

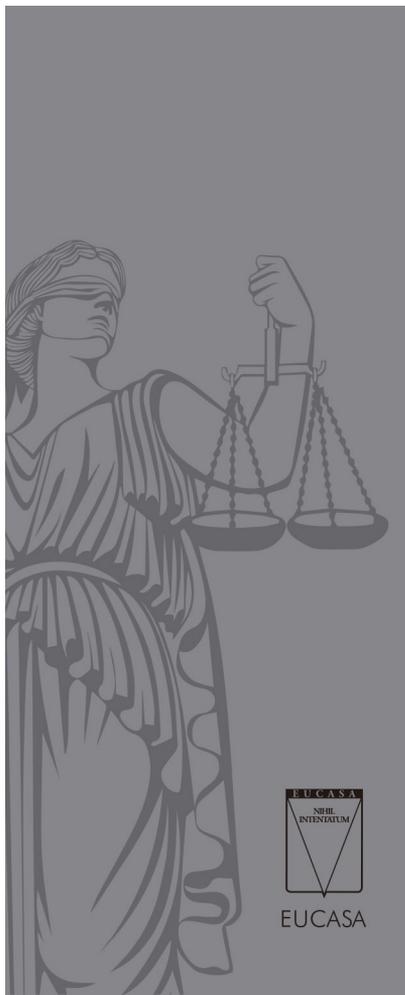
Año 3 | Número 3 | diciembre, 2020

OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

e-ISSN 2618-4699



EUCASA

SUMARIO

Editorial. *Omar Carranza*

INVESTIGACIONES

Perdón y justicia en Ana Karenina. *Lucía María Traverso*

La importancia de las pericias informáticas en el ámbito del derecho. *José Aráoz Fleming*

La reparación cultural: un avance ineludible en la justicia transicional. *Fernando Charria-García*

Las acciones oblicuas o subrogatorias en el federalismo fiscal argentino en defensa de la autonomía municipal. *Tobías Larregui*

Cambio climático y pobreza. *María Paula Casanova*

Gobernanza política en Latinoamérica en tiempos del COVID-19. *Carla Torcoletti*

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

El coronavirus como enfermedad profesional (no listada). Interrogantes motivados por la calificación. *María Paula Carril*

RESEÑAS

Reseña del libro *Niños y niñas en situación de calle*, de V. Toledo, F. A. De Singlaur y S. Abud Rodríguez. *Laura Noemí Lora*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA
(UCASAL)

OMNIA. Derecho y Sociedad
Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas
N° 3 | 2020

CONSEJO EDITOR

Director: Ab. Omar Carranza / Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL

Secretario: Mg. Lic. Victor F. Toledo / Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL

Dra. Úrsula Basset / Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina / Miembro del Comité Directivo de la International Academy of the Jurisprudence of the Family

Dra. Cecilia Blanco / Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Nacional de Córdoba - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS)

Mg. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas / Grupo Persona, Instituciones y Exigencias Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia

Lic. Mariano Gialdino / Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL) - CONICET

Lic. Roberto Washington González / Licenciatura en Criminológica y Perito en Accidentología de la UCASAL

Ab. Juan Carlos Pérsico / Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata - Instituto de Derecho Internacional Público del Colegio de Abogados de La Plata (CALP)

Lic. Alejandro Gabriel Safarov / Licenciatura en Relaciones Internacionales, Universidad Católica de Santiago del Estero

Dra. Irene Vasilachis de Gialdino / Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL) - CONICET

e-ISSN 2618-4699

Domicilio editorial: Campus Universitario Castañares - 4400 Salta - Argentina

Tel.: (54-387) 4268609

E-mail: revistaomnia@ucasal.edu.ar

web: <http://revistas.ucasal.edu.ar/index.php/RO>

www.ucasal.edu.ar/eucasa

COMITÉ EVALUADOR

Ab. María Elisa Andrés / Universidad Católica de Santiago del Estero

Dra. Gabriela Ábalos / Universidad Nacional de Cuyo - Universidad de Mendoza

Lic. Luis Maximiliano Barreto / Universidad Nacional de Rosario

Ab. Luis Gonzalo Britos / Universidad Santo Tomás de Aquino

Dr. Alejandro Castaño / Universidad Católica de Colombia

Mg. Néstor Cruz / Universidad Nacional de Salta

Dra. Raquel Guzmán de Dallacaminá / Consejo de Investigación de la Universidad Nacional de Salta

Ab. María del Milagro Herrera / Poder Judicial de la Provincia de Salta

Lic. María de la Paz Ibáñez / Representación de Relaciones Internacionales del Gobierno de la Provincia de Salta

Mg. Pedro Marcelo Ibarra / Universidad Nacional de Salta

Dr. Nicolás Lafferriere / Universidad Católica Argentina

Dra. Helga Lell / Universidad Nacional de La Pampa

Dra. Joana Fernanda Navas Camargo / Universidad Católica de Colombia

Ab. Federico Petrina Aranda / Defensoría General de la Nación

Dr. Alejandro Saravia

Mg. Diego Javier Tula / Instituto de Derecho del Trabajo de la Academia Nacional de Derecho

Mg. Claudina Xamena / Poder Judicial de la Provincia de Salta



OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Nº 3 - 2020



EDICIONES
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA
SALTA - ARGENTINA

Omnia. Derecho y Sociedad es la revista científica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, Argentina, creada en el año 2018 y publicada bajo el sello EUCASA (Ediciones Universidad Católica de Salta) (<http://revistas.ucasal.edu.ar/index.php/RO>)

Es una publicación de periodicidad anual que reúne colaboraciones que versan sobre temas de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Se recogen en ella artículos científicos, ensayos, textos sobre jurisprudencia y doctrina y reseñas de libros. Todos ellos son sometidos a un proceso de evaluación por pares externos. Todos los escritos son inéditos y de carácter original.

La revista ha sido incorporada al Catálogo 2.0 de Latindex (folio 29156) y está indexada también por LatinRev

Su nombre, *Omnia*, obedece a dos razones. En primer lugar, se trata de una publicación que involucra a todas las carreras que se imparten en la Facultad —Abogacía, Lic. en Relaciones Internacionales, Lic. en Criminalística, Lic. en Seguridad, Perito en Accidentología y Martillero Público y Corredor Inmobiliario—. En segundo lugar, se busca dar cabida al más amplio abordaje de los temas de interés de la revista. La denominación, *Derecho y Sociedad*, define un contenido disciplinar propio de las ciencias sociales.

Esta publicación ha sido creada con el fin de promover la divulgación del conocimiento generado en la Facultad de Ciencias Jurídicas como producto de sus funciones sustantivas de investigación, docencia y extensión, así como favorecer la construcción de vínculos con otras instituciones nacionales e internacionales.

OMNIA. Derecho y Sociedad cuenta con las siguientes secciones: "Investigaciones", que reúne resultados parciales o finales de proyectos de investigación o ensayos académicos; "jurisprudencia y doctrina", que recoge análisis de sentencias judiciales y aportes doctrinarios de publicistas reconocidos y "reseñas de libros", en la que se realizan comentarios de libros de relevancia para la temática abordada por la revista.

Es una revista de acceso abierto publicada bajo licencia *Creative Commons* Atribución-NoComercial-CompartirIgual. Es decir que todo su contenido está libremente disponible sin cargo para usos lícitos por los usuarios, sin autorización previa del autor o del editor. Los autores retienen, sin embargo, el derecho a ser adecuadamente citados.

La responsabilidad sobre las opiniones vertidas en los textos y sobre el respeto a la propiedad intelectual corresponde a los autores.

e-ISSN 2618-4699

OMNIA. Derecho y Sociedad is the scientific journal of the Faculty of Legal Sciences of the Universidad Católica de Salta, Argentina, created in 2018 and published under the EUCASA seal (Ediciones Universidad Católica de Salta).

It is an annual publication that gathers collaborations on topics of legal, political and social sciences. It contains scientific articles, essays, texts on jurisprudence and doctrine and book reviews. All of them are subjected to an external peer evaluation process. All writings are unpublished and original.

The journal has been incorporated into Latindex Catalog 2.0 (folio 29156) and is also indexed by LatinRev

The name of journal, *Omnia*, is due to two reasons. In the first place, it is a publication that involves all the careers that are taught in the Faculty -Law, International Relations Degree, Criminal Law Degree, Security Degree, Accidentology Expert and Public Hammer and Real Estate Broker. Second, it seeks to reflect the broader treatment of the issues of interest. The denomination, *Law and Society*, defines a disciplinary content of the social sciences.

This publication has been created with the purpose of promoting the dissemination of the knowledge generated in the Faculty of Legal Sciences as a product of its substantive functions of research, teaching and extension, as well as favoring the construction of links with other national and international institutions.

OMNIA. Derecho y Sociedad has the following sections: "Investigations", which gathers partial or final results of research projects or academic essays; "Jurisprudence and doctrine", which includes analysis of court decisions and doctrinal contributions from recognized publicists and "book reviews", in which comments are made on books of relevance to the issue addressed by the magazine.

It is an open access magazine published under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike license. In other words, all of its content are freely available free of charge for lawful use by users, without prior authorization from the author or publisher. The authors retain, however, the right to be properly cited.

The responsibility for the opinions expressed in the texts and on the respect for intellectual property lies with the authors.

e-ISSN: 2618-4699

Sumario

Editorial.....	7
Omar Carranza	

INVESTIGACIONES

Perdón y justicia en Ana Karenina.....	11
Lucía María Traverso	

La importancia de las pericias informáticas en el ámbito del derecho.....	29
José Aráoz Fleming	

La reparación cultural: un avance ineludible en la justicia transicional.....	39
Fernando Charria-García	

Las acciones oblicuas o subrogatorias en el federalismo fiscal argentino en defensa de la autonomía municipal.....	57
Tobías Larregui	

Cambio climático y pobreza.....	85
María Paula Casanova	

Gobernanza política en Latinoamérica en tiempos del COVID-19.....	103
Carla Torcoletti	

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

El coronavirus como enfermedad profesional (no listada). Interrogantes motivados por la calificación.....	113
María Paula Carril	

RESEÑAS

Reseña del libro <i>Niños y niñas en situación de calle</i> , de V. Toledo, F. A. De Singlaur y S. Abud Rodríguez.....	125
Laura Noemí Lora	

Es muy gratificante para todos los que participamos de *Omnia. Derecho y Sociedad* presentar su tercer número, pues este hace evidente la sostenibilidad en el tiempo de la divulgación de las producciones científicas en nuestro ámbito, el interés de los autores por publicar y el respaldo de evaluadores externos que garantizan la calidad de su contenido.

Particular interés presenta para nosotros informar que nuestra revista ha sido incorporada al Catálogo de Latindex y, a partir de allí, se inició el proceso de incorporarla a otros catálogos nacionales e internacionales, como el de Latinrev, lo que permite dar mayor visibilidad a los

resultados de las investigaciones científicas y de todos los textos que se publican en la revista.

Deseo agradecer especialmente a los autores que nos confían sus producciones, a los evaluadores que respaldan nuestra labor y a los profesionales que acompañan en la integración del Comité Editor. Todos ellos son protagonistas indispensables en este camino que recorreremos.

Quiero expresar un reconocimiento a la editorial de la Universidad, EUCASA, que nos acompaña en este proceso tan complejo pero cuyos frutos empiezan a estar a la vista.

El Director

Investigaciones

Perdón y justicia en Ana Karenina¹

Forgiveness and Justice in Ana Karenina

Pues esta ley impuso a los hombres el Cronión: a los peces, fieras y aves voladoras, comerse los unos a los otros, ya que no existe justicia entre ellos; a los hombres, en cambio, les dio la justicia, que es mucho mejor (Hesíodo, 2006, p. 138)²

Lucía María Traverso³

Resumen

Cuando Alejo Karenina los perdona, ni Ana ni Wronsky comprenden por qué. ¿Es que ellos no se sienten dignos del perdón? ¿O acaso lo ven como algo tan ajeno al campo de la justicia que simplemente no pueden comprenderlo?

¿Es justo perdonar? ¿Va el perdón “más allá de lo justo”? ¿Es posible que lo que resulta “insopportable”, cuando uno lleva una vida inmoral, no sea el castigo, sino precisamente el perdón?

Palabras clave: Ana Karenina - Tolstói - Justicia - Filosofía del Derecho - Perdón - Misericordia

Abstract

When Alejo Karenina forgives them, neither Ana nor Wronsky understand why. Is it that they feel unworthy of forgiveness? Or perhaps they think it is something so distant to the field of justice that they simply cannot understand it?

Is it fair to forgive? Is forgiveness “beyond fairness”? Is it possible that what is “unbearable”, when one leads an immoral life, is not punishment, but precisely forgiveness?

Key words: Anna Karenina - Tolstói - Justice - Philosophy of Law - Forgiveness - Mercy

Derecho / investigación científica

Citar: Traverso, L. M. (2020). Perdón y justicia en Ana Karenina. *Omnia. Derecho y sociedad*, 3 (3), pp. 9-26.

¹ La autora publica este trabajo en el marco del Proyecto de Investigación “Principales problemas de justicia y su solución en la literatura universal”, dirigido por el Dr. Siro M. A. De Martini. Programa *Ius* - Acreditación de Proyectos de Investigación Jurídica. Investigación jurídica aplicada. Facultad de Derecho. UCA. Convocatoria 2019-2021.

² Otras traducciones, como la escogida por Gómez Robledo en su obra *Meditación sobre la Justicia*, ensalzan la superioridad de la justicia en relación a todo lo demás: “Las bestias y los peces y las aves se devoran entre sí. Pero el hijo de Cronos dio a los hombres la Justicia (Diké), y es con mucho lo mejor que tienen” (Gómez Robledo, 1982, p. 16).

³ Universidad Católica Argentina. Abogada egresada de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Doctoranda en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Docente adscripta de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Investigadora IUS en el proyecto “Principales problemas de Justicia y su solución en la literatura universal” de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Luciatraverso@uca.edu.ar

INTRODUCCIÓN

A partir de su publicación en 1877, mucho se ha escrito sobre *Ana Karenina*; se han analizado las cuestiones políticas, las lúcidas descripciones de los personajes, las críticas de Lev Tolstói a la clase aristocrática rusa, el aspecto religioso en Alejo Karenina y en Levine, entre otras grandes temáticas.

La intención de este trabajo es abordar un aspecto que adquiere, en la especial relación entre Alejo Karenina, Wronsky y la misma Ana, un extraordinario relieve: aquel que lleva a Ana al terrible desenlace que es el suicidio.

Cuando Alejo Karenina los perdona, ni Ana ni Wronsky comprenden por qué. Ese conflicto que se vive trágicamente entre los personajes de la obra ha sido receptado por la teoría filosófica y encierra múltiples interrogantes, entre los cuales el primero y decisivo es ¿es justo perdonar? En cualquier caso, ¿cuál es la relación que existe entre perdón y justicia?

En Tolstói esas y otras preguntas, que son su consecuencia posible y, a veces, inevitable, adquieren una singular encarnación en diálogos, personajes, conflictos, pasiones desatadas o reprimidas. Como en toda gran obra de arte, los problemas y sus soluciones aparecen llenos de matices, de dudas; de verdad y de error, sí, pero como los vive el hombre real y concreto.

De la mano de sus grandes personajes deberemos plantearnos cuestiones tales como si el perdón es una respuesta que trasciende lo justo aunque sin dejarlo de lado, o si lo que puede resultar insoportable para quien ha llevado una vida inmoral no es la justicia precisa del castigo, sino la grandeza desmesurada del perdón. Y, por fin, si es posible que el suicidio sea la salida de ese laberinto de culpa, castigo y perdón.

Pero antes de tratar estos interrogantes literarios, filosóficos, existenciales—profundamen-

te humanos—, señalaremos algunos aspectos relevantes de la vida de Tolstói y sus personajes que nos permitirán iluminar el análisis.

LEV TOLSTÓI Y SU REFLEJO

Aquel que lleva al papel lo que él sufre es un autor triste; pero se convierte en autor serio cuando nos dice lo que ha sufrido y por qué ahora descansa en la alegría (Nietzsche, 2012, p. 34)

Tolstói escribe en su diario: “... he podido darme cuenta con toda claridad de que la vida desordenada (...) no es otra cosa que la consecuencia de una precoz corrupción del alma” (Tolstói, 2011, p. 15).

Solo tenía 19 años y ya mostraba fuertemente su naturaleza trazada por la moral. A su corta edad ya parecía haberse puesto sobre sus hombros una tarea difícil: “no basta con apartar a la gente del mal, es necesario estimularla hacia el bien” (Tolstói, 2011, p. 15).

Treinta años más tarde, Tolstói publica *Ana Karenina*. En esta obra desarrolla plenamente las infames consecuencias de una vida desordenada, y busca generar en el lector esperanzas de cambio. Ofrece personajes cuyos caminos son inversos a los de Ana, invitándonos a ver las consecuencias de las elecciones y a optar a través de sus ejemplos.

Tiene que haber un cambio en mi manera de vivir. Pero es necesario que este cambio no sea obra de las circunstancias exteriores, sino del alma. Aquí me hago una pregunta: ¿cuál es el objetivo de la vida humana? Cualquiera que sea la culminación de mis reflexiones, cualquiera que sea el punto de partida, siempre llego a la misma conclusión: el objetivo de la vida humana es contribuir de todas las maneras posibles al desarrollo armónico de lo existente (Tolstói, 2011, p. 17).

Esta frase extraída de sus diarios parece tener dos aspectos importantes: en la primera parte reconocemos que quizás la inspiración para el personaje de Ana haya sido el joven Tolstói que busca una forma de salir de su propio laberinto, pero muy consciente de que ningún cambio externo valdría; solo un cambio en su alma podría salvarlo. Y en la segunda parte de la frase podemos ver esa “misión”: contribuir al desarrollo armónico de lo existente. ¡Qué misión noble!

