia entre las

políticas económicas, sociales y culturales; el fortalecimiento de la institucionalidad democrática; y la superación de la desigualdad territorial; y un profundo cambio cultural (ONU Mujeres, 2015)” (Ministerio de Desarrollo Social, Instituto Nacional de las Mujeres y Consejo Nacional de Género, s.f., p. 23).

Ahora bien, dentro de la necesaria erradicación de las desigualdades entre varones y mujeres, aquellas no solo están dadas por las discriminaciones por cuestiones de género, sino que radican en la división sexual del trabajo, que asigna esta idea de que el lugar que ocupamos las mujeres es distinto al del varón en la sociedad:

“Las desigualdades de género están asentadas en la división sexual del trabajo que asigna a las mujeres la responsabilidad primaria por el mantenimiento del hogar y el cuidado de los hijos y otros dependientes -un trabajo cuya importancia para el funcionamiento de las economías queda invisibilizado-, limitando su tiempo y sus oportunidades para participar en los diversos ámbitos de la vida pública, acceder a los beneficios de protección social, y alcanzar la autonomía personal y social” (Ministerio de Desarrollo Social, Instituto Nacional de las Mujeres y Consejo Nacional de Género, s.f., p. 27).

Considero que esta exclusión no es un simple olvido inocente, se basa en la histórica división de los roles entre varones y mujeres, la división entre lo público y lo privado, en la errónea suposición de superioridad de destreza y habilidad física masculina, y trae aparejada una subordinación de las mujeres y el dominio de los varones, que no solo legitima la violencia y la asimetría de poder, sino también la creencia de que el varón está por encima de la mujer. Que lo masculino es mejor y más prestigioso que lo femenino. Decir que somos iguales ante la ley -tal como lo establece el artículo 16 de la Constitución Nacional- es un relato que tiene en cuenta una igualdad en sentido formal, y no una igualdad que se traslada a la realidad. En la distribución de lo público y lo privado, las mujeres hemos sido relegadas al ámbito privado: el reservado a la familia (incluyendo las tareas de cuidado), esfera en la cual el Estado no se involucra. De hecho, recién lo hace, tímidamente, con el reconocimiento de aportes por tareas de cuidado, a través del cual podemos ver un salto de la esfera de lo privado al ámbito público. La situación del deporte no queda

exenta de estas presunciones, al punto de que se considera un logro una tramposa igualdad de derechos para jugadoras de fútbol en su carácter profesional, que se da recién a principios del 2019 (Marco Acuerdo Fútbol Femenino Profesional).

Dependiendo de las exigencias de los clubes de fútbol, las jugadoras profesionales participan activamente en torneos de Primera División, aunque no tengan el reconocimiento profesional. En algunos casos prestan servicios administrativos para empresas que les pertenecían a los dirigentes de algunos clubes. Este salario o retribución, por pertenecer a determinado club de fútbol y realizar trabajo administrativo, supone una doble tarea, ya que estas jugadoras brindan su fuerza de trabajo en forma profesional dentro del campo de juego.

El fútbol es considerado comúnmente como deporte inclusivo, pero su carácter profesional o el carácter de jugador de fútbol contiene un gran estereotipo de género: el deporte está reservado para varones cis. Y esto se debe en gran parte al origen de la división sexual del trabajo y los roles asignados para mujeres y hombres en la sociedad y en el mercado productivo. Dichos roles y esa división también responden a determinados estereotipos de género y a una división sexista que ha invisibilizado a las mujeres por siglos, que actualmente entra en crisis junto con el sistema hegemónico patriarcal, basado en la premisa de que el hombre es fuerte y la mujer es débil (Pasten de Ishihara, 2018). Obviamente, estos estereotipos no solo operan en la actividad deportiva profesional, sino también en otros ámbitos, que socioculturalmente se crearon para varones cis.

Las dificultades en las que nos encontramos las mujeres en el acceso al empleo se relacionan históricamente con la reserva de ámbitos asignados culturalmente al género masculino (clasificación binaria del género) y se fundan en estereotipos y prejuicios. El fútbol no escapa de esta perspectiva, ya que un jugador varón cis tiene la posibilidad de vivir del deporte que practica, hecho que no sucede con las jugadoras mujeres.

En este sentido, las “diferencias” son discriminatorias, ya que no hay igualdad de oportunidades ni de derechos. Cerrar esta brecha es fundamental para un pleno desarrollo de los derechos humanos.

Es indiscutible que tanto el compendio normativo en el ámbito nacional como las ratificaciones de normativa internacional, incorporadas al ordenamiento interno [artículo 75, inciso 22) y siguientes, Constitución Nacional], abarcan la cuestión de la eliminación de la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral y, posteriormente, incorporan la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1994, como así también la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) en 1996. Es decir, el Estado argentino ha ratificado dichas normas, por ende, tiene la responsabilidad de velar por su cumplimiento. No se puede utilizar como argumento la falta de normativa sobre la materia del fútbol, ya que, ante la mención de un acto discriminatorio hacia alguna jugadora, el Estado debe responder: de no hacerlo, se convierte en cómplice del accionar violento y discriminatorio.

El Estado argentino también incorpora los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 100 y 111, en los cuales se plantea la igualdad de la remuneración por igual tarea y que no haya diferencias en los salarios de las mujeres y los varones. Sin embargo, a pesar de tener una batería normativa rica en contenido y una cantidad de compromisos que asumió el Estado respecto a la igualdad, a la no discriminación y a su erradicación, como así también a que no existan diferencias salariales donde se desarrollan iguales tareas, en los hechos generalmente se verifica el incumplimiento de aquellos.