Parecería que lo más valioso del diario de Tolstói (2011) es que genuinamente está organizado de tal forma que permite que el lector vaya “madurando” con él. Escribe lo que él llama *reglas*, y las hay para múltiples tareas: “reglas para el desarrollo de la voluntad corporal y afectiva” (p. 21); “reglas para someter a la voluntad el sentimiento de amor” (p. 23); “reglas para el desarrollo de la facultades intelectuales” (p. 26); “reglas para el desarrollo de los sentimientos elevados y la destrucción de los sentimientos bajos, en otras palabras, reglas para el desarrollo del amor y el aniquilamiento del sentimiento de amor propio” (p. 27), entre otras.

Si bien no podríamos jamás simplificar la cuestión hasta decir que *Ana Karenina* también es una “guía de comportamiento” como sus propios diarios, sí constituye un ejemplo, como decíamos antes, de las distintas opciones y caminos que nos presenta la vida. Es, quizás, una forma literaria de comprobar que llevar una vida virtuosa trae menos “complicaciones”.

En la última carta que le escribe antes de morir, en 1910, le dice a su hijo:

Esas ideas que has asimilado sobre el darwinismo, la evolución y la lucha por la existencia no te explicarán el sentido de tu vida ni te darán una guía para tus actos, y una vida sin una explicación de su significado y su sentido, y sin la guía inalterable que de ella se desprende, es una existencia lamenta-

ble. Piénsalo. Te digo esto en el umbral de la muerte, porque te quiero. Intentad tranquilizar a mamá, a quien compadezco y amo sinceramente, vuestro padre que os quiere, Lev. (Tolstói, 2008, p. 794).

Es inspirador saber que la forma en la que Tolstói elige despedirse de su familia es, también, la manera en la que decide terminar el libro. El personaje de Levine (a quien la mayoría de los intérpretes identifica como “el personaje de Tolstói”) concluye en los últimos momentos que la búsqueda importante y el sentido único de la vida debe ser siempre la búsqueda del bien.

EVOLUCIÓN DE LOS PERSONAJES

El 24 de octubre de 1889, más de una década después de la publicación de *Ana Karenina*, Tolstói escribe:

Pensé: Lo que me ha conducido a una conciencia religiosa verdadera, inquebrantable, es haber reconocido lo que la vida tiene de absurdo y de miserable, y haberlo reconocido no a través de la razón, sino a través de un sentimiento de todo el ser. Hay una diferencia entre reconocer con la inteligencia y ser llevado al borde del abismo, y horrorizarse al verlo. Me parece que sólo esto puede llevar a una fe inquebrantable: sólo cuando uno ha comprobado que todos los caminos, salvo el único verdadero, tienen algo de pernicioso, se coloca imperturbablemente en el camino correcto. Así me sucedió a mí y así, me parece, debe sucederle a todo el mundo (Tolstói, 2011, p. 323).

La historia de Tolstói entonces es también la historia de Ana, ella conoce el abismo —y, por desgracia, no puede salir de él—. Tenemos la

oportunidad de ver, a través de los personajes, las distintas posibilidades que nos plantea la vida. Así, podemos experimentar con ellos y evitarnos los caminos oscuros del error.

Kitty, hermana de Dolly y cuñada de Esteban, percibía en Ana “una mujer sencilla en su trato e incapaz de ocultar nada; pero al mismo tiempo, veía en ella un mundo superior (...) y lleno de poesía” (Tolstói, 2000, p. 92). Ana no solo es, al principio de la obra, una mujer casada, con un hijo adorado y alegre, sino que también representa un “ejemplo” (tanto moral como social) para su hermano Esteban. A medida que avanzan los capítulos, vemos cómo esta figura se aleja lentamente de lo bueno y actúa cada vez peor.

Recién llegada de vuelta de su viaje a Moscú, en donde había conocido a Wronsky, Ana pierde, por unos instantes, esa nota de ternura hacia su marido y su hijo; “... también aquel niño, como su esposo, produjo a Ana cierta decepción. A través de su imaginación lo veía mejor de lo que era en realidad. (...) Aquel día, no sabía por qué, sólo veía defectos” (Tolstói, 2000, p. 92).

Ana entonces comienza a dudar de sus propios sentimientos:

... es una buena persona —se decía Ana al regresar a su habitación, como si tratara de defenderlo ante alguien que afirmaba que era imposible amarlo—. Es recto, noble y, además, tiene un gran cargo y lo desempeña a la perfección... Pero sus orejas parecen más largas que antes... (Tolstói, 2000, p. 97).

No podemos dejar de señalar lo que nos anticipa Tolstói en la declaración de amor de Wronsky, que luego será la que desencadena la relación extramatrimonial que hará caer en desgracia a los amantes. Dice Wronsky:

... puedo darle mi persona, toda mi persona, y también todo mi amor... Ni con el pensamiento me puedo separar de usted. No veo probabilidad alguna de que ni usted ni yo podamos tener calma en el futuro. Lo que veo es la desesperación, el infortunio... O la felicidad... (Tolstói, 2000, p. 122).

Lo que debemos preguntarnos, entonces, es si es posible vivir felizmente realizando actos moralmente malos⁴ que, como tales, dañan necesariamente a otros. Parece más oportuno inclinarnos por la otra posibilidad que se nos presenta en forma de augurio: desesperación e infortunio. Esto es algo que comprueba meses más tarde: “Wronsky, por su parte, aunque había realizado sus más caros deseos, no era completamente feliz. (...) pronto empezó a sentir cierto hastío. Advirtió que en su alma germinaba el deseo de desear, es decir, la tristeza” (Tolstói, 2000, p. 350).

Ante una visita de Wronsky en casa de Ana, antes de que se conociera públicamente el amorío, vemos cómo los personajes perciben la desviación moral en su comportamiento:

... la presencia del niño⁵ producía a Wronsky y a Ana la sensación del navegante que ve con horror —al observar las ciegas indica-

⁴ Marzie señala que en las obras de Tolstói normalmente se concluye que solo se puede vivir felizmente llevando una vida moral y religiosa. “В своих произведениях Толстой обычно делает такой вывод – только на религиозной нравственной основе можно обрести счастье в жизни” (la traducción es nuestra). Marzie, 2007, *Pazhuhesh-e Zabanha-ye Khareji*, N.º 35, Special Issue, Rusia, 2007, pp. 91-101. Recuperado de https://jor.ut.ac.ir/article_18071_bfe83c57fcdec5289da5326584283b75.pdf (consultado en agosto de 2018).

⁵ Se refiere a Sergio, el hijo de Ana.

ciones de la brújula—, que la dirección que sigue está muy lejos de ser la conveniente y, sin embargo, es incapaz de detenerse, de modo que a cada minuto que pasa se aparta más del rumbo que debería seguir. Lo cual equivale a juzgar irremediable la propia perdición (Tolstói, 2000, p. 158).

Hacia la mitad de la obra, Ana se entera de que está embarazada de Wronsky: “—estoy encinta —dijo entonces ella, muy bajito y lentamente” (Tolstói, 2000, p. 160).

Luego Ana está tan inmiscuida en su propio accionar que no puede pensar en nadie más que en sí misma.

Ana se animó de pronto al acordarse, por primera vez en aquella mañana, de la existencia de su hijo. (...) Al acordarse de Sergio, Ana vio el modo de evadirse del callejón sin salida en que se encontraba. Pensó en las madres que dedicaban enteramente su existencia a sus hijos, y entonces comprendió que en su vida había algo muy importante y sin relación a su problema. Ocurriera lo que ocurriera, ella no abandonaría jamás a su hijo (Tolstói, 2000, p. 204).

Pero también vemos a Ana fallar en esto que se había propuesto: “... al mes siguiente, Alejo Alejandrovitch se quedaba en su casa sin más compañía que la de su hijo Sergio. Y entre tanto, Ana y Wronsky se marchaban lejos de San Petersburgo sin pensar para nada en el divorcio” (Tolstói, 2000, p. 330).

Lo que viene después en la vida de Ana es una seguidilla de reproches a su amante, recuerdos negativos de su marido, pensamientos tristes sobre su hijo y la sensación de ser una extranjera en la sociedad que antes tan bien la acogía. Como señala Wronsky: “—Todo te amarga la vida: la sociedad, tu hijo, tu espo-

so” (Tolstói, 2000, p. 161). En palabras de Alejo: “Ana es una mujer sin sentimientos, sin honor y sin fe” (Tolstói, 2000, p. 198).

Aparece, por un momento, cuando está enferma tras el parto de su hija, un destello de iluminación y de salvación. Le envía una carta a Alejo para que vaya a visitarla. “Te ruego que vengas, moriré más tranquila si me perdonas” (Tolstói, 2000, p. 300). Ese ruego de misericordia, que analizaremos posteriormente, es el eje central del libro. A partir de ese pedido, en caso de que se lo conceda, Ana tendrá dos opciones: o retomar el camino del bien o ahogarse en el mal.

Alejo Karenina hace lo que podríamos llamar “el camino inverso” al de Ana. Si bien empieza siendo un hombre “respetado” en sociedad, en la privacidad de su hogar era malhumorado y amargo: “Alejo regresó a su casa a eso de las cuatro, y, como solía suceder, no tuvo tiempo para saludar a su esposa” (Tolstói, 2000, p. 95). Pero “solamente los íntimos de Alejo Alejandrovitch sabían que este hombre, tan frío y tan juicioso, tenía una debilidad que estaba en contradicción con su carácter: no podía ver ni oír llorar a los niños ni a las mujeres” (Tolstói, 2000, p. 197).

Mientras que su esposa se aleja de lo deseable, él trata cada vez con más intensidad atraerla hacia el camino correcto:

... mi obligación está bien clara. Como jefe de familia, debo dirigir a mi esposa (...) he de hacerle ver el peligro que yo veo y defenderla contra él, (...) primero le hablaré del significado y valor de la opinión pública, luego, de la importancia y sentido religioso del matrimonio; a continuación, si es preciso, de la desdicha que su conducta puede ocasionar a su hijo, y, finalmente, de la desgracia que proceder puede suponer para ella (Tolstói, 2000, p. 127).

Para los rusos ortodoxos (como los personajes de la obra, y como el mismísimo Tolstói), la confesión es como un “remedio” para llevar al enfermo de nuevo hacia la sanidad. Cuando se perdona, se otorga esta medicina y se le permite al enfermo que deje de vivir en esa situación. Cuando Dios nos perdona, nos sana. Los hombres, siguiéndolo a Él, debemos perdonar también para ayudar al enfermo.

La confesión no se debe observar desde la perspectiva del castigo y de la justificación sino, más bien, como alivio y curación. El hombre solo es incapaz de conseguir la salvación (justificación) por un esfuerzo propio —llámese “confesión” o cualquier otro nombre—, por lo que la penitencia jamás será un medio de expiación sino una medicina, y la confesión una *operación quirúrgica* que procura llevar al enfermo hacia la plena sanidad. Se trata, entonces, de actitudes positivas y no negativas: no de quebrantar el muro que separa al pecador de Dios, sino de construir un puente que lo comuniqué con Él⁶.

No podemos dejar de destacar que cuando finalmente se dirige a su esposa para compartirle sus reflexiones, Alejo no puede evitar señalar:

... de tus sentimientos, tu propia conciencia será el mejor juez; pero estoy obligado ante Dios, por tu bien y por el mío, a velar por tus deberes y recordártelos. Es Dios, no los hombres, quien ha unido nuestras vidas. Romper esta unión sería un crimen, y este crimen merecería un castigo proporcionado a él (Tolstói, 2000, p. 130).

Aquí vemos una clara expresión de la justicia en el pensamiento de Alejo: si Ana, con su accionar, está cometiendo un crimen, entonces merece una sanción, un castigo, una retribución.

Alejo, meses antes de poder perdonar, pudo ser justo:

... cumplo con las leyes divinas, no sólo no rechazo a la mujer culpable, sino que le doy ocasión para rehabilitarse. Además, y aunque esto sea muy doloroso para mí, yo mismo haré cuanto esté en mi mano por corregirla (Tolstói, 2000, p. 200).

Pero debemos insistir en los términos elegidos; *solo* pudo ser justo.

Sobre la diferencia entre justicia y misericordia hablaremos posteriormente, especialmente cuando trabajemos sobre la parábola del hijo pródigo. Pero, al momento de evaluar la evolución de Alejo, no podemos dejar de destacar que él pasó de ser un hombre justo a ser un hombre misericordioso, elevándose.

[Alejo Alejandrovitch] había perdonado sin reservas a su esposa y se compadecía de sus sufrimientos. También había otorgado el perdón a Wronsky, sobre todo después de enterarse de su desesperada tentativa. Compadecía a su hijo y se reprochaba a sí mismo no haberse preocupado por él. Y hacia la recién nacida experimentaba no sólo un sentimiento de compasión, sino verdadera ternura (Tolstói, 2000, p. 312).

Debemos señalar que el término elegido por Tolstói es de suma riqueza: San Agustín (1975) ha escrito que “(...) la misericordia es

⁶ Samaan, I. *Penitencia y confesión*. Recuperado de <http://iglesiaortodoxa.org.mx/informacion/1111/11/penitencia-y-confesion/> (consultada en enero de 2018).

la compasión de la miseria ajena en nuestro corazón, por la cual nos compele a socorrer si podemos” (p. 253).

LA JUSTICIA Y EL PERDÓN⁷

No hay mayor miseria que el pecado. No hay por ello mayor misericordia que el perdón (De Martini, 2013, p. 46)

Es inhumano bendecir cuando nos han maldecido (Nietzsche, 2008, p. 98)

Si nos remitimos al pensamiento clásico, podemos observar que para poetas como Hesíodo, Solón⁸, Sófocles⁹, Arquíloco¹⁰, la ruptura del orden trae consigo males para los hombres. En *Los trabajos y los días*, Hesíodo (2006) señala:

Preferible es el camino que (...) conduce hacia el recto proceder; la justicia termina prevaleciendo sobre la violencia, y el necio aprende con el sufrimiento. (...) Cuando la Diké es violada, se oye un murmullo allí donde la distribuyen los hombres devoradores de regalos e interpretan las normas con veredictos torcidos. Aquella va detrás quejándose de la ciudad y de las costumbres de su gen-

te, envuelta en niebla, y causando mal a los hombres que la rechazan y no la distribuyen con equidad. Para aquellos que dan veredictos justos a forasteros y ciudadanos y no quebrantan en absoluto la justicia, la ciudad se hace floreciente y la gente prospera dentro de ella; la paz nutridora de juventud reside en su país y nunca decreta contra ellos la guerra espantosa Zeus de amplia mirada. Jamás el hambre ni la ruina acompañan a los hombres de recto proceder, sino que alternan con fiestas el cuidado del campo. (...) Las mujeres dan a luz niños semejantes a sus padres y disfrutan sin cesar de sus bienes. No tienen que viajar en naves y el fértil campo les produce frutos (Hesíodo, 2006, p. 136).

El buen orden es excelente para los mortales, el desorden, en cambio, funesto:

... a quienes en cambio sólo les preocupa la violencia nefasta y las malas acciones, contra ellos el Crónida Zeus de amplia mirada decreta su justicia. Muchas veces hasta toda la ciudad carga con la culpa de un malvado cada vez que comete delitos o proyecta barbaridades. Sobre ellos desde el cielo hace caer el Cronión una terrible calamidad, el

⁷ “El perdón, entonces, es sobre todo un don. Por ello ha podido decirse que la esencia del perdón es la gratuidad. Se trata de un regalo que busca satisfacer una necesidad grave y profunda del ofensor”. (De Martini, 2013, p. 233).

⁸ “Ni siquiera respetan los augustos cimientos de Diké, quien, silenciosa, conoce lo presente y el pasado, y al cabo del tiempo en cualquier forma viene a vengarse”. Solón. *Eunomía*. Traducción de Carlos García Gual. En: Zecchin de Fasano, G. C. (2014). “El concepto de Eunomía: ¿Odisea en Solón?”

⁹ “Creonte: Diré lo que traigo del dios. El rey Apolo nos ordena borrar la mancha que ha caído en este país, extirparla, lejos de mantenerla, por temor a que sea inextirpable. (...) Estrofa II: ¡Oh, Dioses! Yo sufro males innumerables; mi pueblo entero languidece (...) Los frutos de esta tierra ilustre no maduran; las mujeres no paren y sufren dolores lamentables (...) Antisfrofa II: La ciudad está agotada por los funerales innúmeros; la multitud no llorada y que da la muerte yace sobre la tierra, y las jóvenes casadas y las madres de blancos cabellos, prosternadas aquí y allá sobre las gradas de cada altar, piden con alaridos y lamentos el fin de sus males deplorables”. (Sófocles, 2012, p. 116).

¹⁰ “Ni debes pavonearte ante el mundo como vencedor ni hundirte y lamentarte como vencido; alégrate con lo que es digno de alegría, no te rindas con exceso ante la desventura, conoce el ritmo que mantiene a los hombres en sus límites”. Arquíloco, fragmento 67 a, 7. En Jaeger, 2012, p. 126.

hambre y la peste juntas, y sus gentes se van consumiendo. Las mujeres no dan a luz y las familias muelan por determinación de Zeus Olímpico (Hesíodo, 2006, p. 137).

¿Es posible, entonces, que una persona que actúa mal y que rompa el orden pueda ser feliz? Si nos atenemos a un concepto de felicidad como plenitud y búsqueda de perfección¹¹ del hombre, entonces parece evidente que la respuesta es no¹².

En efecto, Ana considera que la respuesta justa ante su actuar inmoral es un castigo, retributivo, penoso, como modo de recomponer el orden roto.

Pero, entonces, debemos adentrarnos en una pregunta aún más grande; ¿es el perdón justo?

Séneca¹³ (1949) sostenía que el que perdona va en contra de lo justo. Pero el cristianismo nos dice lo contrario: ser justo es perdonar.

Cristo subraya con tanta insistencia la necesidad de perdonar a los demás que a Pedro, el cual le había preguntado cuántas veces debería perdonar al prójimo, le indicó la cifra simbólica de “setenta veces siete”, queriendo decir con ello que debería saber perdonar a todos y siempre (Juan Pablo II, *Dives in Misericordia*, 1980, 14).