Particularmente, el fútbol como deporte tiene un alcance masivo en todo el mundo. La popularidad que tiene este deporte, sumada a la presión de varios sectores sociales, influyeron en la semiprofesionalización del fútbol femenino. Aun con los logros obtenidos, no deja de ser un deporte entre los tantos deportes existentes, en los que participan tanto hombres como mujeres, y que, por su falta de popularidad, las condiciones del ejercicio de los derechos de las mujeres son aún más dificultosas.

II.2. La semiprofesionalización de las jugadoras de fútbol femenino

Ante la obligación de mencionar públicamente que el fútbol femenino sería profesional a partir del 16 de marzo de 2019, la lucha feminista y la puja por la visibilidad de la situación que vivían, y aún viven, muchas jugadoras de fútbol provocaron una reacción de quienes tienen en sus manos el poder de decisión y son reticentes a la igualdad entre jugadores varones y jugadoras mujeres. Ese pronunciamiento dejó al descubierto que siempre estuvo en manos del poder patriarcal la decisión de brindar una igualdad real en el fútbol. La AFA y el sindicato Jugadores de Fútbol Profesional Agremiados firmaron un Acuerdo Marco, en el que profesionalizan el fútbol femenino, e invitaron a los clubes de Primera División a que durante el lapso de un semestre profesionalizaran sus planteles de jugadoras.

Ahora bien, varias cuestiones son más que llamativas en esta pronunciación. La primera es que se profesionalizaron únicamente ocho contratos, cuando los planteles están integrados por once jugadoras. En segundo lugar, y no menos importante, la mención que se manifestó sobre el salario, nuevamente, abrió la brecha de la desigualdad, ya perpetrada por hechos. Una jugadora de Primera División A percibirá un salario igual que el de un jugador varón de la Primera División C. A simple vista, se puede observar que, al momento de la toma de decisión y consecuente firma del Acta Marco, se instala de forma manifiesta y por escrito una desigualdad, de brecha salarial, y una descalificación a la jugadora profesional, que, en su lucha por ser reconocida como profesional, es igualada a una categoría más baja del fútbol masculino. Pero ser profesionales les exige que rindan exactamente igual que un varón cis jugador de fútbol, a razón de horas de entrenamiento y partidos. Es sabido que los contratos de jugadores varones están muy por encima de los mínimos establecidos por convenios colectivos de trabajo y que realmente se dedican de modo exclusivo a la actividad deportiva. No es el caso de las jugadoras, quienes tienen que tener otro empleo para poder generar un sustento. Estas desigualdades bien notorias son de público conocimiento y remarcan la importancia de visibilizar estos roles que están históricamente masculinizados.

Nos encontramos frente a una serie de hechos que son sancionados por la ley 23.592, en su artículo 1:

“... A todos los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Remarco especialmente la clasificación mencionada como categoría de discriminación por sexo como una interpretación biologicista y errada en lo que refiere al género. Hay que tomar en cuenta el contexto sociohistórico para poder realizar una mirada que exprese las relaciones de poder del entramado cultural. “La discriminación por género es la que asigna determinados atributos socioculturales a partir de su sexo y convierte a la desigualdad sexual en desigualdad social” (INADI, 2016).

La Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres (publicada en el Boletín Oficial del 14/4/2009), en su artículo 4, define la violencia de la siguiente manera:

“... Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón...”.

Asimismo, el Convenio 111 de la OIT (1958) se refiere a la discriminación -en el empleo y ocupación- en su artículo 1:

“A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Esta batería normativa -anterior al supuesto del reconocimiento del carácter profesional de las jugadoras de fútbol femenino- no evita que aún persistan desigualdades y precarización laboral.

Una serie de sucesos hicieron que la profesionalización del fútbol femenino se convirtiera en una lucha social. Una lucha colectiva y una conquista social para la adquisición de ese derecho. Si bien conocemos con nombre y apellido a la jugadora que llevó la bandera de la profesionalización, varios hechos generaron un quiebre y un alzamiento de voces de las jugadoras de la selección argentina, que manifestaron la extrema precariedad de las condiciones en las cuales entrenaban (sin vestimenta acorde, utilizando los restos de los jugadores de la selección argentina de fútbol masculino), por lo que las jugadoras se empezaron a manifestar en repudio.

El quiebre de ese *statu quo* fue la denuncia formal que inició Macarena Sánchez, luego de que el 5 de enero del 2019 fuera desvinculada del Club Deportivo UAI Urquiza, por supuestas “razones futbolísticas”. El inicio del reclamo y posterior comunicado sobre su desvinculación, literalmente, dio vuelta el mundo e instaló la necesidad de que sea profesionalizado el fútbol femenino. Se convirtió en un caso bisagra en lo deportivo. Este relato es parte de lo que ha salido en todos los medios de comunicación y a lo que se puede agregar la experiencia de quien suscribe (como encargada del litigio específicamente de la jugadora Macarena Sánchez, hoy, profesional): la reticencia y negativa absoluta que hemos encontrado por parte de la AFA y el silencio y ausencia reiterados por parte del Club Deportivo UAI Urquiza, que dejaron a la vista que jamás el tema del fútbol femenino fue un problema de falta de norma aplicable. La falta de reconocimiento a su valía profesional demostró y puso en evidencia las marcadas diferencias entre los varones y las mujeres.

Es interesante destacar que la AFA es la que organiza los torneos de competencia y, entre sus muchas finalidades -los contratos de los/as jugadores/as de fútbol son presentados ante la misma Asociación-, ejerce un control de legalidad sobre los contratos.

Una de las cláusulas del Reglamento General de la AFA menciona en el artículo 192 cómo define dos categorías de jugadores:

“Los jugadores de los clubes de la AFA serán clasificados en dos categorías: a) aficionados, y b) profesionales. Son aficionados los que practican fútbol sin percibir remuneración alguna, no considerándose como tal el reintegro de los gastos en que incurran por traslado, vestimenta de juego, etc., o por la justa

compensación de jornales perdidos como consecuencia de la participación en partidos o entrenamientos. Son profesionales quienes, por jugar al fútbol, perciben de un club una retribución cuyo monto será establecido en un contrato registrado en la AFA...”.

La distinción en sus dos categorías caracteriza el derecho a percibir un salario o no. Esta norma interna permitió escudarse en la falta de contratos de las jugadoras de fútbol femenino y, por ende, no reconocerlas formalmente como profesionales.

La norma interna de la AFA plantea que son profesionales quienes, por jugar al fútbol, perciben de un club una retribución cuyo monto será establecido en un contrato registrado en la AFA. El problema radica en que esta norma y su clasificación solo son contempladas para los jugadores de fútbol, es decir, varones cis hegemónicos y, por supuesto, heterosexuales. Con lo cual, para el caso de las jugadoras se crearon mecanismos por fuera de la regla general. ¿Por qué? Por su género.

Retomando el caso de Macarena Sánchez, tomamos un extracto de los hechos de la demanda presentada, para poder plasmar claramente cómo se encontraban las jugadoras de fútbol femenino antes de la mención como profesionales. María Macarena Sánchez Jeanney comenzó a jugar en el Club UAI Urquiza el 1 de febrero del 2012. El fútbol femenino en ese momento no era profesional. Para justificar sus ingresos -la participación en torneos de Primera División que organiza la AFA era en forma oficial, como si fuesen profesionales en la forma, pero no en el fondo- percibía en carácter de viáticos la suma de \$ 400. Para poder vivir, el trato de palabra con el club era el siguiente:

“Trabajar como administrativa en una de las empresas Clean Baires SA de 8 a 14 h de lunes a viernes, es decir que la forma de supuestamente justificar un salario como jugadora de fútbol era trabajando en una de las empresas que le pertenecían al vicepresidente del Club UAI Urquiza, percibiendo de media jornada (según el CCT 130/75), a este hecho hay que adicionarle que entrenaba 4 veces por semana de 15 a 18 h y un día del fin de semana jugaba los correspondientes partidos del Torneo”.

La exigencia deportiva era equivalente a lo previsto para la categoría profesional: rendimiento físico, entrenamientos, jugar los partidos los fines de

semana, la participación de torneos nacionales e internacionales de Primera División. Estos hechos les dan el carácter de desempeño profesional a las jugadoras, pero, al no ser reconocidas como tales, se utilizan maniobras fraudulentas como forma de justificar los salarios encubiertos en más de una relación laboral. Dicha situación entró en crisis con el reclamo individual de Macarena Sánchez, a lo que se le sumó el pedido social y colectivo que logró instalar y visibilizar esta problemática, que llevó al reconocimiento en un acta acuerdo: Profesionalización del Fútbol Femenino en Argentina.

Como se sostiene en este trabajo, esta conquista es una semiprofesionalización del fútbol femenino. Esta forma de “reconocimiento” de derechos adeudados para con las mujeres no es más que la traducción del poder aleccionador que tuvo, tiene y sostiene en el tiempo la AFA. Aun a pesar de las conquistas obtenidas, se sigue manteniendo la brecha de distancia entre jugadores mujeres y varones de igual categoría y división, por un lado, y en la obligación de contratar, registrar, reconocer, amparar normativamente a 8 de cada 11 jugadoras mínimo por plantel, por el otro.

Esta decisión deliberada de quienes tienen el poder de decisión en el fútbol muestra la intención de mantener esa brecha de derechos entre hombres y mujeres. Desde la teoría feminista, el género se entiende como:

“Conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre los sexos, para simbolizar y contribuir socialmente lo que es ‘propio’ de los hombres (lo masculino) y lo que es propio de las mujeres (lo femenino)” (Lamas, 2000).

Para entender aún más por qué la brecha de derechos quedó plasmada al momento de profesionalizar el fútbol femenino, tomamos las palabras de Simone de Beauvoir: “... La mujer se determina y diferencia con relación al hombre y no este con relación a ella; la mujer es lo inesencial frente a lo esencial. Él es el Sujeto, él es lo Absoluto; ella sería la Alteridad...” (2005, p. 50). De Beauvoir sostiene que la categoría mujer es una construcción, es el otro construido por el sujeto, que es el hombre. El hombre es lo universal (mirada androcéntrica) y estas pujas se constituyen dentro de las categorías hombre-mujer, en las que se ejerce control de

unos y dónde está la resistencia de otras, que están en tensión permanente (De Beauvoir, 2005). No es para nada sorprendente su evidencia en el fútbol, no solo como deporte, sino como construcción social, y que la igualdad entre ambos sexos sea aparente. El sentido es seguir generando brechas manifiestas, el componente de obligación de éxito, cuestionar si son profesionales, que deban demostrarlo en la cancha y en los entrenamientos, e instalar que las jugadoras aún deben seguir dando muestras de ser merecedoras del lugar que el patriarcado les ha dejado formar parte. Como si no fuera su derecho, como si la igualdad entre las mujeres, varones y disidencias les doliera... ¿Acaso un varón cis es cuestionado en el rendimiento? Rápidamente podemos deducir que no, y que jamás se cuestiona su carácter de jugador profesional, a lo sumo el cuestionamiento está colocado en cuánto “huevo” pone, término utilizado para definir la dedicación y pasión que debe tener un varón cis hegemónico y heterosexual en la cancha de fútbol.