Santo Tomás escribe:

Dios, al obrar misericordiosamente, no actúa contra sino por encima de la justicia. Ejemplo: Si a quien se le deben cien denarios se le dan doscientos, quien hace esto no es injusto, sino que obra libre y misericordiosamente. Lo mismo sucede cuando se perdonan las ofensas recibidas. Pues quien algo perdona, algo da. Por eso el Apóstol, al perdón lo llama don cuando dice en Ef 4,32: Daos unos a otros como Cristo se dio a vosotros. Queda claro, así, que la misericordia no anula la justicia, *sino que es como la plenitud de la justicia* (Santo Tomás, II-II, q.21, a.3.).

Es notable que el primer vestigio que podemos encontrar del perdón en la obra no esté vinculado con Ana, sino con Dolly y Esteban. En rigor, Ana llega a Moscú con la única finalidad en mente de ayudar a su hermano a ser perdonado por su esposa tras haberla engañado (no por primera vez) con la niñera de los niños.

Ana trata de convencer a Dolly de que este engaño no significa falta de cariño, que ella conoce el tipo de hombre que es su hermano, y que “tiene una facilidad extraordinaria (...) para dejarse llevar por las tentaciones; pero también para arrepentirse profundamente (...) Dolly, perdónalo” (Tolstói, 2000, p. 63).

Podemos ver dos cosas en esta cita: por un lado, pareciera que el hecho de que Esteban haya cometido esa falta por un vicio en su voluntad y no “haya pensado” en las consecuen-

¹¹ “Es claro que debe definirse la felicidad diciendo que es el acto de una vida completa conforme a la completa virtud”. (Aristóteles, 1948, p. 133).

¹² La miseria se opone a la felicidad (De Aquino, T., Suma Teológica, II-II, q.30, a.1).

¹³ Cf. Fraile, 1976, T. 1, p. 618.

Como explica De Martini (2013): «Las palabras latinas que traducimos por “perdón” o “perdonar” no cambiaron inmediatamente su significado. Continuaron significando la remisión de una deuda, falta, ofensa. Sin embargo, lo que cambió radicalmente fue la cosa, esto es, su valor, su significado moral. Un pensador de la talla de Séneca, en tantos aspectos cercano al cristianismo, podía todavía afirmar que “el sabio (...) no perdona porque quien perdona omite algo que debió ser hecho”». (p. 25).

cias sería un motivo importante por el que debería perdonarlo. Si él hubiera actuado con intenciones de lastimar, entonces no sería tan merecedor del perdón. Pero también es destacable que en las palabras de Ana parecería que todo aquel que se arrepiente merece perdón.

Esa inferencia es muy cristiana, dado que Dios es quien nos perdona cuando estamos arrepentidos¹⁴.

En el Antiguo Testamento la misericordia y la justicia humanas están vinculadas de un modo estrecho, íntimo, necesario, con la misericordia y justicia de Dios. De tal modo, supone una cierta dosis de arbitrariedad racionalista pretender analizar sus contenidos y, más aún, vincularlos, prescindiendo del plano paradigmático divino (De Martini, 2013, p. 102)¹⁵.

De hecho, la nota que le manda a Esteban para decirle que vuelva a la hora de comer dice simplemente: "Ven. La bondad de Dios es infinita" (Tolstói, 2000, p. 64). No necesita ser más explícita para que se entienda que está perdonado.

Santo Tomás de Aquino, en su comentario al salmo 50, escribe que la misericordia de Dios no es otra cosa que su bondad orientada al rechazo de la miseria¹⁶. Por esto mismo, decir que la bondad de Dios es infinita no es más que decir que ha sido perdonado.

Juan Pablo II escribe en la encíclica *Dives in misericordia* (1980): "La primacía y la superioridad

del amor respecto a la justicia (lo cual es característico de toda la revelación) se manifiestan precisamente a través de la misericordia" (*Dives in misericordia*, 4).

"El amor, conteniendo la justicia, abre el camino a la misericordia, que a su vez revela la perfección de la justicia" (*Dives in misericordia*, 8). Es interesante cómo, aunque la misericordia va "más allá" de la justicia, la perfecciona.

Es obvio que una exigencia tan grande de perdonar no anula las objetivas exigencias de la justicia. La justicia rectamente entendida constituye por así decirlo la finalidad del perdón. En ningún paso del mensaje evangélico el perdón, y ni siquiera la misericordia como su fuente, significan indulgencia para con el mal, para con el escándalo, la injuria, el ultraje cometido. En todo caso, la reparación del mal o del escándalo, el resarcimiento por la injuria, la satisfacción del ultraje son condición del perdón (*Dives in misericordia*, 14).

Evidentemente, es condición necesaria para que el perdón sea justo que el perdonado haga todo lo que esté a su alcance para no seguir perpetuando aquella situación que causa un daño.

Alejo, como veíamos anteriormente¹⁷, pudo ser justo "evaluando" que lo más conveniente (de acuerdo con las leyes divinas) era no otorgarle a Ana el divorcio, sino ayudarla a que se rehabilitara.

¹⁴ San Francisco de Sales (1999), sobre la justicia y la misericordia de Dios, dice que ambas son "igualmente amables y maravillosas en sí (...) pero como los efectos de la justicia nos resultan ásperos y llenos de amargura, Él los mitiga siempre con la mezcla de su misericordia". (p. 504).

¹⁵ Cf. Pétré, 1948, p. 230.

¹⁶ "Unde nihil aliud est haec Dei misericordia, nisi bonitas relata ad depellendam miseriam. Ergo cum considero quod bonitatis miseriam repellere est proprium, et tamen est ipsa bonitas, confidenter ad misericordiam recurro". Comentario al salmo 50.

¹⁷ Consultar apartado "Evolución de los personajes".

Pero, como vimos, el perdón es un acto de misericordia, no de justicia.

Hay que recordar en este punto la parábola del hijo pródigo. Allí se nos narra la historia de un padre y sus dos hijos. El hijo menor le pide a su padre que reparta los bienes sólo para irse a otra provincia lejana y dilapidarlos. Cuando se queda sin nada y comienza a trabajar, pero casi muriendo de hambre, recuerda a los jornaleros de su padre que tienen lo suficiente para comer, y decide volver a la casa de su padre para pedirle que lo tome de vuelta. Mientras lo ve volver, su padre “conmovido” corre y se echa sobre su cuello para besarlo. El padre, al mismo tiempo que el hijo le mostraba su arrepentimiento¹⁸, les dice a sus siervos:

Daos prisa. Traed el mejor traje y vestidle; ponedle un anillo en el dedo y calzadle unas sandalias. Traed el novillo cebado, matadlo, y comamos y celebremos una fiesta, porque este hijo mío había muerto y ha vuelto a la vida; se había perdido y ha sido hallado (Lucas 15, 12).

El hijo mayor, al regresar, oye la música y pregunta a uno de los criados qué es lo que está sucediendo. No quiere entrar a la fiesta. El padre le ruega que entre pero el hijo mayor le contesta:

... hace muchos años que te sirvo y jamás dejé de cumplir una orden tuya. Sin embargo, nunca me has dado un cabrito para tener una fiesta con mis amigos, y ahora que

ha venido ese hijo tuyo, que ha devorado tu hacienda con prostitutas, has matado para él el novillo cebado.

Y el padre explica: “Hijo, tú siempre estás conmigo, y todo lo mío es tuyo. Pero convenía celebrar una fiesta y alegrarse, porque este hermano tuyo había muerto y ha vuelto a la vida, se había perdido y ha sido hallado” (Lucas 15, 11-31).

El hijo mayor no pide otra cosa distinta a la justicia: ¿Cómo puede ser, padre, que mi hermano —aquel hijo tuyo—, habiéndose comportado como se comportó, merezca una fiesta y no un castigo? Y la respuesta del padre es simplemente la misericordia. No necesita más que verlo para perdonarlo; corre y lo besa, haciendo nacer de dentro de él ese amor inspirado por el arrepentimiento de su hijo.

Ana le ruega¹⁹ a Alejo:

Sólo te pido una cosa, que me perdones, que me perdones (...) Ya sé que soy culpable, pero mi aya me contó que hubo una santa..., ¿cómo se llamaba...?, una santa que había sido peor que yo (...) No. Tú no puedes perdonarme. Sé muy bien que no soy digna de tu perdón (Tolstói, 2000, p. 304).

Ella misma se debate entre el perdón y la justicia; al no sentirse “digna” de perdón, ella está utilizando criterios de justicia; ha causado un daño, entonces merece un castigo, no un bálsamo.

¹⁸ El hijo menor le dice: “no merezco ser llamado hijo tuyo, trátame como a uno de tus jornaleros”; “he aquí nuevamente la idea común de justicia, aquella que se basa en los merecimientos, en el mérito y demérito, la de la igualdad, la de la exacta proporción. El hijo ha hecho algo malo, ha pecado “contra el cielo” y contra su padre. Se ha mostrado indigno de ser el hijo de su padre y, por tanto, en estricta justicia, no merece ya ser considerado como hijo. (...) En términos de justicia, ya no debe ser considerado hijo. Ha perdido la dignidad de tal” (De Martini, 2013, p. 155).

¹⁹ Sobre la importancia de pedir perdón, cf. Burggraf, 2007. Recuperado de http://www.llar.eu/files/Convivir_en_el_maternio.pdf

Como citábamos antes, la misericordia (y el perdón) se desprenden del amor. No hay nada más amoroso que perdonar. Alejo “había adoptado como norma de vida los preceptos cristianos, pero no había creído nunca en Aquel que ordenaba perdonar y amar a los enemigos. (...) Ahora estaba lleno de sentimientos de perdón” (Tolstói, 2000, p. 304). Como señala Babushkina (2016), Alejo, como verdadero cristiano²⁰, sucumbe ante un generoso sentimiento que lo envuelve: el perdón. Este sentimiento le brota desde adentro²¹ como el amor²².

Alejo le explica a Wronsky:

... Le confieso que el deseo de vengarme de usted y de ella me acosaban sin cesar. (...) Es más, deseaba su muerte. Sin embargo... —Hizo una pausa cual si temiera descubrir sus *más íntimos sentimientos*, y al fin continuó—: Sin embargo, *al verla*, la perdoné. El sentimiento de perdón me ha abierto los

ojos, (...) Una sola cosa pido al señor: que no me arrebatase la alegría de perdonar (Tolstói, 2000, p. 306).²³

EL PERDÓN INSOPORTABLE²⁴

Después de ser otorgado el tan esperado perdón, Ana se empieza a sentir incómoda con su situación de perdonada: “una vez pasado el período de tensión producido por la proximidad de la muerte, Alejo Alejandrovitch empezó a notar que Ana le temía, que se sentía cohibida y avergonzada en su presencia” (Tolstói, 2000, p. 312).

Algo similar sucede con Wronsky, el amante de su esposa, a quien Alejo también perdona:

Wronsky se levantó (...) mirando a Karenina con una expresión llena de respeto. No comprendía bien los sentimientos de Alejo²⁵ (...) pero estaba seguro de que se hallaba frente

²⁰ Babushkina, I. S. “И Алексей Александрович, как истинный христианин, поддается великодушному чувству, охватившему его”, en *El problema de la elección de camino*, Ministerio de Educación y Ciencia de la Federación de Rusia. Universidad Federal de los Urales, Instituto de Filología, Cultura y Comunicación Intercultural - Departamento de Literatura. (la traducción es nuestra).

²¹ Es interesante esta imagen que introduce Tolstói en la que Alejo está lleno de sentimientos de perdón, haciendo parecer que este perdón le nace desde adentro de las entrañas. Cuando nos remitimos a las palabras hebreas que simbolizan la misericordia en el antiguo testamento, uno de los términos que aparece es *Rahamín*, que “proviene de *rehem*, el cual designa las vísceras y, en particular, el regazo, la matriz, el seno materno (...). Casi lo físico de la misericordia de Dios” (De Martini, 2013, p. 60).

²² “Amor más fuerte que el pecado”, no cesa de proclamar la iglesia. Cf. por todos, Testa, 1981, p. 21.

²³ En su idioma original, Tolstói escribe: “la felicidad del perdón”; “И счастье прощения открыло мне мою обязанность. Я простил совершенно. Я хочу подставить другую щеку, я хочу отдать рубаху, когда у меня берут кафтан, и молю бога только о том, чтоб он не отнял у меня счастье прощения! – Слезы стояли в его глазах, и светлый, спокойный взгляд их поразиł Вронского”. (Tolstói, 2014, p. 537).

²⁴ Parecería que, por ser un regalo de semejante envergadura, el perdón es siempre una oportunidad de recuperación y de “empezar de nuevo”. Pero, ¿qué pasaría si el perdón se vive como un recordatorio de la propia condición de pecador, de miserable?

²⁵ En el original, Tolstói (2014) escribe: “Он не понимал чувства Алексея Александровича. Но он чувствовал, что это было что-то высшее и даже недоступное ему в его мировоззрении”, “[Wronsky] No entendía los sentimientos de Alexey Aleksandrovich. Sintió que era algo superior e incluso inaccesible para su concepción del mundo” (p. 538) (la traducción es nuestra).

a algo sumamente elevado y muy superior a lo que es corriente entre los hombres (Tolstói, 2000, p. 307).

Después de su diálogo con Alejo Alejandrovitch, Wronsky salió de la casa, pero se quedó en la terraza, donde permaneció inmóvil largo rato sin darse exacta cuenta del lugar en que se hallaba (...). Se sentía humillado, culpable, ruin, y advertía que no podía borrar de su conciencia aquella mancha. Se veía fuera de aquel camino por el que había avanzado siempre con tanto orgullo (Tolstói, 2000, p. 307).

Después de que Alejo fuera misericordioso con él, él se supo miserable. Comprendió que

... aquel marido engañado al que hasta entonces había visto como un ser despreciable, como un simple y ridículo obstáculo surgido ante su felicidad, alcanzó de improviso a sus ojos un extremo de bondad envidiable, y desde este momento ya no lo consideró como un ser irrisorio, hipócrita y perverso, sino como una persona sencilla, dotada de una bondad excepcional y merecedora del mayor respeto (Tolstói, 2000, p. 307).

Se sintió inferior, humillado y avergonzado de sí mismo.

Santo Tomás escribe, en relación con la misericordia: “entre todas las virtudes que miran al prójimo, la mayor es la misericordia (...), pues atender a las necesidades de otros es, en este aspecto, del superior y del mejor” (Santo Tomás, II-II, q.30, a.4.). De igual forma, Wronsky se siente peor e inferior, consciente de su pequeñez y de sus faltas. Alejo, a quien él veía como su peor enemigo, había sido capaz de ser misericordioso con él. ¿Es que acaso pensó que no merecía ese perdón? ¿Consideró que

ese perdón, que agrandaba el concepto de justicia, elevándolo, lo hacía más pequeño?

Al percatarse de todo esto, Wronsky hubo de advertir también que su situación había cambiado repentinamente. Veía claramente la grandeza moral de Karenina frente a la mezquindad de su propia alma; veía que aquel marido engañado se comportaba generosamente a pesar del dolor que lo afligía, y, en cambio, él se sentía pequeño en su engaño (Tolstói, 2000, p. 307).

La realidad es que “el hombre misericordioso es superior, entonces, porque socorre a quien lo necesita (...) servir al prójimo necesitado es participar de la misión real de Cristo, es cumplir con la vocación y misión del ser humano redimido” (De Martini, 2013, p. 184).

Wronsky debería sentirse sano, limpio, alegre y agradecido de haber sido perdonado, de *volver a ser un hombre y no solo un pecador*. Como señala Juan Pablo II:

... la misericordia —tal como Cristo nos la ha presentado en la parábola del hijo pródigo— tiene la forma interior del amor, que en el Nuevo Testamento se llama agapé. Tal amor es capaz de inclinarse hacia todo hijo pródigo, toda miseria humana y singularmente hacia toda miseria moral o pecado. Cuando esto ocurre, el que es objeto de misericordia no se siente humillado, sino como hallado de nuevo y “revalorizado” (*Dives in misericordia*, 6).

En efecto,

... aquél que perdona y aquél que es perdonado se encuentran en un punto esencial, que es la dignidad, es decir, el valor esencial del hombre que no puede dejarse

perder y cuya afirmación o cuyo reencuentro es fuente de la más grande alegría (*Divas in misericordia*, 14).

Sin embargo, Wronsky termina por sentirse solo, confundido e inferior.

Después de perdonar a Ana, Alejo se encuentra conversando con la condesa Lidia que le dice: “no es usted el que ha realizado el acto sublime de perdonar a su esposa, acto que todos admiramos, sino Él, Él, que está en su corazón” (Tolstói, 2000, p. 384). Si bien es cierto que toda misericordia humana es reflejo de la misericordia divina, no hay que olvidar que “todos los hombres somos llamados a ser misericordiosos” (De Martini, 2013, p. 184).

Reflexiona Meek (2012):

... todo el dominio que tiene Tolstói sobre tiempo, espacio y lenguaje se sintetizan en un momento hacia la mitad del libro. El marido separado de Ana, un ministro de gobierno seco y rígido, y su amante Wronsky, un hermoso joven oficial de caballería, se encuentran junto a la cama donde yace Ana enferma después de dar a luz a la hija de Wronsky. En duelo y avergonzado, Wronsky cubre su cara con sus manos. Ana ordena a su marido (que también está llorando), que mueva las manos de su amante para descubrir su cara. Con ese

gesto, Ana genera una reversión en el estatus de esos dos hombres. Wronsky, que había despreciado a Karenina por no querer pelear en duelo, ahora se encontraba humillado y deshonrado; Karenina, inundado con misericordia y perdón para todos, se gana de nuevo el respeto de Ana. En ese momento, con Ana aparentemente muriendo, la transformación es real. Pero el tiempo cambia, y la antigua realidad vuelve. Ana se mejora y odia a Karenina más que nunca por su perdón. Wronsky recupera su honor con su intento de suicidio (falla). El camino de la destrucción de Ana se reanuda. En la novela no hay puntos de inflexión, solo puntos, y personajes viajando a través de ellos²⁶.