II.3. Jurisprudencia y estereotipos de género: caso “Sisnero” (“S. M. G. y otro c/Tadelva SRL y otros s/amparo”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2014)

Los estereotipos de género fundamentan normas y acciones en la sociedad civil. El caso de referencia es un ejemplo de los estereotipos y los lugares que históricamente fueron reservados para varones. En el caso “Sisnero”, una mujer demanda para ser admitida como conductora de transporte público de pasajeros, a pesar de cumplir con los requisitos exigidos por las empresas. Es interesante destacar en este caso los argumentos del dictamen de la Procuración General de la Nación:

“Se analizaron las dificultades que enfrentan las mujeres en la etapa precontractual en empleos donde históricamente y debido a estereotipos de género han sido excluidas junto a la garantía constitucional de la libertad de contratar, que encuentra límite en la prohibición de no discriminar y obliga al empleador o empleadora a utilizar criterios neutros respecto del género” (2014).

¿Qué diferencia existe entre una mujer que es conductora de colectivos y quiere trabajar de manera profesional y una jugadora que quiere jugar en forma

profesional al fútbol? La única diferencia está en la actividad elegida, no encontramos otro fundamento.

Claramente, los estereotipos de género reservan lugares a los varones y, cuando una mujer detenta esos espacios, se aplican justificaciones que lo que verdaderamente esconden es la intolerancia a igualar el acceso a las mujeres. Aquí no se pretende ir en contra de una norma, o en favor de la creación de otras, sino que se trata de la eliminación de estereotipos por los que se excluyen a las mujeres por el hecho de ser mujeres.

Asimismo, destaco que otras identidades de género y diversidades quedan directamente fuera de toda discusión y de su potencial incorporación en el ámbito profesional deportivo.

En Argentina, 62% de las mujeres de entre 16 y 59 años participan del mercado laboral, lo que representa una brecha de 19 puntos con respecto a la participación masculina (INDEC, 2018).

III. Cambio cultural

Los clubes a los que pertenecen las jugadoras profesionales tienen una característica que nos interesa destacar y visibilizar. Es claro que esto solo sería anecdótico, si nos encontráramos en una situación de igualdad de condiciones y de cumplimiento de derechos laborales. Pero sobre la base de lo desarrollado en este trabajo, el factor merece ser tenido en cuenta, ya que empeora la situación de las jugadoras por las condiciones reales que los clubes les ofrecen, dejándolas entre contratadas, no contratadas y precarizadas; con el agravante de las condiciones, que, dependiendo del club, serán regulares o malas, hasta ilegales e insalubres, en algunos casos.

El cambio cultural es clave y las políticas públicas tienen que acompañar este proceso. El estereotipo que persiste en el fútbol limita el goce de los derechos, no solo de manera individual, sino también de manera colectiva, debido a que impide el crecimiento de este deporte: para que eso suceda, es necesaria una ampliación de los recursos.

Abordar desde una perspectiva de género las oportunidades y desafíos que presenta el escenario laboral futuro es necesario para mitigar las diferencias entre varones y mujeres (Vaca Trigo, 2019).

El cambio cultural es fundamental para poder generar más recursos y seguir impulsando los cambios que traen no solo beneficios sociales, sino también económicos para los países. Hemos visto en Noruega cómo se trabajó con la población masculina desde temprana edad para desarrollar todo el talento y la capacidad de las mujeres en el mercado laboral. El éxito de las políticas públicas en ese sentido ha acompañado un cambio cultural que se impone y que también viene siendo propuesto por una buena parte de la sociedad latinoamericana.

A continuación, presento los testimonios de tres jugadoras de fútbol femenino profesional de Primera División A, en los que podemos ver su estado de precarización laboral. Las diferencias varían según el club por el cual fueron citadas. Entiéndase por “suerte” al hecho en el que debería leerse “derechos consagrados y garantizados”, en tensión con la precarización e ilegalidad. De todas maneras, a pesar de las diferencias, veremos que aún persiste la semiprofesionalización del fútbol, con cargas extenuantes de entrenamientos y trabajo para generar sustento.

IV. Testimonios

IV.1. Jugadora de Rosario Central

Soy jugadora de fútbol “profesional”, actualmente juego en la Primera División de Rosario Central, donde esta construcción se remonta muchísimos años atrás en la misma ciudad del río Paraná.

Desde pibita que amaba jugar a la pelota, y como tantas otras compañeras los espacios para jugar siempre nos dejaban en *offside*: no existían clubes que nos puedan acompañar en el proceso formativo de fútbol. Pero por suerte el barrio, la plaza, mi familia y amigos fueron mis primerxs maestrxs y me habilitaron a ese encuentro con la pelota y ese deseo y sueño de ser futbolista, un sueño que se fue desdibujando un poco al correr los años porque se perpetuaba esa inexistencia de clubes y escuelas para niñas amantes del fútbol.

Recordando mis días en educación física, o en los recreos, las escuelas eran el vehículo perfecto para negar la exploración de las mujeres tanto en movimiento como en deseo, donde se reproducían los estereotipos y roles de género, la pasividad para las niñas en los juegos, entre tantos de ellos, la negación a implementar fútbol como proyecto educativo-deportivo, la dualidad de “varón/mujer - fuerte/débil”. Claro que yo era una de esas que, con la honestidad y espontaneidad de lxs niñxs, intentaba romper con esa injusta y tan arraigada situación, aunque no entendía bien por qué pasaba esto.

Por suerte, ya de más grande, pude entender por dónde venía esa jugada, gracias a los movimientos feministas y al cuestionamiento permanente, de manera ingenua y natural en un principio y más profunda, debatida y compartida con mis compañeras en este último tiempo.