Parece ser que recibir un perdón que no creyó merecido hizo caer a Ana en una profunda desesperación. Ella sabía que su actuar era injusto, inmoral, pero consideraba que este actuar no la dañaba. Como señala Tolstói (2004): “la salvación y el castigo de un hombre que no vive regularmente consiste en el hecho de poder cegarse para no ver su desastrosa situación” (p. 83). Antes de enfermar, Ana sostuvo: “no estoy arrepentida de lo que he hecho. ¡No y mil veces no! Si hubiese de volver a empezar, haría lo mismo” (Tolstói, 2000, p. 413).

Y sin embargo, luego en el desesperante estado en el que se encontraba, toma cons-

²⁶ “All Tolstoy’s mastery of time, space and language come together in a single moment in the middle of the book, when Anna’s estranged husband Alexei Karenin, a dry, stiff government minister, and her lover Wronsky, a handsome young cavalry officer, meet beside the bed where Anna lies gravely ill after giving birth to Wronsky’s child. Grief-stricken and ashamed, Wronsky is covering his face with his hands; Anna orders her husband, who is also weeping, to pull the hands away and expose her lover’s face. With that gesture, Anna effects a reversal in the status of the two men. Wronsky, who had despised Karenin because he wouldn’t fight a duel, is now humiliated and dishonoured; Karenin, flooded with forgiveness for everyone, wins back Anna’s respect. In that moment of time, with Anna seemingly dying, the transformation is quite real. But time shifts, and the old reality comes back. Anna gets better and hates Karenin more than ever for his forgiveness. Wronsky restores his honour by shooting himself (he misses). The arc of Anna’s destruction resumes. In the novel there are no turning points, only points, and characters travelling through them”. James Meek, 2012. (La traducción es nuestra).

ciencia del arrepentimiento, de la necesidad de perdón, de dejar de ser una pecadora. Le dice a Alejo: "tú no puedes perdonarme. Sé muy bien que no soy digna de tu perdón. Vete, vete, eres demasiado bueno" (Tolstói, 2000, p. 304).

Alejandro Alexandrovitch no tenía previsto perdonar a su mujer (...). Comprendió que había cometido una grave equivocación. Pero esta no consistía en no haber previsto lo que ocurrió, sino en haber ignorado sus propios sentimientos hasta que se enfrentó con la enfermedad de su esposa. Estando de pie junto al lecho de Ana, se había dejado llevar, por primera vez en su vida, de la compasión que le inspiraba los sufrimientos ajenos, sentimientos de los que hasta entonces se había avergonzado como de una debilidad que le perjudicaba. La piedad que sintió ante la enferma, el arrepentimiento que experimentó por haber deseado su muerte y, sobre todo, la alegría que le invadió en el momento de perdonarla generosamente, dieron lugar no sólo a que los sufrimientos se convirtieran para él en una satisfacción, sino a que gozara de una tranquilidad de conciencia y de una paz espiritual que no había conocido anteriormente (Tolstói, 2000, p. 311).

Hasta el momento de enfrentarse con la situación sumamente delicada de su esposa, Alejo se había avergonzado de sus sentimientos de compasión, de amor, de ternura. Pero en el momento de perdonarla, no solo se sintió satisfecho sino en paz. La paz y la tranquilidad de haber hecho lo correcto y, curiosamente, no solo lo "justo".

Notó que aquello que había sido hasta entonces el manantial de sus pesares se convirtió de súbito en una fuente de alegría interior, ya que aquello que antes, cuando

cenjuraba, criticaba y odiaba, se le antojaban problemas sin solución, ahora, desde que había aprendido a perdonar y amar, eran cuestiones de una sencillez extrema y de una claridad diáfana (Tolstói, 2000, p. 311).

LOS SUICIDIOS EN LA OBRA

El pensamiento del suicidio es un poderoso medio de consuelo: con él se logra soportar más de una mala noche (Nietzsche, 2008, p. 94)

El primer suicidio que aparece en la obra se da en el momento en el que Ana llega a Moscú. "Esto es un mal presagio" (Tolstói, 2000, p. 58), nos adelanta. Si bien no se nos narran los motivos que llevaron a este personaje, que no conocimos pero que perdimos al suicidarse, se nos presenta la oportunidad de ver las reacciones de los personajes ante el suicidio. Por supuesto, lo primero que se oye en la estación de tren son los gritos y el horror. Pero también se introduce la frase: "... yo creo que no hay mejor muerte que esa. Ha sido instantánea" (Tolstói, 2000, p. 58).

No es fácil coincidir con quien dice eso. Es cierto que lo que comúnmente se llama "buena muerte" es aquella en la que no hay dolor ni sufrimiento. Sin embargo, consideramos que debería ser acompañada, sentida, rezada.

El primer suicidio parece no ser de tanta importancia, hasta que llegamos a la última resolución de Ana:

¿A dónde huir, Dios mío?" (...) De pronto acudió a su mente el recuerdo de aquel hombre que murió bajo las ruedas de un tren en la estación de Moscú el día que ella conoció a Wronsky, y entonces se dijo que había encontrado la solución (Tolstói, 2000, p. 606).

En el caso de Wronsky, ... había pasado por una situación verdaderamente embarazosa cuyo momento más terrible le pareció aquél en que Alejo Alejandrovitch apartó las manos de su rostro, que ardía de vergüenza. (...) Muchos se pegan un tiro para no morir de vergüenza —murmuró. Se acercó a la puerta (...) sacó el revólver, (...) Y, apoyando el cañón del revólver en el lado izquierdo del pecho y haciendo una fuerte contracción con la mano como si quisiera cerrar el puño, apretó el gatillo (Tolstói, 2000, p. 310).

¿Qué hace sentir avergonzado a Wronsky? ¿Será que lo hayan perdonado? Como señalábamos anteriormente, el ser perdonado le recordó sus propias bajezas, su humanidad corrupta y su mal accionar. Si bien Wronsky logra salvarse y no muere en este momento, su tentativa no deja de ser de suma importancia para terminar de entender lo que le sucede a nuestro personaje a raíz de haberle sido otorgado el perdón. No quiere vivir conociendo que es imperfecto, que es inferior, que necesita ser perdonado.

Indudablemente, el suicidio más importante de la obra es el de la misma Ana Karenina. Ella muere porque no podía aguantar más el sufrimiento, porque no encuentra más salida en ese laberinto de culpa. Porque siente que arruinó su vida para siempre. Desprecia a su amante, no quiere a su hija, simplemente quisiera que nada hubiera sucedido.

La última frase de Ana es muy simbólica: “Señor, perdón por todo” (Tolstói, 2000, p. 607). Ana vuelve a pedir perdón, pero esta vez al Juez más misericordioso. Koehler escribió: “el nombre de Yahvé es Misericordia” (1974, c. 1317).

Es importante en este punto diferenciar el perdón humano del perdón divino: mientras

que el terrenal puede hacerles bien a las partes, el perdón de Dios borra totalmente la falta cometida. Cuando Dios nos perdona, volvemos a estar plenos, en íntima relación con él.

Durante su vida pública, Jesús no sólo perdonó los pecados, también manifestó el efecto de este perdón: a los pecadores que son perdonados los vuelve a integrar en la comunidad del pueblo de Dios, de donde el pecado los había alejado o incluso excluido. Un signo manifiesto de ello es el hecho de que Jesús admite a los pecadores a su mesa, más aún, Él mismo se sienta a su mesa, gesto que expresa de manera conmovedora, a la vez, el perdón de Dios y el retorno al seno del pueblo de Dios²⁷.

Se nos sugiere, por último, que incluso un personaje como Levine podía llegar a sentirse atraído por el suicidio. En esta frase vemos por qué: “Así vivía Levine, siguiendo un camino recto y claro, y sin entrever la posibilidad de hallar explicación al misterio de la existencia, misterio que le atormentaba hasta el punto de que había llegado a temer suicidarse” (Tolstói, 2000, p. 631).

Lo que podía llevarlo al suicidio no era ni más ni menos que la falta de sentido. Ser consciente del misterio, pero sin poder comprenderlo.

CONCLUSIONES

Tolstói, por medio de Levine, nos muestra esto:

... vivir para Dios... Vivir para la verdad... Vivir para el alma... Estas palabras hallaron eco en su corazón, y pensamientos confusos pero fecundos, surgiendo de algún rincón

²⁷ Catecismo de la Iglesia Católica. 2.ª parte, 2.ª sección, 2.º capítulo, artículo 4.º, 1443.

profundo y misterioso de su cerebro, donde habían permanecido ocultos, llenaron su mente y empezaron a centellar con luz cegadora (Tolstói, 2000, p. 634).

Levine que, como señalamos anteriormente, estuvo toda la obra en su propia búsqueda por el sentido de la vida, se plantea al final:

... yo buscaba una solución que mi pensamiento no me podía dar porque ella es superior a las facultades de la mente; sólo la vida, con el conocimiento innato del bien y del mal, podía darme la respuesta. Este conocimiento se me otorgó con el ser como a todos los mortales; ni lo he adquirido ni me habría sido posible dar con la pista que me permitiera llegar a él; el razonamiento no me habría demostrado jamás que debo amar al prójimo en vez de odiarlo a muerte. Cuando me lo enseñaron siendo niño, lo creí fácilmente porque ya lo sabía. En la razón no hallaremos nada que nos induzca a amar al prójimo, porque este amor no es producto de la mente (Tolstói, 2000, p. 636).

Algo similar decía Tolstói a su hijo en la cita del principio del artículo. El sentido de la vida, así como el bien, la verdad, el amor, no se desprenden del pensar humano, no podemos crear el bien ni darnos a nosotros mismos un sentido; se nos otorga junto con el ser. Levine, que había sido toda su vida un buen hombre, entiende en su adultez y tras mucho pensamiento que estos nos son dados. Los últimos dos párrafos de *Ana Karenina* son extraordinarios y merecen un lugar en este trabajo:

Este nuevo sentimiento, contra lo que yo creía, no me ha cambiado, ni deslumbrado, ni me ha hecho feliz, del mismo modo que no me sentí otro hombre al saber que era

padre. Pero es un sentimiento que ha nacido en mi alma del dolor y que ha echado raíces. Y esto no es otra cosa que la fe, sea cual fuere el nombre que yo quiera darle. Seguramente seguiré indignándome contra el cochero, discutiendo en vano, expresando inoportunamente mis ideas; seguramente veré durante toda mi vida que se levanta una barrera entre el santuario de mi alma y el alma de los demás, incluso de mi mujer, a la que seguiré echando la culpa de mis zozobras para arrepentirme al instante. Seguiré rezando sin comprender por qué rezo. Pero es lo cierto que mi vida íntima posee hoy una libertad de movimientos que no tenía antes. Ahora ya no será un juguete del azar; cada minuto de mi existencia tendrá desde este momento un profundo sentido que podré imprimir en todos mis actos: el sentido del bien (Tolstói, 2000, p. 651).

Podemos conjeturar, sin que nos lo señale de esta forma, que lo mismo le sucede a Alejo. Dejó de ser el hombre justo, el "hermano mayor", y comenzó a ser como el Padre, misericordioso, amoroso.

En una carta a Serguéi Alexándrovich Rachinski, en el año 1878 (poco después de la publicación de *Ana Karenina*), Tolstói le escribe:

Su opinión sobre *Ana Karenina* me parece errónea. Al contrario, estoy orgulloso de la arquitectura: las bóvedas están unidas de tal manera que no se ven las trabazones. Eso fue de lo que más me preocupé. Lo que une la construcción no es el argumento ni las amistades entre los personajes, sino el vínculo interno. (...) Me temo que cuando leyó la novela no reparó en el contenido interior. No pondría objeción en que alguien dijera "que me veut cette sonate" [¿qué tiene que ver conmigo esta sonata?], pero si usted

desea verdaderamente hablar de falta de vínculo, en ese caso no puedo evitar decirle que no lo está buscando en el lugar adecuado, o entendemos de manera distinta la palabra vínculo. Pero lo que yo entiendo por vínculo —lo que hizo que este trabajo fuera importante para mí—, ese vínculo está ahí, búsquelo bien, lo va a encontrar (Tolstói, 2008, p. 387)²⁸.

Como pudimos ver, lo que hace de esta obra algo maravilloso no son solo las amistades o amores entre los personajes, las bellísimas descripciones, sino quizás, ante todo, lo que a mi juicio es su enseñanza más profunda. Esta es, entonces, el perdón, los límites de los hombres ante él, su vinculación con la justicia. El suicidio como consecuencia posible de estar fuera del camino del bien, de una cierta incapacidad para aceptar el regalo del perdón y librarse consecuentemente de la culpa que atormenta. Las historias de los personajes, las relaciones, las descripciones, sirven como guías para llevarnos a entender estas importantísimas cuestiones.

Es una obra que merece ser leída y releída cuantas veces sea necesario para que sus ideas de justicia, de bien, de verdad, de amor y de misericordia nos penetren el alma y, así, lleguemos a cumplir el deseo de Tolstói de hacer que todos logremos “contribuir de todas las maneras posibles al desarrollo armónico de lo existente” (Tolstói, 2011, p. 17).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aristóteles (1948). *Moral a Eudemo*. Buenos Aires, Argentina: Colección Austral.
 Babushkina. I. S. (2016). *El problema de la elec-*

ción de camino, Ministerio de Educación y Ciencia de la Federación de Rusia. Universidad Federal de los Urales, Instituto de Filología, Cultura y Comunicación Intercultural - Departamento de Literatura. Recuperado de <http://elar.uspu.ru/bitstream/uspu/3958/1/20Babuskina.pdf> (consultada en agosto de 2018).

Biblia de Jerusalén. Descleé de Brouwer. Bilbao, 2009.

Burggraf, J. (2007). “El arte de perdonar”. Instituto de Estudios Superiores de la Familia (IESF) de la Universitat Internacional de Catalunya. Recuperado de http://www.llar.eu/files/Convivir_en_el_matrimonio.pdf

Catecismo de la Iglesia Católica (1993). Madrid, España: Conferencia Episcopal Argentina.

De Martini, S. M. Á. (2013). *Misericordia y justicia*. Buenos Aires, Argentina: Educa.

Freile, G. (1976). *Historia de la Filosofía*. Madrid, España: BAC.

Gómez Robledo, A. (1982). *Meditación sobre la justicia*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.

Hesíodo (2006). *Los trabajos y los días*. Madrid, España: Gredos.

Jaeger, W. (2012). *Paideia: los ideales de la cultura griega*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.

Juan Pablo II (1980) *Dives in misericordia*. Recuperado de: http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30111980_dives-in-misericordia.html

Koehler, T. (1974). “Miséricorde”. En *Dictionnaire de Spiritualité*, T. X. París, Francia: Beauchesne.

Marzie, Y. (2007). Роль религии в духовном возрождении литературных

героин Л.Т. Толстого [El papel de la religión en el

²⁸ Cf. Nelly Vélez, “La arquitectura invisible de Anna Karénina de Leo Tolstói”. Revista *Pensamiento y Cultura* 21(1): 203-220. Universidad de la Sabana, 2009.

- renacimiento espiritual en la literatura de L. T. Tolstói.] *Pazhuhesh-e Zabanha-ye Khareji*, No. 35, Special Issue, Rusia, 2007, pp.91-101. Recuperado de https://jor.ut.ac.ir/article_18071_bfe83c57fcdec5289da5326584283b75.pdf (consultado en agosto de 2018).
- Meek, J. (2012). *Rereading Anna Karenina by Leo Tolstoy*. Recuperado de <https://www.theguardian.com/books/2012/aug/31/rereading-anna-karenina-james-meek> (consultado en mayo de 2018).
- Nietzsche, F. (2008). *Más allá del bien y del mal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Centro Editor de Cultura.
- Nietzsche, F. (2012). *Nietzsche, todos los aforismos*. Buenos Aires, Argentina: Leviatán.
- Pétré, H. (1948). *Cáritas. Étude sur le vocabulaire latin de la charité chrétienne*. Lovania, Francia: Spicilegium sacrum lovaniense.
- Sáenz, A. (1995). *Las parábolas del Evangelio según los Padres de la Iglesia. La misericordia de Dios*. Buenos Aires, Argentina. Gladius.
- San Agustín de Hipona. (1975). *La ciudad de Dios*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- San Francisco de Sales. (1999). *Tratado del amor de Dios*. Madrid, España: Edibesa.
- Santo Tomás de Aquino. (1959) *Suma Teológica*. Madrid, España. BAC. Comentario al Salmo 50.
- Recuperado de http://hosted.desales.edu/w4/philtheo/loughlin/ATP/Psalm_50.html
- Samaan, I. *Penitencia y confesión*. Recuperado de <http://iglesiaortodoxa.org.mx/informacion/1111/11/penitencia-y-confesion/> (consultada en enero de 2018).
- Séneca. "De la clemencia", L. II, VII, 1. En Cicerón y Séneca. *Tratados morales*. Buenos Aires, Argentina: W. M. Jackson, 1949.
- Sófocles (2012). *Edipo Rey. Obras Selectas*. Madrid, España: Edimat.
- Testa, E. (1981). "La misericordia nell'Antico Testamento". AA.VV.: *Dives in misericordia. Commento all'enciclica di Giovanni Paolo II*. Pontificia Universitas Urbaniana, Paideia.
- Tolstói, L. (1952). *Ana Karenina*. Madrid, España: Aguilar.
- Tolstói, L. (2000). *Ana Karenina*. Barcelona, España: Sol.
- Tolstói, L. (2004). *La sonata a Kreutzer*. Madrid, España: Alianza.
- Tolstói, L. (2008). *Correspondencia*. Barcelona, España: Acantilado.
- Tolstói, L. (2011). *Diarios (1847-1894)*. Barcelona, España: Acantilado.
- Tolstói, L. (2014). *Анна Каренина. АЗБУКА (AZBUKA)*. San Petersburgo, Rusia.
- Vélez, N. (2009). "La arquitectura invisible de Anna Karénina de Leo Tolstói". *Revista Pensamiento y Cultura* 21(1): 203-220. Universidad de la Sabana. ProQuest Ebook Central. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com/lib/sibucasp/detail.action?docID=3194455>.
- Zecchin de Fasano, G. C. (2014). "El concepto de Eunomía: ¿Odisea en Solón?". Recuperado de http://www.fuenstesmemoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.4220/pr.4220.pdf (consultada en marzo 2018).