Continuando con mi historia y cómo llegué a construir esta “jugadora profesional de Primera”, a causa de falta de espacio para desempeñarme como futbolista, jugué 10 años al *hockey* en Gimnasia y Esgrima de Rosario (GER), desde los 7 hasta los 17 años.

Un deporte al que agradezco que me haya abrazado durante tanto tiempo, porque pude construir una identidad deportiva que jamás hubiese sido posible solo jugando al fútbol en las plazas. En su momento no me daba cuenta, pero el *hockey* socialmente era un deporte “aceptado” para la mujer. A veces el error no era tan amigable del aprendizaje para algunxs profes, y esa exigencia por momentos sigue apareciendo en mi cuerpo. Hoy intento romper con esa idea y miedo a equivocarse. La lucha continúa, siempre.

Ya por el 2011, en ese entonces tenía 16 años, apareció en la ciudad de Rosario la primera escuela de “fútbol femenino”. Encima me quedaba a la vuelta de GER, golón. No lo dudé un segundo. Comencé a hacer la doble actividad: *hockey*-fútbol, fútbol-*hockey*. Salía del club, rajaba para las canchitas, a ese mundo que para mí era estar surfeando como una campeona, conociendo a compas con la misma alegría que yo, de empezar a reconocernos como jugadoras de fútbol que tienen un lugar para entrenar, ¡era una locura!

Ese grupo fue creciendo, de hecho, muchas compañeras de aquel entonces son en la actualidad jugadoras de Primera División de diferentes clubes de Argentina, con las cuales compartí plantel en Social Lux, UAI Urquiza, Racing y Rosario Central.

Al año de realizar la doble actividad, tomé una de las decisiones más importantes de mi vida: arriesgar y solo jugar al fútbol. Estaba a un pasito de formar parte de la Primera de *hockey* de GER, con 17 años ya sumando unos minutos en Reserva, pero la pasión por retomar el sueño de ser futbolista fue mayor, y ahí comenzó el hermoso quilombo.

A raíz de eso, el papá de una de mis compañeras, un reconocido médico en el ámbito deportivo que, además, fue futbolista e hizo el curso de entrenador, tomó las riendas del grupo para comenzar a entrenarnos, junto a un preparador físico que tenía la ventaja de trabajar en una clínica deportiva para que realicemos los trabajos de fuerza en el gimnasio de ese mismo lugar. Nos faltaba encontrar un club que nos represente y que nos dé el campo de juego (entre otras tantas cosas) para desarrollar las actividades tácticas y específicas del juego. Mientras tanto, los entrenamientos los realizábamos en plazas, todo a pulmón, hasta que encontramos unas canchas de 11 (que alquilábamos por unos pesos). El entrenador había presentado proyectos en los clubes más reconocidos de la ciudad: Rosario Central y Newell's, pero ninguno de ellos accedió. Hablamos de principios del 2013.

Seguíamos sin club y con la dificultad, además, de falta de competición: no había ni liga rosarina ni torneos de 11, nada. Lo que realizábamos eran amistosos para no perder ese roce de partido. De hecho, vino a jugar un seleccionado de Australia ese mismo año.

Todas las dificultades que traen no tener un lugar físico propio, una camiseta a la cual representar y reconocerse como jugadora, un club que se haga cargo de un proyecto con objetivos de crecimiento en la carrera de la futbolista y un torneo para poder estar en competición hicieron imposible que continuemos con esto. Más allá de todo, fue, por lejos (y lo seguimos diciendo con mis compas), el mejor año a nivel calidad de entrenamiento, conocimientos adquiridos, profesionalismo en cuanto a metodología de entrenamiento. Imaginate que no había una motivación de competir, porque no existía, pero sin embargo todas íbamos a entrenar, porque estas personas

eran competentes en lo que hacían y estaban muy comprometidas con dejarnos algo, más allá del contexto que no nos era favorable. Gracias a F. B. y A. G. tuvimos un paso breve por un club de Villa Gobernador Gálvez (pegadito a Rosario): el Internacional, donde empezamos a competir y a tener un espacio propio.

Simultáneo a esto, en el 2013 tuve la posibilidad de estar en un preseleccionado de Argentina sub-20. Viajé a Montevideo para jugar contra la celeste, y ya luego de unos meses de esa preselección no quedé convocada para el sudamericano. En esa vuelta a la ciudad retomé con las rosarinas.

Conseguimos nuestro primer título en un torneo que se realizó en Ramallo, donde competía, entre otros equipos, un club de la AFA: Huracán, el cual respetábamos, y admirábamos que tuviéramos esa posibilidad de enfrentarnos. Partido que jamás olvidaremos: 4 a 1 arriba, goleando a un equipo de la AFA.

Una de las pibas nos propone que tenía un entrenador para que contactemos ante este parate. Él había sido socio de Mercadito: Social Lux de Rosario. Presentó el proyecto de fútbol femenino, le dieron el *ok*y comenzamos a escribir la historia para el verde.

Teníamos cancha, club, un grupo numeroso de jugadoras con manija de aprender, un entrenador profesional y la posibilidad de competir en los alrededores de Rosario. Era el momento. Nos anotamos en la Liga Cañadense. La reglamentación de ese torneo de fútbol 11 era “en una cancha de 9” y los tiempos, de 35 minutos. Salimos campeonas, por goleada.

Ese mismo año, 2014, nos fuimos a competir a un torneo de 11 a Uruguay, con el mismo grupo y entrenador, donde también conseguimos el título.