La importancia de las pericias informáticas en el ámbito del derecho¹

The Importance of Computer Expert Assessments in the Field of Law

José Aráoz Fleming²

Resumen

El presente trabajo se enmarca dentro las investigaciones desarrolladas por el equipo a cargo de la doctora Ing. Beatriz Parra de Gallo, que integráramos junto a la magister Bibiana Luz Clara, entre otros, en el ámbito de la Universidad Católica de Salta. El objeto de estudio de este equipo era, precisamente, la importancia de las pericias informáticas en el ámbito del derecho.

En esta oportunidad, buscamos resaltar la importancia del trabajo del perito, en particular, del perito informático en el marco de la prueba. Esta es una instancia fundamental en todo proceso, especialmente en la actualidad, donde muchas de nuestras actividades convergen a un lugar común: internet. Este proceso se ha visto potenciado por la irrupción

Abstract

The present work is framed within the research developed by the team led by Beatriz Parra de Gallo PhD, which we integrated together with Bibiana Luz Clara MS, among others, in the Catholic University of Salta. The object of study of this team was, precisely, the importance of computer expert assessments in the field of law. This new investigation seeks to highlight the importance of the expert's work, in particular the computer expert in the framework of evidence. This is a fundamental instance in any process, especially nowadays, when almost all our activities converge to a common place: internet; convergence that has been enhanced by the emergence of COVID-19, the pandemic that plagues humanity.

Derecho / ensayo científico

Citar: Aráoz Fleming, J. (2020). La importancia de las pericias informáticas en el ámbito del derecho. *Omnia. Derecho y sociedad*, 3 (3), pp. 27-36.

¹ El autor publica este trabajo en el marco del proyecto de investigación "Desarrollo de un laboratorio de forensia de internet de las cosas" (RR. N° 324/20) —equipo integrado por la Dra. Ing. Beatriz Parra de Gallo (directora), la Mg. Ab. Bibiana Beatriz Luz Clara, el Esp. Ab. José Aráoz Fleming, el Ing. Esteban Rivetti, el Ing. Enzo Notario y el Ing. Matías Amor— y del proyecto de investigación "Estudio e Implementación de Requerimientos de Calidad en un laboratorio de Forensia Digital" (RR N° 325/20) —equipo integrado por la Dra. Ing. Beatriz Parra de Gallo (directora), el Ab. Esp. José Aráoz Fleming, el Ing. Esteban Rivetti, el Ing. Enzo Notario y el Ing. Matías Amor—.

² Universidad Católica de Salta. Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), notario por la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino (UNSTA). Especialista en Abogacía del Estado por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Docente en Ingeniería Legal en las carreras de Ingeniería en Telecomunicaciones, Ingeniería Informática, Ingeniería Industrial e Ingeniería Civil en la Universidad Católica de Salta (UCASAL). Docente en Legislación específica en la carrera de Ingeniería en Telecomunicaciones y de Legislación Industrial en la carrera de Ingeniería Industrial. Investigador universitario. Director del Instituto de Derecho de las Telecomunicaciones, Informática y nuevas TIC del Colegio de Abogados y Procuradores de Salta e integrante de su consejo directivo. Integrante de la Comisión Directiva de la Asociación de Derecho Informático de Argentina (ADIAR). Vicepresidente de la Asociación Cultural y Deportiva de Profesionales Universitarios de Salta (ACDPUS). Participante, expositor y/o disertante en diversos cursos y jornadas; autor de numerosos artículos relacionados con la temática.

del covid-19, la pandemia que azota a la humanidad. Además de ratificar y resaltar la importancia de este tipo de trabajo, se busca abordarlo desde una mirada interdisciplinar, puesto que, consideramos, todos los actores del sistema judicial, tanto internos como externos, deben hablar un lenguaje común.

Palabras clave: pericia informática - internet - prueba - proceso - interdisciplinar

In addition to ratifying and highlighting the importance of this type of work, we seek to approach it from an interdisciplinary perspective, since, we believe, all actors of the judicial system, both internal and external, must speak a common language.

Key words: computer expert assessment - internet - evidence - process - interdisciplinary

INTRODUCCIÓN

Como lo indica el título de este artículo, circunscribiremos el presente análisis de las pericias en el ámbito del derecho y, particularmente, nos centraremos en las pericias informáticas. De este modo, en el marco del trabajo de investigación desarrollado por el equipo de la ingeniera Parra de Gallo que se encuentra en proceso de ejecución, analizaremos desde nuestra perspectiva el alcance, las distintas partes intervinientes, el ámbito de actuación y las posibilidades de intervención del perito informático, desde un enfoque interdisciplinar.

Los tiempos que corren exigen una mirada abarcativa: no podemos seguir en la lógica que contempla las disciplinas como compartimentos estancos, sin relación entre ellas. El operador del derecho necesita entender lo que dice el ingeniero, el técnico precisa ser comprendido por el juez al presentar su informe, el abogado y el escribano deben respaldar su accionar en los conocimientos de profesionales provenientes de otras áreas, a fin de poder explicar estas operaciones algorítmicas que tienen consecuencias jurídicas directas.

A su vez, este gran mundo virtual en el que nos movemos hace cada vez más frecuente lo “no presencial”: negocios, contrataciones, pagos electrónicos, opiniones en redes, información que volcamos en la nube, lo delictual... todo es generador de consecuencias ju-

rídicas, y es allí donde las pericias informáticas juegan un rol trascendental.

EL PERITO

El perito es una persona experta, erudito en una determinada materia, con conocimientos y saberes específicos acerca de una ciencia o arte. Gracias a estos estudios, actúa como fuente de consulta especializada para la resolución de conflictos.

Desde esta primera aproximación, nos preguntamos: ¿qué debe estudiar un perito? La respuesta es más bien amplia, pues si su ámbito de actuación fuera la psicología, por ejemplo, recurriríamos a un profesional con la Licenciatura o Grado en Psicología pertinente. En cambio, si se precisa un peritaje judicial inmobiliario, tendremos que acudir a un graduado en Arquitectura. Así, vemos que existen múltiples opciones según el objeto del trabajo pericial del que se trate.

El perito puede intervenir en diversas diligencias no judiciales, en métodos alternativos de solución de conflictos —que gozan de mayor aceptación— o en instancias anteriores o preliminares al juicio y generar, así, material de gran ayuda para estas instancias previas. Sin embargo, su mayor oficiosidad se da en el marco del proceso judicial, entendido este como “un conjunto de actos, regulados por ley y realizados para alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción del interés legalmente

tutelado en el caso concreto, mediante decisión de juez competente” (Aráoz Fleming, Luz Clara y Parra De Gallo, 2019, p. 219).

En el ámbito de dicho proceso, la finalidad de esta prueba consiste en acreditar los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso, con la particularidad de que el objeto de la prueba pericial se trata de hechos que no son del común saber de las partes o del juez. De allí que el peritaje implica la investigación de las pruebas materiales y otros objetos obtenidos durante la investigación de una causa, y se lleva a cabo en la forma procesal establecida por la ley. Es el perito quien proporciona al juez los conocimientos científicos y/o tecnológicos que, volcados en un informe pericial, resultan imprescindibles y necesarios para resolver el pleito. Podríamos decir que la función principal del perito consiste en proporcionarle al juez una opinión bien fundada y argumentos valiosos a fin de lograr su convencimiento.

En el artículo que publicamos en *FODERTICS 7.0* (Aráoz Fleming, Luz Clara y Parra De Gallo, 2019) en el marco del fórum de expertos y jóvenes investigadores en derecho y nuevas tecnologías de la Universidad de Salamanca, destacamos la importancia que habían adquirido las pericias informáticas en el ámbito del derecho. Recalcábamos que dicha trascendencia estaba dada por el momento que atravesábamos entonces, en donde casi todas nuestras actividades convergían a un lugar común: internet.

Ahora bien, en tiempos de pandemia como los que ahora franqueamos, donde el mundo se encuentra azotado por un virus con impredecibles consecuencias para la población mundial como lo es el covid-19 (Organización Mundial de la Salud, 2020), esta importancia se ha acrecentado. El aislamiento y la necesidad de reducir la interacción física o presencial a

lo estrictamente necesario han hecho que las plataformas virtuales muestren un auge, a veces, desmesurado.

Existen múltiples indicadores tanto a nivel nacional como global que dan cuenta de cómo se ha potenciado este intercambio virtual en lo comercial, lo educativo, lo empresarial, lo gubernamental. Asimismo, hay datos acerca de cómo se han acrecentado los delitos o las malas prácticas en lo civil, en lo laboral y en las restantes ramas del derecho (Aristimuño, 2020). Ante el incremento en el uso de este tipo de plataformas, se plantea la necesidad de que el sistema judicial se modernice y se adapte a los tiempos que corren.

Esta necesidad de “amigarse con la tecnología” no solo tiene su respuesta en proponer plataformas laborales para los distintos sistemas judiciales, como se han implementado ya o están por implementarse, sino que, también, precisa contar con profesionales altamente capacitados en estas temáticas al momento de analizar delitos o prácticas a las que antes hacíamos referencia.

En la provincia de Salta, el procurador a cargo del Ministerio Público Fiscal, Dr. Abel Cornejo, ni bien asumió, impulsó la creación de una Fiscalía de Cibercrimen (Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Salta, 2019), dependencia cuya necesidad venía señalando el Colegio de Abogados provincial desde hacía tiempo. Es de esperar que, en su concreción, se logre realmente amalgamar las necesidades que motivaran su creación y las altas expectativas puestas al respecto.

En idéntico camino, las distintas instancias nacionales y provinciales vinculadas con la Justicia buscan reforzar en forma urgente sus vinculaciones con la tecnología, puesto que entienden que gran parte de los nuevos tiempos va a guardar estrecha relación con las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

LA PERICIA INFORMÁTICA COMO PRUEBA

Ya dijimos que, en el ámbito de un proceso judicial, una etapa fundamental es la probatoria. En ese marco, la pericia informática busca aportar una herramienta adecuada a la producción de las pruebas.

Para cumplir este objetivo, la obtención de la prueba digital debe ser ágil, dinámica y, por supuesto, factible. Recordemos que esta prueba no se encuentra en otro lugar que no sean los soportes electrónicos, es normalmente volátil y susceptible de sufrir modificaciones o destruirse.

Existen en Argentina distintas construcciones normativas sobre la recolección, la preservación y el tratamiento de la evidencia digital, tales como la “Guía de obtención, preservación y tratamiento de evidencia digital”, aprobada por la Procuración General de la Nación según la Resolución PGN N° 756/16, el Protocolo General de actuación para las fuerzas policiales y de seguridad en la investigación y proceso de recolección de pruebas en ciberdelitos (Ministerio de Seguridad de la Nación, 2016), así como las distintas normas y protocolos existentes en los ámbitos provinciales al respecto³.

En este camino de dotar de seguridad y verosimilitud al pleito, y convertirse así en herramienta idónea para obtener la verdad, la pericia informática debe ajustarse a los protocolos y normativas vigentes en el ámbito de actuación en donde vaya a realizarse. Dentro de este marco, las distintas partes intervinientes deberán respetar “a rajatablas” los derechos constitucionalmente previstos. Así, los artículos 18 y 19 de la Constitución de la Nación Argentina son claros en la necesidad de ajustarse a principios básicos

como la defensa en juicio, el debido proceso y el principio de legalidad. Son el marco para las construcciones normativas existentes en nuestro sistema, que tienden a asegurar las distintas garantías procesales que asisten al individuo, en este y otros ámbitos. Por citar solo un ejemplo, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece directamente la nulidad de “...los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos” (art. 13, inciso 3, segunda parte).

En este sentido, Ronald Arazi (2008) afirma:

El juez muchas veces debe prescindir de una prueba denominada “científica”, calificativo que autoriza a pensar en la eficacia de ella frente a otra que no tiene el mismo valor, cuando considera que se ha obtenido violando principios fundamentales del proceso o garantías constitucionales; se trata de una decisión muy delicada y que no debe ser tomada a la ligera, pues al obrar de esta manera el juez sabe que el conflicto no será solucionado en forma justa. (p. 12)

En cuanto a las características de la prueba, Bunge (2001) sostiene que “el conocimiento científico es aquel que reúne las cualidades de racional, sistemático, exacto, verificable y falible” (p. 11). En este punto, es importante recordar que, para que una disciplina pueda ser considerada científica, las investigaciones y las conclusiones a las que arribe deben ser verificables empíricamente y sus experimentos deben tener la capacidad de ser repetidos. Esto se advierte claramente en las ciencias fácticas o experimentales (astronomía, física, química, biología, geografía, etc.). En las cien-

³ Por ejemplo, para el caso de la provincia de Salta, pueden consultarse diversas instrucciones y recomendaciones en el siguiente enlace: <http://www.fiscalespenalesalta.gob.ar/instrucciones-y-recomendaciones/>

cias humanas, por su parte, la verificación se obtiene mediante estadísticas y, cuando ellas demuestran un alto índice de aciertos, se puede considerar que el conocimiento y el estudio merece el calificativo de científico. Al respecto, en estas ciencias, el reconocimiento de la comunidad científica también juega un papel muy importante.

Entonces, la obtención de la prueba informática debe orientarse hacia el conocimiento científico. En la medida en que más nos aproximemos a él, junto con el seguimiento del camino normativo antes indicado, estaremos más cerca de lograr una prueba indubitable, irrefutable o con altas dosis de certeza, al menos.

El ingeniero Marcelo Torok, en su curso de peritos informáticos, nos dice que las pericias en general, no solo la informática, deben adaptarse al método científico. No es algo que simplemente requiere de un conocimiento técnico. Precisa disciplina, orden, planificación:

Quando nosotros nos encontramos con una situación a investigar, los peritos, tenemos que plantearnos qué es el elemento que tenemos por delante, cuál es su riqueza, qué nos requieren probar, si hay elementos adicionales a investigar. Pero hace falta utilizar método científico. Existen metodologías forenses a tales fines, hay formas de trabajar con los elementos para evitar que se contaminen, que se rompa la cadena de custodia, evitar que se planteen nulidades posteriores, etcétera. (Marcelo Torok Canal Oficial, 2020)

Volviendo a lo estrictamente legal y a nuestro ámbito de actuación, el artículo 281 del Código Procesal Penal de la provincia de Salta indica que los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento

conforme a las disposiciones del código. Asimismo, podemos señalar que, además de este código, existen también otras normas que establecen la necesidad de guardar la cadena de custodia en su obtención, resguardar debidamente la prueba y no exponerla a factores climáticos, por citar solo algunos ejemplos.

En el ámbito civil, el Código Procesal Penal de la provincia de Salta coincide con el artículo 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, el cual sostiene que

... la prueba deberá producirse por los medios expresamente previstos por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros o no estén expresamente prohibidos para el caso.

En cuanto a la libertad probatoria, el artículo 282 del Código Procesal Penal de la provincia de Salta indica que

Todos los hechos y circunstancias relacionadas con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba. No regirán, respecto de ellos, las limitaciones establecidas por las leyes civiles; con excepción de las relativas al estado civil de las personas. Además de los medios de prueba establecidos en este Código, se podrán utilizar otros, siempre que no conculquen garantías constitucionales de las personas o afecten el sistema institucional. Las formas de admisión y producción se adecuarán al medio de prueba que resulte más acorde a los previstos en este Código.

Es importante reparar en estas indicaciones por el estricto respeto que se deberá observar a principios como el de defensa en juicio, debido

proceso, bilateralidad y legalidad que antes observáramos, ya que se podría nulificar la prueba informática obtenida en caso de omisión ante los recaudos normativos estipulados.

En el ámbito nacional, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina dispone que “la conducta observada por las partes durante la substanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones” (art. 163, inciso 5d). Esta aclaración se vincula con la actitud reticente de la parte que tiene en su poder registros informáticos y con lo dispuesto por el artículo 388, en el cual se lee la siguiente precisión:

... cuando se intima a una de las partes a la presentación de un documento que se encuentra en su poder y se niega a hacerlo, si por otros elementos de juicio resultara manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo constituirá una presunción en su contra.

Artículos como estos son de vital importancia frente a actitudes que pretenden obstruir la realización de pruebas periciales necesarias para arribar a la verdad objetiva.

En el Código Procesal Penal de la provincia de Salta se estipula, asimismo, que, al ofrecer la prueba pericial, se indicará la especialización que han de tener los peritos y se propondrán los puntos de pericia. La otra parte, al contestar la vista que se le conferirá si se tratare de juicio ordinario, o la demanda en los demás casos, podrá proponer otros puntos que deban constituir también objeto de la prueba y observar la procedencia de los mencionados por quien la ofreció. El juzgado dictará resolución y, si considerare admisible la prueba pericial, señalará audiencia.

Frente a las disposiciones de casi todos los códigos procesales, en cuanto a que el juez debe desestimar la prueba que considere inadmisibles y que el litigante solo puede producir pruebas sobre hechos que hayan sido articulados en los escritos presentados, es importante destacar la excepción que contenía el *Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba*, el cual sostenía que los interesados podrían producir pruebas sobre todos los hechos que creyeran convenir a su derecho, “...hayan sido o no alegados” (art. 200). Nos parece una interesante disposición en la cual profundizar, sobre todo en este nuevo tiempo en que nos encontramos frente a lo informático, tan dinámico, volátil y perecedero.

Saliendo un poco de esta etapa estrictamente probatoria, no menos importante es su fase anterior. Sin esta etapa previa, de recolección de la evidencia realizada en debida forma, quizá no existirá la etapa probatoria técnicamente hablando.