Ya en el 2015 con varios cambios y muchas situaciones vividas, luego de ser vista por el cuerpo técnico de UAI Urquiza, me llaman en enero de 2016, hicimos la pretemporada, me comunican que querían que formara parte del plantel y comenzó mi carrera como futbolista en la Ciudad de Buenos Aires, ya con una competición de 11 muchísimo más experimentada que la de Rosario, con otro roce, otros ritmos, era todo un desafío y sobre todo representar a un club tan reconocido en el femenino como la UAI.

Tuve el honor de compartir plantel con jugadoras de selección, como Flor Bonsegundo y con luchadoras como Maca Sánchez. Ese año salimos campeonas del torneo local de la AFA, y, al finalizar el año, nos dieron el receso correspondiente. Comienzo del año 2017, enero, me llega un mensaje de la ayudante de campo del entrenador de aquel entonces comunicándome que ya no me iba a tener en cuenta para el plantel. No me dio tiempo a buscarme un club, sabiendo también que era una jugadora del interior y básicamente había dejado todo para irme a jugar a la UAI: estudios, donde homologué materias para que la UAI me becara y continuara estudiando, relación de dependencia con la institución, que me brindaba un departamento para alojarme y unos “viáticos” para ir a entrenar, todo de palabra, no había contrato que nos proteja. Claro, en ese año el fútbol era *amateur* y se manejaban con total impunidad para hacer lo que quisieran, sin importarles la historia de cada jugadora, el contexto o particularidad de cada situación. Lo que para mí significó una movida muy importante, buscarme otro club para continuar compitiendo, y, si no fuese porque mi novia en ese momento me ofreció su casa en Buenos Aires para hospedarme, no podría haberme quedado jugando en Buenos Aires.

Apareció Platense, club en el cual estuve solo una temporada, creo que torneo Clausura, porque a mitad de 2017 me llaman de Racing, proponiéndome si me interesaba jugar el ascenso. Racing hacía 10 años que no tenía la actividad de fútbol 11, al retomarla, la obligatoriedad era competir en la división B. Propuesta que me sedujo un montón, llevar a un club tan grande como Racing a la Primera, y no dudé en decir que sí.

Comunico esto a Platense, con reticencia de la dirigencia y pidiendo a cambio de mi pase unas pelotas, logro que me dejen irme a Racing Club (2018). Tuve la suerte de jugar 2 veces en el cilindro. Una, en la era *amateur*, un amistoso contra Independiente un 25 de noviembre de 2018, en el Día Internacional por la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, previa al clásico que jugaban luego los varones a cancha llena, inolvidable. Además, le dimos vuelta el partido al Rojo. Y ya la segunda vez, en la era “profesional”, por los puntos contra Villa San Carlos.

En el 2019 aparece el hito del grito de Maca, rompiendo con toda estructura patriarcal que sostenía al fútbol, y abriendo la cancha para reivindicar los derechos de las futbolistas. Acompañando esa lucha, empieza la era “semiprofesional” para nosotras, los clubes comienzan a reconocernos como trabajadoras, otorgando - algunos- contratos laborales. Puse la firma unos días antes del 21 de agosto, el Día de la Futbolista.

Firmé por 2 años en Racing, hasta julio de 2021.

Racing fue un lugar en donde viví los momentos más trascendentales en el fútbol, donde más me emocioné, amé, sufrí y lloré. Por eso lo quiero tanto. Construí una gran historia, desde lo deportivo y también en mi rol como entrenadora de juveniles, experiencia que me aportó mucho conocimiento en ese encuentro con las jugadoras, y donde les agradezco con el corazón por haberme permitido transmitirles no solamente los conceptos que respectan al fútbol, sino también por el encuentro al debate en los viajes que compartimos y en los inicios o fines del entrenamiento: a replantearnos lo establecido, a cómo luchar ante las injusticias, a poder desnaturalizar las situaciones de violencias institucionales y de género que día a día vivimos, a intentar hacer un fútbol donde circule el deseo, el disfrute por lo que hacemos y la libertad y el permitirse aprender, equivocarse.

Finalmente, en marzo de 2021, embarqué para la Academia rosarina, el club de mis amores de pequeña.

Puse la firma, también por 2 años. Llegué, me encontré de vuelta con el río Paraná, con mi sueño de pibita de jugar para Central, estar en casa y compartir unos mates con la familia, y, de repente, comenzando el Apertura 2021 con la azul y amarilla.

Primer fecha en el Pozo (cancha del predio de la Ciudad Deportiva de Rosario Central) contra Huracán. Debut y gol, soñado. Hoy sigo en ese club, o eso espero, por reclamar por mis derechos y acompañar el reclamo de las injusticias y violencias vividas por mis compañeras, no es claro si voy a continuar en el club, porque nos han dejado en pausa sin respuestas devolviéndonos a la enorme vulnerabilidad de ser jugadora de fútbol en la semiprofesionalización para nosotras las mujeres.

IV.2. Jugadora de San Lorenzo de Almagro (primer club de fútbol femenino que materializó la profesionalización)

Llegué a San Lorenzo a fines de 2008, a los 17 años. Era la primera vez que me iba de Uruguay a jugar a otro país. Vine a San Lorenzo por otra jugadora que le dijo al técnico de ese entonces sobre mí. El director técnico vio videos míos y vino. En ese momento llegué a una especie de pensión que San Lorenzo tenía en Ciudad Evita donde vivíamos siete jugadoras. Era una casa. En ese momento ganaba \$ 400. El torneo, obviamente, no era profesional ni mucho menos. Viajaba todos los días al entrenamiento. Tomaba un colectivo hasta el Mercado Central y de ahí otro para el club. Después de un año decidí volver a Uruguay por temas económicos y jugué allá en Nacional y en Vida Nueva, en el interior de Uruguay. Allá cobraba por partido, pero decidí volver a San Lorenzo a fines de 2013 porque me ofrecieron “más plata” y porque la competencia en Argentina, aunque no era profesional, era mayor, y en San Lorenzo había un proyecto de hacer crecer el fútbol femenino. Conseguimos que nuestra casa tuviese las condiciones básicas para ser habitadas en el 2018.