Ya veamos que existen distintos protocolos al respecto, y hemos referenciado algunos de ellos. Así como es preciso observarlos estrictamente, es necesario que se conozcan dentro y fuera del estricto ámbito tribunalicio. En este sentido, es importante que las fuerzas de seguridad que participan de los allanamientos, por ejemplo, los conozcan perfectamente; que los abogados, que establecerán el primer contacto con el cliente, los instruyan acerca de cómo resguardar esa prueba, si apagar o no la máquina, si capturar o no las pantallas en redes sociales, si solicitar asistencia a un ingeniero técnico, si protocolizar la prueba con actas de escribano, si esto alcanza, o es necesario hacer intervenir al técnico en esa diligencia, por mencionar algunos ejemplos. Es fundamental que quien realiza el análisis dentro de tribunales también conozca perfectamente las normas que se aplicaron o debieran haberse aplicado al caso.

Lo que sí está perfectamente claro es que el impacto de la informática y las TIC en nuestro cotidiano andar es uno de los acontecimientos más importantes de la historia de la humanidad. Claramente, el derecho no puede estar ajeno a ello en el ámbito de la prueba pericial ni en ninguno de los restantes ámbitos en que las TIC impactan: expediente judicial virtual, notificaciones por internet, presentación de peticiones por medios informáticos, comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, entre estos y la administración o con particulares, cooperación internacional entre tribunales, declaraciones por video conferencias, entre otros.

Todas estas son realidades que, si no están ya implementadas, deben implementarse en nuestro país como ya sucede en otros. La tendencia conduce a la desmaterialización y consiguiente eliminación del papel. Este contexto potencia el trabajo de los peritos informáticos.

LA MIRADA INTERDISCIPLINAR

Como ya hemos anticipado, no se trata solo de incorporar tecnologías al proceso, de dotar a los organismos integrantes del sistema judicial (poder judicial, ministerio público, abogados de la matrícula o cualquier otro auxiliar judicial) de las herramientas necesarias para su uso, de incorporar peritos, ingenieros y técnicos. De lo que se trata es de que cada una de estas personas o partes del sistema comprenda que ya no se puede pretender trabajar aisladamente, que no es posible concebir la justicia sin apoyo de estos nuevos profesionales y que la eficacia de su trabajo se vincula con su capacidad de hacerse entender por las otras partes intervinientes.

En todos estos ámbitos, es fundamental la mirada interdisciplinaria. Con esto, no se pre-

tende que el juez haga de ingeniero o de técnico, pero sí que sea capaz de comprender lo que el ingeniero aporta a la pericia. Tampoco se pretende que el ingeniero haga de abogado, pero debe conocer el marco legal en donde se mueve, debe poder expresar apropiadamente en sus informes o dictámenes lo que se le requiera en un lenguaje amigable y comprensivo para las partes del pleito y/o para la cuestión llevada a su conocimiento. No es de esperar que el abogado sea ingeniero o técnico, no obstante, debe ser capaz de asesorar correctamente a su cliente en el primer y fundamental momento de resguardo de la información que constituirá “el corazón” del litigio, y debe poder marcarle claramente qué elementos resguardar y cómo hacerlo. El desconocimiento acerca de estos temas en los momentos iniciales puede ser fatal para el resultado de la causa.

El legislador, a su vez, debe comprender cabalmente esta interrelación, debe proveerse de los elementos técnicos adecuados que le permitan una tarea acorde a los tiempos actuales, debe generar un producto que sea comprensivo de los aportes y las soluciones que la sociedad demanda. No puede proporcionar soluciones generales sin un amplio conocimiento de cada una de las ramas del derecho y sus necesidades específicas. Debe hacer congenerar los aportes de la modernidad con los principios generales que han ido inspirando la legislación procesal particular.

Ya hemos aludido a la prueba científica. Justamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha señalado la necesidad de un enfoque interdisciplinario en la prueba científica. Por citar un ejemplo que nos parece esclarecedor, respecto a la vinculación con la medicina, la CSJN expresó:

En el desafío a una participación asociada de medicina y derecho los galenos solos

no se animan, requieren del derecho para tomar decisiones, envueltos en el manto de la obligación de conciencia, que es casi excluyente. Labor integrada, interdisciplinaria, que se plasma en límites bioéticas en cada establecimiento de salud. En solitario, o actuando de manera unilateral, muestran recíprocas carencias; únicamente un inteligente enfoque interdisciplinario permite avanzar responsablemente.

Idéntico criterio debemos seguir en lo informático, en las relaciones entre derecho y las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

CONCLUSIONES

Nuestro día a día está lleno de indicios digitales visibles o elementos tales como una conexión a internet que, si bien no son tan visibles como el celular o la computadora, también serán fundamentales para contar qué ocurrió y cómo sucedió el hecho que queremos rearmar. Debemos saber cuáles son los indicios o elementos que debemos recabar en tanto son conducentes a la resolución de la causa para poder preservarlos adecuadamente y presentarlos y “traducirlos” para socializarlos de modo comprensible. No podemos tampoco acumular en los expedientes solicitudes de prueba inconducentes o forzar el análisis de millones y millones de evidencias digitales innecesarias, que solo tendrán por efecto saturar a los peritos o los técnicos, y congestionar el sistema.

Para poder hacer esa selección previa, es preciso que todas las partes involucradas conozcan acabadamente la temática. Esta interacción fluida, basada en un conocimiento interdisciplinario, será la mejor forma de lograr un conocimiento científico, resolutivo y adecuado a los tiempos que corren.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguiar, H. (2007). *El futuro no espera*. Buenos Aires: La Crujía Ediciones.
- Aráoz Fleming, J. D., Luz Clara, B. B. y Parra de Gallo, B. (2019). La importancia de las pericias informáticas en el ámbito del Derecho. *FODERTICS 7.0: estudios sobre derecho digital*, pp. 217-225. España: Universidad de Salamanca.
- Arazi, R. (2008). *Prueba ilícita y prueba científica*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Aristimuño, A. (20 de junio de 2020). Aseguran que el ciber delito aumentó hasta un 80% durante el aislamiento. *Télam*. Recuperado de <https://www.telam.com.ar/notas/202006/479190-aseguran-que-el-ciber-delito-aumento-hasta-un-80-por-ciento-durante-el-aislamiento.html>
- Bunge, M. (2001). *La ciencia. Su método y su filosofía*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Carbone, C. A. (2008). *Requisitos constitucionales de las intervenciones telefónicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Cervio, G. J. (1996). *Derecho de las telecomunicaciones*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo de Palma.
- Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba*. Boletín Oficial de la República Argentina. Córdoba, Argentina. 8 de junio de 1995. Recuperado de <http://www.sajj.gob.ar/8465-local-cordoba-codigo-procesal-civil-comercial-provincia-cordoba-lpo0008465-1995-04-27/123456789-0abc-defg-564-8000ovorpvel>
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 1 de febrero de 1968. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/text-act.htm>

- Código Procesal Penal de la provincia de Salta.* Boletín Oficial de la República Argentina. Salta, Argentina. 6 de diciembre de 2011. Recuperado de <http://www.saij.gov.ar/7690-local-salta-codigo-procesal-penal-provincia-salta-lpa0007690-2011-11-01/123456789-0abc-defg-096-7000avorpyel>
- Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.* Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 1 de octubre de 1996. Recuperado de http://www.infoleg.gov.ar/?page_id=166#:~:text=ARTICULO%201%C2%BA.,actos%20de%20gobierno%20son%20p%C3%BAblicos
- Constitución de la Nación Argentina.* Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 3 de enero de 1995. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Hall, C. N. (2003). *La intervención de las telecomunicaciones.* Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.
- Marcelo Torok Canal Oficial. (8 de julio de 2020). Clase Curso de Peritos Informáticos Forenses San Luis 23 06 2020. [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=8W3xCPHYqrw&ab_channel=MarceloTorokCanalOficial
- Ministerio de Seguridad de la Nación. (7 de junio de 2016). *Resolución N° 234/2016.* Recuperado de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/260000-264999/262787/norma.htm>
- Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Salta. (4 de diciembre de 2019). Salta es el cuarto distrito del país con una Fiscalía Penal especializada en Ciberdelincuencia. [Entrada de blog]. Recuperado de <http://www.fiscalespenalesalta.gov.ar/salta-es-el-cuarto-distrito-del-pais-con-una-fiscalia-penal-especializada-en-ciberdelincuencia/>
- Organización Mundial de la Salud. (2020). Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). [Entrada de blog]. Recuperado de <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- Procuración General de la Nación. (31 de marzo de 2016). *Resolución PGN N° 756/16.* Recuperado de <https://www.mpf.gov.ar/resoluciones/PGN/2016/PGN-0756-2016-001.pdf>
- Rico Carrillo, M. (Coord.) (2007). *Derecho de las nuevas tecnologías.* Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

Buscadores y sitios de internet

- Agencia Télam
- Catálogo en línea de UCASAL
- Colegio de Abogados y Procuradores de Salta
- Fundación DialNet (Universidad de La Rioja, Logroño, España)
- Google Académico
- Infoleg
- Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Salta
- Organización Mundial de la Salud
- Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)
- YouTube

La reparación cultural: un avance ineludible en la justicia transicional

Cultural repair: an ineludible advance in transitional justice

Fernando Charria-García¹

Resumen

Se presenta una iniciativa dentro de la justicia transicional que denominamos “reparación cultural”. La “reparación simbólica” contempla aquellos casos donde existe una intención de asignar valores económicos para reparar a las víctimas. Frente a la imposibilidad de hacerlo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos amplió este concepto a través de un deslizamiento de sentido que, consideramos, puede denominarse como “reparación cultural”.

Este tipo de reparación podría ser implementada en comunidades con fuertes características de identidad, como las indígenas, las afrodescendientes y otras más pequeñas con rasgos identitarios marcados. Esto implicará dialogar con las víctimas y construir con ellas para impactar en las instituciones sociales según la cultura de dicha comunidad, de modo tal que surjan formas de reparación que morigeren el dolor individual y colectivo, es decir, poder dar respuestas que construyan puentes para que puedan abandonar la condición de víctima y construirse como sujetos.

Palabras clave: justicia transicional, reparación simbólica, víctimas, cultura, reparación cultural.

Abstract

An initiative is presented within the transitional justice that we call “cultural reparation”. “Symbolic Reparation” contemplates those cases in which there is an intention to assign economic values to repair the victims. Faced with the impossibility of doing so, the Inter-American Court of Human Rights has generated what is known as “symbolic reparation”, a concept that is tending to expand, situation that we consider through a shift of meaning, that can be called “Cultural Reparation”.

This type of reparation could be implemented in communities with strong identity references such as indigenous communities, communities of African descent, or smaller communities with very marked identity traits. This will involve dialogue with the victims and growing with them, in order to impact social institutions according to the culture of that community, so that forms of reparation can emerge that ease individual and collective pain, that is, the ability to provide responses that build bridges so that they can abandon their condition as victims and build themselves as subjects.

Keywords: transitional justice - symbolic repair - victims - culture - cultural reparation

Derecho / Ensayo científico

Citar: Charria-García, F. (2020). La reparación cultural: un avance ineludible en la justicia transicional. *Omnia. Derecho y sociedad*, 3 (3), pp. 37-54.

¹ Universidad Externado de Colombia. Perfil académico y profesional: abogado (Universidad Externado de Colombia); magíster en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali; doctor en Derecho y Ciencias Sociales, con cursos del Doctorado en Derecho de la Cultura, ambos de la UNED de España; autor de seis libros en el campo del derecho de la cultura; docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, sede Cali, Colombia. fernandocharriagaracia@gmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0195-907>.

PRESENTACIÓN

El interés por la idea de “reparación cultural” surgió durante el trabajo para escribir la tesis de grado a los fines de obtener el título de abogado. En esa oportunidad, tuvimos ocasión de trabajar con una comunidad indígena de Colombia entre los años 1978 y 1983. Esta experiencia nos dejó la inquietud de conocer más sobre los aspectos jurídicos de los sistemas indígenas en Colombia, lo cual suponía una metodología de investigación más etnográfica que documental. Así, podemos decir que ese trabajo monográfico fue un elemento importante para inquietar en el *alma mater* las formas investigativas y acercarnos a lo que hoy en día conocemos como “investigación sociojurídica”.

Así las cosas, nuestras motivaciones para estas reflexiones han sido contribuir, de algún modo, al reconocimiento vinculado con las comunidades indígenas y afrodescendientes en Colombia (incrementó esta curiosidad lo que está pasando actualmente en el país respecto de la justicia transicional) y efectuar una propuesta que ayude en la construcción de la democracia, en particular, en aquellas comunidades con fuertes rasgos identitarios que han sufrido permanentes violaciones de sus derechos humanos y colectivos.

INTRODUCCIÓN

No hablaremos en profundidad sobre justicia transicional pues no es el objetivo de este trabajo. Simplemente, delinaremos algunos de sus elementos. Entendemos que es una forma de justicia que se aplica en aquellos lugares donde ha habido una sistemática violación de derechos humanos para proponer un tránsito hacia la democracia. En otras palabras,

La justicia transicional es una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos. Su objetivo es reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia. La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos. (Patiño, 2010, p. 53)

Realizaremos un acercamiento a esta concepción con el ánimo de dar un espacio referencial a la noción de reparación simbólica, punto de partida de nuestra reflexión.

Se habla de reparación simbólica solamente al interior de los procesos de justicia transicional que propone cuatro pilares como referentes: verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Estos pilares deben ser asumidos en su integridad si lo que se quiere realmente es construir un verdadero camino que conduzca una sociedad que ha venido manifestando permanentes violaciones a los derechos humanos a convertirse en una democracia y que no se quede simplemente en una democracia delegativa (O’Donell, 1995).

Como camino hacia la democracia, la justicia transicional implica judicializar a los victimarios, atender las necesidades de las víctimas y construir una verdad sociohistórica. En el informe del secretario general de la ONU al Consejo de Seguridad, se la define como “el conjunto de procesos y mecanismos asociados con el intento de una sociedad de enfrentarse y superar un pasado de abusos a gran escala para asegurar la responsabilidad, obtener justicia y lograr la reconciliación” (Escudero, 2015, p. 101). Por ello, los mecanismos de justicia transicional deben ceñirse a los principios y las normas internacionales que orientan la lucha

contra la impunidad que cobran sentido si son utilizados de manera integral.

En cuanto a la reparación, podemos decir que desde el Código de Hammurabi (1670 años antes de nuestra era, aproximadamente) se incluyó la idea de la compensación en dinero por los daños sufridos contra la persona, mientras que la *Lex XII tabularum* contempló la composición voluntaria, mediante la cual el sujeto podía optar por devolver el mal sufrido o exigir un resarcimiento monetario, y la composición obligatoria, compuesta de una pena y una reparación. En la pena, quien ocasionaba el daño pagaba una suma de dinero en lugar de sufrir las acciones sobre su propio cuerpo. En Roma, al emplear el método casuístico e incorporar acciones mixtas que perseguían una pena y una indemnización, comenzaron a unificarse estas dos ideas que, sin embargo, no establecieron un principio general de responsabilidad.

En las leyes bárbaras (de las cuales la más conocida es la Ley Sállica), se consagraron tarifas de composición, según la naturaleza del daño y la persona, fijando una sanción denominada *wergeld*.

En el código civil francés de 1804, se estableció el principio de la responsabilidad civil que vincula la reparación del daño con el costo del perjuicio sufrido (Nanclares y Gómez, 2017).

En otras palabras, en general e históricamente, se puede afirmar que existe una relación entre el daño causado en contra de lo jurídicamente establecido y la reparación, cuyo hilo de causalidad es precisamente una obligación por parte del causante del daño en favor del afectado, con la pretensión de que el causante responda a efectos de poner al lesionado en la posición que tenía antes de ser afectado.

En el caso de la justicia transicional, lo primero que se debe señalar es que se estructura sobre el reconocimiento de que se trata de un derecho de las víctimas que se concreta en la

posibilidad de interponer recursos y obtener reparaciones. Así,

las víctimas son titulares de un derecho a la reparación integral por el daño sufrido (indemnización, restitución y rehabilitación), sino también mediante medidas de satisfacción o reparación moral (declaraciones de asunción de responsabilidades, peticiones institucionales de perdón, reconocimiento al más alto nivel institucional del daño causado, etc.). (Escudero, 2015, p. 102)

Por definición, todas las reparaciones tienen un importante papel simbólico en el proceso de construir confianza pública y de reintegrar las víctimas a la sociedad.

No se puede pasar por alto la importancia de las garantías de no repetición. Estas se encuentran estrechamente imbricadas con la reparación integral, ya que esta exige un mayor ámbito de plenitud en su cumplimiento cuando las violaciones sistemáticas de derechos humanos se ejercen sobre aquellas personas y poblaciones que, por condiciones de debilidad frente a los agresores, no tienen posibilidades de ejercer la defensa de sus derechos o, al menos, esa defensa es insuficiente para detener al agresor.

REPARACIÓN SIMBÓLICA Y PSICOLOGÍA

Para el derecho, la reparación simbólica es un conjunto de medidas que no tienen connotación económica o que, en caso contrario, vuelve extremadamente difícil realizar una estimación económica del daño, de allí que el énfasis esté puesto en lo simbólico. En este sentido, el profesor Hinestrosa (s.f.) señala que en la reparación compensatoria no se paga el daño, se ofrece algo que deberá ayudar a mermar lo que se tuvo, en tanto ya no puede recuperarse lo que definitivamente se perdió. Cuestiones

tales como el dolor, la aflicción o la amargura no tienen precio por ser sentimientos.

Por su parte, para la psicología, el elemento de lo simbólico obliga a realizar un acercamiento a la realidad factual del ser humano, pues es el ámbito donde este se constituye. En este sentido, ya desde Freud, se establecía la diferencia entre lo que se llama la realidad y lo que puede ser la realidad psíquica. Esta última se vincula con la hipótesis freudiana de los procesos inconscientes, ya que estos mecanismos no solo no tienen en cuenta la realidad exterior, sino que la sustituyen por una realidad psíquica. Por lo anterior, podríamos decir que, en su acepción más estricta, la expresión “realidad psíquica” designaría el deseo inconsciente y la fantasía que está ligada a este mismo deseo.