Si bien el fútbol argentino había crecido bastante, seguíamos con los mismos problemas en cuanto a la organización de la liga: muchas veces íbamos a jugar de visitante y se nos suspendían partidos porque faltaba la ambulancia obligatoria, faltaba la policía correspondiente (la AFA organiza el torneo; sin esas condiciones no permite que se juegue el partido). En San Lorenzo nunca vivimos eso, pero sí nos enteramos de colegas de otros equipos que hasta tenían que poner plata de su bolsillo para poder jugar un partido (para pagar la ambulancia, por ejemplo) o incluso pagarse el colectivo para venir a jugar.

Hasta que el fútbol femenino de la AFA se semiprofesionalizó, nosotras cobramos viáticos, que variaban como en todos los clubes. Como ese sueldo no alcanzaba, empecé a trabajar como administrativa en el archivo del club, que en ese momento estaba ubicado en Avenida de Mayo, en el centro. Iba directo del trabajo al entrenamiento. Si teníamos partido durante la semana podía ir a trabajar un ratito o me permitían faltar. Todavía conservo ese trabajo, aunque ahora está en la sede de Avenida La Plata, más cerca. Lo conservo porque los sueldos de las futbolistas de Primera en Argentina no se pueden comparar ni un poco con los de los varones, y

muchas jugadoras tenemos dos trabajos. En cuanto a los entrenamientos, siempre tuvimos una cancha donde entrenarnos y los materiales necesarios, pero la firma de los contratos cambió muchísimo no solo por lo económico a cada una, sino por la competitividad de la liga de Primera, que les significó un cambio a muchas otras jugadoras de otros equipos.

IV.3. Jugadora de El Porvenir

Mi relación con el fútbol femenino en cancha de 11 comenzó en el 2016 dentro del club El Porvenir. Vivo en el barrio de Gerli, donde se encuentra ubicado el club. Es considerado un club de barrio, popular, sin mucha actividad social, pero que existe hace muchos años, tiene hinchas muy fieles, pero también era y es de público conocimiento su relación estrecha con la antigua administración de la AFA. Comienzo a desarrollarme y a jugar en la Primera División de fútbol femenino del club, que aún se encontraba en la categoría B. Luego de finalizado ese campeonato, logramos el ascenso a la primera categoría, lo cual, a pesar de que el fútbol femenino aún no se encontraba profesionalizado, era un logro enorme para nosotras. Después de esto, me alejé de la disciplina unos años. Retomé los entrenamientos con el club durante el 2019 y el 6 de septiembre de ese año firmé mi primer contrato semiprofesional como jugadora del club. A pesar de haber avanzado en materia de reconocimiento de derechos, lo que se lograba en las estructuras no se veía reflejado en las condiciones de trabajo y en el día a día en los entrenamientos. Nuestra preparación física se llevaba a cabo en un espacio abierto dentro del velódromo de Lanús, que es un pulmón de la ciudad donde vivo, pero es un espacio municipal. No contábamos con los materiales necesarios para garantizar nuestro correcto entrenamiento, no teníamos pecheras, pelotas, conos, no incorporamos la dimensión de la cancha de 11 en nuestros entrenamientos y solo la pasábamos cada fin de semana en que nos tocaba jugar un partido. No solo se veía perjudicada nuestra preparación en el aspecto físico, sino que, además, no contábamos con los traslados a los partidos que disputamos como visitantes, debíamos organizarnos las jugadoras para poder llegar a cada cancha y al momento de jugar se evidenciaban aún más las condiciones precarias, como, por ejemplo, la falta de agua envasada o el botiquín

reglamentario con el que debía contar el médico. Cada jugadora con contrato firmaba un recibo de aproximadamente \$ 20.500, que no era lo mismo que cobrábamos. Recibimos diferentes remuneraciones que no responden a un criterio claro, quienes habíamos firmado contrato obtenemos \$ 5000, mientras que otras compañeras solo recibían \$ 3000 o \$ 2000, y muchas otras no recibían retribución alguna a pesar de estar trabajando. El destino del resto de los fondos es aún desconocido. Muchas veces se nos argumentaba que era para financiar la actividad y que esta no desapareciera (claramente, en un tono que dejaba entrever una especie de amenaza de que, sin esa plata, todas nos quedamos sin trabajo y sin club), pero en la realidad nuestras condiciones no mejoraron en ningún aspecto. Luego de concluido el partido en el que jugamos como local contra Independiente de Avellaneda, el último disputado en la primera parte del Torneo Rexona, decidimos con mis compañeras de plantel dar a conocer la situación que atravesamos durante meses y que nos imposibilitaba la oportunidad de poder competir de igual a igual con otros equipos que tenían las condiciones mínimas garantizadas. Dicho partido fue cubierto, los y las periodistas que realizaban su trabajo nos dieron la cobertura necesaria para poder dar a conocer nuestra realidad. Una vez que terminamos de brindar la información a la prensa, tuvimos un conflicto con los dirigentes del club. A raíz de todos estos hechos, las trabajadoras nos organizamos, comenzamos a informarnos sobre nuestros derechos y a generar lazos con compañeras de otros clubes que nos brindaron un apoyo increíble, incluso jugadoras de equipos del interior del país nos hicieron llegar su apoyo. Lo que entendí, en lo personal, como un mensaje de estar haciendo lo correcto, a pesar de que esto me costara, *a posteriori*, mi desvinculación del club. Claramente sufrí la discriminación y el despido por haber levantado la voz y haber sido la vocera de mis compañeras.