Posteriormente, fue Jacques Lacan (1953) quien realizó una especie de reescritura de este problema presentado por Sigmund Freud, en tanto planteó que el hombre, para poder ser humano, se organiza en tres dimensiones: lo imaginario, lo simbólico y lo real. Lacan comienza por definir lo que él entiende por la dimensión imaginaria, para lo cual recupera el concepto de *imago* de la teoría freudiana, en la cual lo imaginario sería deudor de lo especular que, en parte, es organizador del yo: “La imago permite al sujeto identificarse, quedar cautivado y fascinado por la imagen del otro en el estadio del espejo” (Lacan, 1971). Para comprender mejor esta idea, recuperemos la siguiente imagen: lo primero que ve un ante el espejo es la imagen de un niño, es decir, la imagen de otro. No obstante, acto seguido (y, por lo general, ayudado por la madre) el niño se percata de que esa imagen que es observada al revés por él se trata de él mismo, pues así se lo confirma su madre y, finalmente, se da cuenta con el tiempo y con el proceso de sujeción social que ese que está en el espejo en realidad no es él, se trata del reflejo de la imagen de él. El verda-

dero sujeto no es el del espejo, sino el que está afuera, el de carne y hueso, el del cuerpo que siente y percibe, el del cuerpo material que, por supuesto, también se nutre de la imagen.

Por otra parte, la dimensión simbólica remite a las experiencias del otro y del semejante. Cuando hablamos de personas, el otro sería el mundo del lenguaje porque alberga el verdadero tesoro de los significantes que, además, nos organiza con respecto a la cultura y a la ley que nos regula. Entonces, el sujeto (que es un individuo social producido a la medida de la sociedad que lo acoge la cual, a su vez, es también creada por este individuo social) obliga a una forma de organización que se impone a la psique: basta que “una cierta realidad se establezca como lo otro respecto del sujeto, para que el principio del placer sufra la distorsión-transformación de la que surgirá el principio de la realidad” (Castoriadis, 1993, p. 228).

El proceso de la institución social del individuo —es decir, de la socialización de la psique— es la imposición de la relación a los otros (que es siempre y a la vez tanto una fuente de placer satisfactoria como una fuente de displacer perturbadora) que implica una sucesión de rupturas infligidas. En estos casos, la psique genera un exterior para colocar en él el centro del displacer. Luego, esto se convertirá en un mundo y un objeto que es literalmente “proyección”, que en su origen fue expulsión del displacer (Castoriadis, 1993).

En vinculación con lo anterior, cabe decir que el término “significante” proviene de la lingüística. Así, en Saussure (1993), el signo lingüístico es una entidad psíquica de dos caras: el significado o concepto (por ejemplo, para la palabra “árbol”, la idea de “árbol” y no el referente, el árbol real) y el significante, que es también una realidad psíquica puesto que se trata no del sonido físico al pronunciar la palabra “árbol”, sino de la imagen acústica de ese

sonido que, por ejemplo, se puede tener en la cabeza cuando uno recita una poesía para sí, sin decirla en voz alta.

A estas nociones, Lacan añade la categoría o la dimensión de lo real. Esta dimensión remite a lo que está más allá del sujeto, a lo real de la ciencia o a lo real del cuerpo. De alguna manera, se podría decir que la realidad para el sujeto es el encuentro entre lo imaginario, lo simbólico y lo real. Por esto, el profesor Castoriadis (1993) dirá que la primera forma de la sociedad es su condición original de la cual surgirá la humanidad, que es una condición diferente a la original y que está construida sobre una madeja de significaciones. Este estrato original ya está ordenado, pero lo que por ahora nos importa es que lo que está ordenado y organizado no puede ser separado de aquel que lo organiza.

LA REPARACIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES

En el derecho de la mayoría de los Estados occidentales, se comparte un paradigma que entiende que una vez realizada una afectación de este tipo de derechos a una o varias víctimas, se debe hacer uso de una serie de medidas que implican la restitución, la compensación y las garantías de no repetición. Con estas medidas, se pretende restaurar a las víctimas a las condiciones que tenían antes de ser afectadas en sus derechos y, frente a la imposibilidad de hacerlo, se emplea un sustituto que suele ser el dinero, para compensar y restituir.

La idea anteriormente expresada implica entender que los sujetos son iguales y que, por ello, tanto victimarios como víctimas se encuentran en igualdad de condiciones. Sin embargo, tal idea no es necesariamente real y la vida actual —signada por el desarrollo del capitalismo, el coronavirus pandémico y la globalización— nos muestra que se ahondan progresivamente

las inequidades. Así, se explica que, de acuerdo con el nuevo informe de Oxfam (2018),

El 82% del crecimiento de la riqueza mundial del último año ha ido a parar a manos del 1% más rico, mientras que a la mitad más pobre de la población mundial no le ha llegado nada de ese crecimiento. (p. 11)

En todo caso, tanto la restitución como la compensación son moralmente aceptables para el derecho, en la medida en que muestren su eficacia en la restauración de los máximos niveles de capacidades de las personas antes de ser afectadas por estas vejaciones. Señala Puccetti (2017): “la compensación no pretende otra cosa que otorgar a las víctimas algo que pueda ser equivalente al valor de lo que ha perdido, en tanto que la restitución tiene por objeto aquello que le ha sido quitado” (p. 47)

Es en la *Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José)*, (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969) que, en su artículo 63.1, se encuentra la base conceptual de la reparación integral, cuando señala:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (art. 63.1)

A lo anterior, debemos vincular la idea de medidas de satisfacción o de reparación simbólica que ya no opera solamente sobre lo material, sino que asume una nueva órbita de reparación que no se encontraba tradicional-

mente incluida dentro de las reparaciones. Se habla, así, de nuevos tipos de acciones de reparación, a saber: “medidas de reconocimiento” (el responsable de la violación efectúa un reconocimiento público de su responsabilidad), “medidas de determinación de responsabilidad” (se detiene el hecho delictivo y se facilita un acuerdo de reparación con las víctimas), “medidas de disculpa” (supone que la disculpa a las víctimas y a sus familiares se realice públicamente por parte del Estado responsable), “medidas de publicidad” (se busca que la sentencia en su totalidad o en algunas de sus partes deba realizarse por parte del Estado y en condiciones idiomáticas, de lugar y de medios de divulgación específicos) y “medidas de conmemoración” (en las que la alta corte (CIDH) ordena a los victimarios realizar actos en memoria de las víctimas lesionadas) (Rojas como se cita en Puccetti, 2017).

Entonces, estas medidas procuran reparar lo inmaterial a nivel no solo individual, sino también colectivo. Si bien para algunos puede representar un avance, para otros dicho avance genera una pugna respecto de la seguridad jurídica, lo cual es entendible, pero a su vez debatible en tanto que el derecho no puede ser concebido como un campo inamovible; al contrario, es un campo cambiante y de gran dinamismo, afectado por las circunstancias de tiempo, modo y lugar, lo cual hace posible el surgimiento de nuevas emergencias y, por ende, del requerimiento de nuevos planteamientos jurídicos, por lo cual la seguridad jurídica debe reajustarse permanentemente.

EL CONCEPTO DE LA REPARACIÓN SIMBÓLICA DESDE UNA EXPERIENCIA EN ARGENTINA

Es menester indicar que la República de Argentina ha vivido también un proceso de justicia transicional, a partir de las afectaciones

sucedidas producto del golpe militar del 24 de marzo de 1976, cuando se constituyó una Junta Militar conformada por Videla, Viola, Galtieri y, por último, Bignone, período en el cual los servicios secretos de Argentina detenían, secuestraban, torturaban y asesinaban a los que eran considerados “peligrosos”. Dicha junta gobernó la Argentina hasta el 10 de diciembre de 1983, fecha en la cual las elecciones dieron un giro hacia la democracia con la llegada al poder de Raúl Alfonsín.

Ahora bien, desde la perspectiva que aquí nos interesa, dentro de la justicia transicional que vivieron, fue posible que el Equipo de Salud Mental de CELS y Graciela Guilis escribieran su experiencia en lo relacionado con la reparación (Guilis *et al.*, s. f.). Allí, señalaron que lo primero que debe comprenderse es que el adjetivo “simbólica” que se añade a la palabra “reparación” y que se produce en el campo de lo jurídico puede ser entendido de dos maneras. Por una parte, no hace referencia a lo que se ha perdido, sino a lo que representa, es decir, muestra que el daño en sí mismo es irreparable. Entonces, la reparación es simbólica porque pretende una compensación que siempre es un desplazamiento desde el daño real hacia un acto de justicia, pretende representarlo cualitativa o cuantitativamente, pero nunca repara el daño real producido sobre la víctima. Por otra parte, se habla de “reparación simbólica” porque, como acto reparatorio por parte de la justicia, depende de la relación absolutamente singular que la víctima establezca entre lo que la reparación le ofrece y aquello que la víctima ha perdido.

Por esto, la reparación nunca puede ser igual a lo perdido, frente a lo cual lo único que se puede hacer es generar una opción para que lo simbólico permita reestructurar el orden de lo perdido con un nuevo sentido, pues lo que se representa no es la cosa del mundo

en sí (lo perdido), sino la recomposición que el psiquismo pueda hacer de dicha pérdida, un verdadero proceso de reinscripción continua de lo que representa.

Esto implica diferenciar el acto reparatorio que es lo que la justicia y la comunidad pueden propiciar de la reparación en sí misma.

EL CONCEPTO DE REPARACIÓN SIMBÓLICA DESDE UNA EXPERIENCIA EN COLOMBIA

La concepción de perjuicio moral en Colombia fue reconocida mediante acciones jurisprudenciales hacia 1920. En este sentido, se convierten en referentes obligados la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso de Villaveces, quien demandó a Bogotá para que la condenaran a devolver los restos de su esposa (Emilia Santamaría), los cuales —sin autorización alguna— habían sido exhumados y depositados en una fosa común. Ante esta circunstancia, la Honorable Corte reconoce un daño moral que debe ser reparado según los artículos 2341 y 2356 del Código Civil (Mancipe González, 2005).

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, el 23 de abril de 1947, en sentencias publicadas en la gaceta judicial tomo LI n°1971 y 1972, señaló que el daño moral podía ser objetivado, por lo que se estará ante un perjuicio moral objetivado, como cuando se afecta o se lesiona un interés de carácter extrapatrimonial o inmaterial que tiene repercusiones en el patrimonio de la víctima y genera un detrimento en él y, subjetivo, cuando la lesión se efectúe sobre aquellos aspectos sentimentales íntimos de una persona y que afectan intereses extrapatrimoniales o inmateriales. Es el daño moral puro, o daño al patrimonio afectivo de la víctima, si el daño se proyecta sobre la vida social o de relación del afectado (Mancipe González, 2005).

El perjuicio moral ha sido entendido por el Consejo de Estado como:

En relación con el perjuicio moral ha reiterado la Sala que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. (Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio como se cita en Mancipe González, 2005, p. 73)

Como afirma este autor (Mancipe, 2005), el problema de la reparación que afecta intereses inmateriales busca hacer más llevadera la pena, pues nunca la situación de la víctima podrá ser igual ni se podrá reestablecer a la situación en que se encontraba antes de haber sufrido la lesión. Esto implica un importante desprendimiento por parte del daño moral respecto de su equivalencia económica para dar paso a otro tipo de reparación, que es lo que aquí nos interesa.

Además, el Consejo de Estado en su evolución ha reconocido en el caso de muerte de dos o más seres queridos un daño moral mucho más profundo que el normal, lo cual da pie a pensar en aquellos daños infligidos a una población y preguntarse, frente a ello, si es posible pensar que pueda ser objeto de reparación o mitigación.

El trabajo realizado por un grupo de profesionales en la población de Trujillo (Valle del Cauca, Colombia) nos permite identificar algunos referentes que consideramos importantes (Botero, Solís, López y Velásquez, 2000).

Se parte de afirmar que el sujeto humano individual es también un sujeto social. Entonces,

el concepto de “sujeto” resulta esencial para establecer que, de esa obligatoria experiencia de relación con el otro, la existencia humana no es otra cosa que la asistencia a la imposibilidad de existir por fuera de la relación con ese otro. En relación con esto, afirma Lacan (1987):

La discontinuidad es, pues, la forma esencial en que se nos aparece en primer lugar el inconsciente como fenómeno, la discontinuidad en la que algo se nos aparece como vacilación. Ahora bien, si esta discontinuidad tiene ese carácter absoluto, inaugural en el camino que tomó el descubrimiento de Freud, ¿habremos de colocarla –como después tendieron a hacerlo los analistas– sobre el telón de fondo de una totalidad?

¿Es el uno anterior a la discontinuidad? No lo creo, y todo lo que he enseñado estos años tendía a cambiar el rumbo de esta exigencia de un uno cerrado, espejismo al que se aferra la referencia a un psiquismo de envoltura, suerte de doble del organismo donde residiría esa falsa unidad. Me concederán que el uno que la experiencia del inconsciente introduce es el uno de la ranura, del rasgo, de la ruptura. (p. 33)

Parte de lo interesante de esta afirmación es que se relaciona con la idea aristotélica del *zōon politikón*, puesto que se entiende que el hombre, para poder ser un verdadero ser humano, debe por razón de natura vivir con otros seres humanos en sociedad. Tal razón no significa que, por ello mismo, deba dejar de aprender a vivir con las otras personas en sociedad, implica que necesita vivir con otras personas, que debe aprender a vivir con esas otras personas particulares o específicas, y que debe relacionarse, al menos, en cuatro niveles diferentes:

1. Con los otros, es decir con las otras personas, los animales y las plantas.

2. Con lo Otro, en otras palabras, con las cosas, los fenómenos y las ideas.
3. Conigo mismo, es decir, con el mundo interior con el pretexto del reconocimiento e indagación de este.
4. Con las trascendencias, que deben ser entendidas no solamente en una dimensión religiosa, sino también en dimensiones humanas históricas, lo cual nos permite relacionarnos con personajes trascendentales como los grandes artistas (Miguel Ángel, Leonardo Da Vinci, Juan Sebastián Bach, Miguel de Cervantes Saavedra y tantos otros que han trascendido su época y han dejado un legado que nos llega y continúa).

Esta vinculación la realiza el sujeto humano al interior de la cultura, razón por la cual vale detenernos un instante para saber cuál es la definición de cultura. Nos referimos aquí no a la cultura de la normativa jurídica colombiana (Ley 397 del 7 de agosto de 1997), sino a otra cultura cuyos elementos puedan ser más fácilmente distinguibles en la práctica, por lo cual tomaremos la de *Declaración de Friburgo* (Unesco y Organización Internacional de la Francofonía, 2007):

El término “cultura” abarca los valores, las creencias, las convicciones, los idiomas, los saberes y las artes, las tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da a su existencia y a su desarrollo. (art. 2a)

En otras palabras, podríamos decir que la cultura es todo lo que el ser humano es capaz de producir como hijo de la sociedad que es. Por esta razón, interesa entender la cultura como aquello que tiene vinculación con las formas y los símbolos. Frente a esto,

La cuestión de qué es la identificación debe aclararse a partir de las categorías que desde hace años promueve aquí ante ustedes, a saber, las de lo simbólico, lo imaginario y lo real (...).

Atengámonos a los primeros aspectos, los más evidentes, de la experiencia del duelo. El sujeto se abisma en el vértigo del dolor y se encuentra en cierta relación con el objeto desaparecido que de alguna manera nos es ilustrada por lo que ocurre en la escena del cementerio. Laertes se arroja a la tumba y, abraza al objeto cuya desaparición es causa de ese dolor. Es obvio que el objeto resulta entonces tener una existencia tanto más absoluta cuanto que ya no corresponde a nada que exista. (Lacan, 2014, p. 371)

LA REPARACIÓN INTEGRAL

Como hemos visto, la idea de reparación integral está fundamentada en el texto de la *Convención americana de derechos humanos (Pacto de San José)* (OEA, 1969) que, en su artículo 63.1, más allá de lo ya indicado, implica el otorgamiento de medidas tales como: a) la investigación de los hechos; b) la restitución de derechos, bienes y libertades; c) la rehabilitación física, psicológica o social; d) la satisfacción, mediante actos en beneficio de las víctimas; e) las garantías de no repetición de las violaciones; y f) la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial (Calderón, 2013).

Cabe señalar que, en principio, dicha declaración solamente admitía como sujetos a los Estados, en tal sentido:

En el primer reglamento de la Corte IDH de julio de 1980, la Comisión interamericana era quien presentaba la demanda del caso ante la Corte Interamericana y representaba a las víctimas en todas las etapas, lo

cual implicaba que en la audiencia pública la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH” o “Comisión Interamericana”) en ocasiones acreditaba a las víctimas como asesores de la comisión para el caso. Con la reforma de 1996, se dio acceso a las víctimas a intervenir en la audiencia al exponer sus pretensiones en reparaciones, lo cual implicó escuchar las afectaciones específicas de las víctimas y sus necesidades para reestablecer su situación. Con la reforma reglamentaria de 2000, se incluyó la posibilidad de participar de modo autónomo e independiente en todas las etapas (excepciones preliminares, fondo y reparaciones, a través de su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante ESAP) y en las audiencias y en alegatos finales. Finalmente, con la reciente reforma de 2009, se modificó el papel de la Comisión Interamericana como garante del interés público interamericano y el inicio del proceso ante la Corte IDH con la remisión del informe de fondo. Las partes en litigio ante la Corte Interamericana son ahora los representantes junto con el Estado y con ello se pretende brindar mayor participación a las víctimas en el litigio internacional. (Calderón, 2013, p. 153)

Por lo anterior, la reparación del daño implica una obligación del Estado por su responsabilidad internacional y por ser un derecho fundamental de las víctimas.

Es significativo señalar que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el daño inmaterial sea el propio resultado de agresiones y vejámenes que las víctimas pueden haber sufrido por parte de los victimarios, en tanto que se puede experimentar un profundo sufrimiento de angustia, terror, impotencia e inseguridad. Este daño no requiere

pruebas, cuestión que se amplía a su familia que también es objeto de tales sufrimientos y, por ende, tampoco requiere ser probado el daño inmaterial. Cabe añadir que el daño psicológico se configura por la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica (Calderón, 2013).