V. Conclusión

La profesionalización del fútbol femenino ha sido un avance en derechos y búsqueda de igualdad entre mujeres y hombres, que, paradójicamente, acentúa la desigualdad. En el contexto actual de la Argentina respecto de la lucha feminista, la visibilización de la precarización laboral en las que se encontraban las jugadoras y la

apuesta en el litigio de la demanda de Macarena Sánchez no fueron suficientes a la hora de torcer la realidad. La oportunidad histórica en la que se encontró la AFA, para remendar estas injusticias que se dan fundamentalmente por el carácter patriarcal de nuestra sociedad, fue tan solo eso, una oportunidad histórica desperdiciada, lo que demuestra que el arraigo del poder patriarcal y la resistencia aún es muy fuerte.

Lo maravilloso es y será la lucha colectiva, que nos permite que consigamos como colectivo social de mujeres y disidencias visibilizar la necesidad de exterminar un sistema patriarcal que daña, y mucho. Aunque sea una larga batalla, que recién empieza, nos posiciona en forma diferente, nos y les permitió a las jugadoras de fútbol alzar su voz y exigir sus derechos.

En este sentido, este trabajo pretende ser una invitación para reflexionar sobre cómo aún pesa -y con mucha fuerza- un sistema patriarcal que, en su mejor versión, se autorregula en pos de una igualdad aparente, sosteniendo un ordenamiento jurídico androcéntrico, afectando y vulnerando a las mujeres, en el caso en concreto, a las jugadoras de fútbol femenino profesional, a las de categorías inferiores, a las que no cuentan con contratos, a las disidencias y niñeces que ni siquiera entran en la posibilidad de proyectar jugar al fútbol en forma profesional.

La resiliencia que se observa en las mujeres invita a seguir reflexionando y cambiando. Pequeños actos de sororidad como el que realizan las jugadoras contratadas de repartir parte de sus ingresos con las compañeras sin contrato son los que marcan la diferencia en la lucha contra el sistema patriarcal. Este cambio cultural se está dando en todos los sectores: es necesario poder seguir visibilizando y apoyando a las mujeres y niñas que están luchando por los derechos de igualdad de oportunidades, no solo a través de las propias redes y los actores civiles, sino con políticas públicas.

Aun en una realidad de igualdad aparente, gran parte de las integrantes de los diferentes planteles tienen que tener otro trabajo para poder tener sus necesidades básicas cubiertas, sufren violencia de diferentes tipos y son acalladas por las autoridades de los clubes, de la AFA y de Agremiados, alzan su voz, luchan por sus derechos, cuestionan las injusticias y exigen a quienes deben cumplir con las

obligaciones propuestas en el transcurso de su vida laboral: esto solo reafirma que seguir luchando, en forma conjunta y colectiva, es la respuesta frente al cambio histórico que estamos viviendo. Ser jugadoras de fútbol en forma profesional es su derecho y no una dádiva que les es otorgada, si bien somos testigos de cambios, ya no contarán con la comodidad de nuestro silencio en ninguna de las actividades en que nos desarrollemos. Sin dudas la salida es colectiva.

Bibliografía

Libros y artículos

- DE BEAUVOIR, Simone (2005). *El segundo sexo*. Madrid: Cátedra
- LAMAS, Marta (2000). "Diferencias de sexo, género y diferencia sexual". *Cuicuilco*, 7(18). Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=35101807>.
- PASTEN DE ISHIHARA, Gloria Marina (2018). *La protección de los derechos de la mujer en el ámbito laboral*. La Plata: Editora Platense.
- VACA TRIGO, Iliana (2019). "Oportunidades y desafíos para la autonomía de las mujeres en el futuro escenario del trabajo", *Serie Asuntos de Género*, 154 (LC/TS.2019/3). Santiago de Chile: CEPAL.

Documentos

- CEPAL (2016). "Autonomía de las mujeres e igualdad en la agenda del desarrollo sostenible". Santiago de Chile.
- MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES Y CONSEJO NACIONAL DE GÉNERO (s.f.). "Estrategia Nacional para la Igualdad de Género 2030". Disponible en https://oig.cepal.org/sites/default/files/uruguay_estrategia_nacional_para_la_igualdad_de_genero_2030.pdf.

Legislación

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER EN EL ÁMBITO LABORAL.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER (Convención de Belém do Pará).

LEY 20.160. Estatuto del jugador de fútbol profesional y su convenio colectivo de trabajo (557/09).

LEY 23.592 (Boletín Oficial: 5/9/1988).

LEY 26.485 (Boletín Oficial: 14/4/2009).

OIT (1958). Convenios 100 y 111 (ratificados en Argentina en 1956 y 1958, respectivamente).

Normativa

AFA (2019). “Marco Acuerdo Fútbol Femenino Profesional”. Disponible en <https://es.scribd.com/document/403862619/AFA-FAA-Acuerdo-Marco-y-Anexo-1-x-Profesionalizacion-fútbol-Femenino> [compulsado el 16/3/2019].

AFA. (2011). “Reglamento General”. Disponible en <https://www.afa.com.ar/es/reglaments/Reglamento%20General?s=1>

INADI (2008). “Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación”. Boletín Oficial de la República Argentina.

INDEC (2018). “Encuesta Permanente de Hogares”, cuarto trimestre 2018. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Jurisprudencia

“S. M. G. Y OTRO C/TADELVA SRL Y OTROS S/AMPARO”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2014.