En relación con esta definición del daño psicológico, si bien entendemos la concepción, nos parece muy radical por cuanto se debe entender que si la elaboración del trauma no se realiza de manera adecuada (como en los casos del estrés postraumático), no significa que no existan posibilidades de conseguir su reelaboración simbólica por medio de tratamientos especializados.

Así las cosas, la reparación integral comporta pues, al menos, tres aspectos principales: el reconocimiento de las vejaciones realizadas a las víctimas tanto directas como indirectas; la consideración que los daños generados tienen múltiples dimensiones que van desde el individuo afectado hasta el colectivo al cual se vincula y, por último, la integralidad de las medidas de reparación que buscan resarcir el daño y procurar una garantía de no repetición.

Dentro de las reparaciones en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, afirma Rodríguez (1996) que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del daño patrimonial, ha creado uniformidad en el modo de estimarlo. En cuanto al daño moral, ha existido unicidad sobre la justificación y la determinación de los beneficiarios, mas no respecto del cálculo del daño habida cuenta de las particularidades de cada asunto, pero indica que no deben seguirse los criterios civilistas usados en muchas legislaciones cuyo parámetro es una porción del daño patrimonial para calcular el moral por ser aje-

no a la equidad, como quiera que los ingresos de las víctimas fluctuarían mucho dependiendo de una gran cantidad de variables. Respecto de otras medidas de satisfacción (teniendo en cuenta que este escrito fue producido antes de la última reforma del reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), dice que se limitó a declarar que la sentencia condenatoria y la de reparaciones es ya una forma de indemnización.

Al decir de Theo Van Boven, relator especial de la ONU (como se cita en Rousset, 2011), la reparación integral puede presentarse como "1) la restitución; 2) la indemnización; 3) Proyecto de vida; 4) la satisfacción y las garantías de no-repetición" (p. 65).

En cuanto a las medidas de satisfacción que se enmarcan dentro del daño moral o inmaterial, podemos señalar que son respuestas a la idea de que el dolor y la aflicción surgen a propósito de las violaciones de derechos humanos sufridas por las víctimas, igualmente responden también a la obstaculización de valores altamente representativos para las víctimas y para sus condiciones de vida y son un equivalente a la violación de la integridad personal. En tal sentido, las medidas de satisfacción han de proveer a las víctimas de reparación en forma simbólica o representativa con impacto en la comunidad, el Estado y de manera pública (Rojas, 2010).

Por último, en cuanto a las garantías de no repetición, afirma Rojas (2010):

Las medidas de cesación y no repetición generan efectos sobre amplias situaciones de violaciones de derechos humanos. Por este motivo, se trata de garantías por excelencia, ya que tienen por finalidad corregir la falla que genera el ilícito a nivel interno. En su jurisprudencia constante, la Corte ha ordenado medidas que pueden clasificarse

en tres renglones: acción y revisión legislativa, investigación y acción judicial, y acción ejecutiva. (p. 120).

Como se deja expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido generando procesos de ampliación del problema jurídico de la reparación y de las medidas de satisfacción y no repetición que la han ubicado en la vanguardia mundial frente a Europa y África por lo avanzado de sus mecanismos. Lo que importa no es lo avanzado que se esté, sino que se logre involucrar no solamente una concepción de mundo y de vida mínimos en referencia con los derechos humanos, sino de reparar los daños que permitan a las comunidades y a los Estados cada día aumentar sus rasgos democráticos.

LA REPARACIÓN COLECTIVA

En Colombia, la Ley 975 (Congreso de Colombia, 2005) y la Ley 1448 (Congreso de la República de Colombia, 2011) son las normas que recogen los componentes de la reparación integral estructurados sobre la idea de “restitución”, por la cual se entiende las acciones que conlleven a devolver a las víctimas a la situación inmediata anterior a las vejaciones sufridas, de “rehabilitación”, que incluye atención médica y psicológica a las víctimas y familias en primer grado de consanguinidad, de “satisfacción” y “garantías de no repetición”, que comprenden una multiplicidad de presupuestos como los de verificación de los hechos y la difusión pública de la verdad judicial, búsqueda de desaparecidos y fallecidos y sus identificaciones de manera que incluyan las tradiciones culturales para sus sepelios, decisiones judiciales que han de restablecer la dignidad de las víctimas, disculpas públicas por los hechos sucedidos, sanciones a los víctima-

rios y violadores de los derechos, prevenciones de nuevas violaciones a los derechos humanos y, finalmente, la formación en derechos humanos de los responsables de sus violaciones.

Ahora, cuando un colectivo ha sido víctima de alguno de los siguientes eventos: (a) menoscabo de derechos ocasionado por la violación de los derechos colectivos, (b) la violación sistemática de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, o (c) el impacto colectivo de la violación de derechos individuales se entiende que es acreedor de una reparación colectiva.

En todo caso, la normativa de Colombia entiende que las medidas de reparación son tanto individuales como colectivas. Al hablar de las colectivas, el Decreto 4800 del 20 de diciembre de 2011 presenta cinco objetivos del Programa de Reparación Colectiva, a saber: 1) reconocimiento y dignificación de los sujetos colectivos victimizados, 2) reconstrucción del proyecto de vida colectivo y/o planes de vida y/o proyectos de etnodesarrollo, 3) recuperación psicosocial de las poblaciones y grupos afectados, 4) recuperación de la institucionalidad propia del Estado Social de Derecho, pluriétnico y multicultural, y 5) promoción de la reconciliación y la convivencia pacífica. Todo lo cual se estructura en tres componentes que agrupan lo siguiente: a) restablecimiento de las condiciones que permitan y potencien la existencia y el papel de comunidades, b) articulación de medidas materiales de reparación colectiva con otras medidas de la política pública y c) construcción de memoria histórica como aporte al derecho a la verdad del que son titulares los sujetos de reparación colectiva.

Así, la reparación colectiva se entiende como el conjunto de las acciones encaminadas a resarcir el daño colectivo ocasionado por la violación sistemática de los derechos humanos. Dentro de ella, se encuentran las medidas

de reparación simbólica que “no pretenden reparar lo que se perdió, sino lo que representa aquello perdido, especialmente en la medida en que es imposible reparar algunos de los perjuicios sufridos por las víctimas” (Organización Internacional para las Migraciones, Misión en Colombia, 2012, p. 39).

La implementación de la reparación colectiva pasa por tres tipos de enfoques que deben integrarse para lograr una reparación integral, tal como afirma la Organización Internacional para las Migraciones, Misión en Colombia (2012). Así, se habla de un enfoque de impactos sociales y culturales que analiza los efectos ocasionados por las violaciones, un enfoque de derechos que mira los derechos afectados y los daños generados caso a caso, y el enfoque psicosocial, que se acerca a las afectaciones en salud mental y en recuperación del tejido social.

LA REPARACIÓN CULTURAL

El derecho ha venido señalando un camino vinculado con la reparación simbólica pues, a través de pequeños pasos, ha ampliado su significación simbólica y la ha deslizado hacia lo que hemos considerado en llamar “reparación cultural”. Es así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha generado una serie de medidas de satisfacción y garantías de no repetición, para lo cual ha propuesto ya más de treinta y seis medidas de referencias que han sido ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estas medidas (que iniciaron con la mera lectura de sentencias, pasando por disculpas, monumentos, hospitales, escuelas, eventos reiterados, manifestaciones artísticas, entre otras) han puesto en escena un verdadero “deslizamiento” que da nacimiento a una reparación cultural. ¿Por qué? Porque, como vimos anteriormente, lo más característico del ser

humano es su capacidad de simbolización y el uso de los lenguajes y, para estructurar un símbolo, solo es posible hacerlo entre las personas y al interior de una cultura.

Frente a las violaciones vividas en Colombia, se propone que tanto afectados como agresores comparten la misma visión del mundo. En nuestros tiempos, si algo define a la barbarie en la que estamos inmersos es justamente la acumulación del no saber qué hacer, por cuanto lo no sabido emerge como un significativo característico de la época, mientras que todo lo sabido choca con una realidad que lo denuncia (cuando no ineficaz) reproductor de lo ya conocido por la siniestralidad de sus efectos. Así, nuestra propuesta es la instauración de lo no sabido como un significativo capaz de lanzarnos a una pluridimensionalidad de soluciones.

Nos interesa resaltar que la idea de lo simbólico no es solamente como la entiende el derecho, frente a lo cual la psicología hace un importante aporte. Para entender la reparación cultural, es importante comprender que aquellos símbolos que son producidos por la comunidad pueden ser usados en diversas maneras, pero que, tratándose de justicia transicional, serían aquellas formas simbólicas producidas por la comunidad con el ánimo de morigerar el dolor de las víctimas, hablar elaboradamente (con cualquiera de los lenguajes hablados, escritos, pintados, musicalizados, danzados, actuados, etc.) de los sucesos acaecidos de violación de los derechos humanos y colectivos que sufrieron, aceptar en forma comunitaria tal verdad e incorporarla en su cultura, las que pueden facilitar el desarrollo de los duelos individuales y colectivos.

En vinculación con lo antes expuesto, la reparación cultural en el derecho no adquiere un verdadero sentido hasta que las acciones realizadas por parte del Estado sobre justicia y reparación surjan de las preguntas y el diálogo

con la comunidad y, en particular, con las víctimas. Estas respuestas deben surgir de la cultura misma de la comunidad como producto del debate y la reflexión acerca del hecho. Entonces, se podrán proponer formas simbólicas enraizadas en esa cultura que habrán de colaborar en los procesos de duelos individuales y colectivos, verdad, aceptación de los hechos e incorporación de las víctimas y sus efectos a la cultura de la comunidad.

Para ello, resulta estratégica la forma de convocar, participar e involucrarse con la comunidad por parte de los agentes promotores de una reparación cultural, para lo cual constituye una experiencia interesante la relatada en el documento *Del daño a la reparación colectiva: la experiencia de 7 casos emblemáticos* (Organización Internacional para las Migraciones, Misión en Colombia, 2012).

Aquí, es importante entender que la cultura no es algo estático, sino dinámico y cambiante, pero que dadas las dinámicas que se propongan en el proceso de justicia transicional la comunidad puede reconocer ciertas limitaciones de su misma cultura y proponer su transformación, independientemente de que tales limitaciones sean fruto de violaciones de derechos humanos y colectivos. Ante esta perspectiva, la comunidad, los individuos e, incluso, el Estado deberán contribuir en la construcción de una cultura más estable, duradera y coherente con los derechos humanos como requerimientos mínimos para la dignidad y el desarrollo humano.

La reparación cultural de la que hablamos se construye desde abajo, centrada en las víctimas, sobre el léxico de la cultura y para la cultura democrática e incluyente: una simbolización culturalmente reparadora. Tal como señalábamos al inicio de este escrito, se trata de una propuesta estructurada para comunidades que poseen unos referentes identitarios

muy fuertes, que han sufrido una violación sistemática de sus derechos humanos y/o derechos colectivos, con lo cual, estaríamos hablando de que las acciones para una reparación cultural deberán ser solicitadas a nombre de la comunidad.

Por último, aún no está lista la manera metodológica para acercarse a estas comunidades, pero podrán recogerse los señalamientos aquí bocetados, junto con las correspondientes autorizaciones de la comunidad, pues en la medida que la comunidad haga consciente en sus deliberaciones este proceso simbólico, es probable que pueda generar un proceso de reparación cultural que tenga soporte en varios aspectos de su cultura, como las ya realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, numerosas y variadas (Bruno, 2013): publicación y difusión de la sentencia; realización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad; medidas educativas y de capacitación para víctimas; mecanismos de búsqueda de personas desaparecidas; búsqueda de los restos mortales de las víctimas; lugares adecuados para los restos mortales de las víctimas; reapertura de escuela y establecimiento de salud; suministro de bienes y servicios básicos; designación de días dedicados a la memoria de las víctimas; creación de monumentos, bustos y placas; denominación de calles, plazas y escuelas; realización y difusión de audiovisuales documentales; establecimiento de cátedras, cursos o becas con el nombre de las víctimas; mantenimiento y mejora de capilla; capacitación de agentes estatales; reforma y adecuación de normas; reforma constitucional por permitir censura previa; tipificación de delitos; derecho al recurso contra la sentencia condenatoria ante un tribunal superior; procedimiento en casos de pena de muerte; mecanismos para reclamar tierras ancestrales; regulación de la consulta previa a comunidades

indígenas; acceso a técnicas de reproducción asistida; legislación electoral; legislación sobre el reclutamiento de menores de edad para el servicio militar; normas relacionadas con la independencia judicial; reformas legislativas y otras medidas para garantizar la investigación efectiva de desapariciones forzadas; garantías en procedimientos administrativos y contenciosos administrativos; modificación y erradicación de prácticas violatorias de derechos humanos; actuación de las fuerzas armadas y de seguridad; personas privadas de libertad; condiciones de detención y trato respetuoso de sus derechos; consulta previa a la realización de actividades en territorios de pueblos

indígenas; acceso público a información y archivos estatales; acceso a información sobre prestaciones de salud y seguridad social para personas con discapacidad; interpretaciones judiciales respecto de la relación entre jueces provisorios y la garantía de independencia judicial; modificación de prácticas y desarticulación de estereotipos discriminatorios; medidas de afirmación positiva respecto de personas en situación de vulnerabilidad y, por último, investigación de los hechos, acciones que se han realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuyos sentencias base pueden leerse en el pie de página².

² Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador; Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005; Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003; Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005; Corte IDH Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003; Corte IDH Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003; Corte IDH Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004; Corte IDH Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012; Corte IDH. Caso Contreiras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011; Corte IDH. Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012; Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012; Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005; Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre 2004; Corte IDH Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003; Corte IDH Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011; Corte IDH. Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011; Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003; Corte IDH Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010; Corte IDH Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001; Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004; Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012; Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005; Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012; Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012; Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Botero, E., Solís, R., López, M. y Velásquez, E. (2000). *Duelo, acontecimiento y vida. Consideraciones sobre la atención psicosocial: caso Trujillo, Valle*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública e Instituto de Derechos Humanos “Guillermo Cano”.
- Bruno, R. (2013). *Las medidas de reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: alcances y criterios para su determinación*. [Tesis de maestría]. La Plata: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.
- Calderón, J. (2013). La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. En Mac-Gregor Poisot, Caballero Ochoa y Steiner (Coord.). *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*. México: Instituto de investigaciones jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer.
- Castoriadis, C. (1993). *La institución imaginaria de la sociedad*. Buenos Aires: Tusquets editores.
- Decreto 4800. Por el cual se reglamenta la Ley 1448 de 2011 y se dictan otras disposiciones. (20 de diciembre de 2011). Diario Oficial de Colombia N° 48.280. Bogotá D. C., Colombia.
- Escudero, R. (2017). Debatiendo sobre la Justicia transicional: memoria, perdón y castigo. En Larrañaga, P., Cerdio, J. y Salazar, P. *Entre la libertad y la igualdad ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vásquez, tomo 1*, pp. 99-115. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Guilís, G. y Equipo de Salud Mental del CELS. (s.f.). *El concepto de reparación simbólica*. [Mimeo].
- Hinestrosa, F. (s.f.). *Derecho Civil. Obligaciones*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Lacan, J. (1953). Lo simbólico, lo imaginario y lo real. [Conferencia]. Recuperado de <https://lecturalacanianana.com.ar/lo-simbolico-lo-imaginario-y-lo-real/>

Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011; Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006; Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011; Corte IDH. Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012; Corte IDH. Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011; Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003; Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005; Corte IDH. Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012; Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003; Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012; Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011; Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012; Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011; Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012; Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012; Corte IDH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012; Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012.

- Lacan, J. (1971). El estadio del espejo como conformador del yo tal como se revela en la experiencia psicoanalítica. En *Los escritos de Jaques Lacan*. España: Siglo XXI Editores.
- Lacan, J. (1987). *Seminario 11. Los cuatro conceptos fundamentales del psicoanálisis*. Buenos Aires: Paidós.
- Lacan, J. (2014). *Seminario 6. El deseo y su interpretación, 1958-1959*. Buenos Aires: Paidós.
- Ley 957. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. (25 de julio de 2005). Congreso de Colombia. Diario Oficial de Colombia N° 45.980. Recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2013/04/Ley-975-del-25-de-julio-de-2005-concordada-con-decretos-y-sentencias-de-constitucionalidad.pdf>
- Ley 1448. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. (10 de junio de 2011). Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial de Colombia N° 48096. Recuperado de <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-1448-de-2011.pdf>
- Mancipe González, A. (2005). *Los perjuicios inmateriales en la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia*. [Trabajo de grado]. Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2020.pdf> [15 de agosto de 2019].
- Nanclares, J. y Gómez, A. (2017). La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectiva. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 17(33), pp. 59-80. Recuperado de <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/899>
- O'Donnell, G. (1994). Delegative Democracy. *Journal of Democracy*, 5(1), pp. 55-69. Estados Unidos: National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins University Press.
- Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). *Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José)*. San José, Costa Rica.
- Organización Internacional para las Migraciones, Misión en Colombia. (2012). *Del daño a la reparación colectiva: la experiencia de 7 casos emblemáticos*. Recuperado de https://publications.iom.int/system/files/pdf/del_dano.pdf
- Oxfam International. (2018). *Premiar el trabajo, no la riqueza*. Recuperado de <https://oxfam.app.box.com/s/eosi27xj7nxuywys-r06d734ct1xyuev/file/267209868165>
- Patiño, A. (2010). Las reparaciones simbólicas en escenarios de justicia transicional. *Revista Latinoamericana de derechos Humanos*, 21(2), pp. 51-61. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27292.pdf>
- Puccetti, G. (2017). *La reparación simbólica como paradigma de respuesta ante violaciones a derechos fundamentales*. [Tesis de maestría]. Madrid: Instituto Universitario en Estudios Avanzados "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos 3 de Madrid.
- Rodríguez, V. (1996). Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 23, pp. 130-150. Recuperado de <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1620/revista-iidh23.pdf>
- Rojas, J. J. (2010).
- Rousset, A. J. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Re-*

- vista Internacional de Derechos Humanos*, 1, pp. 59-79. Recuperado de <http://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/a1-n1-2011-art03.pdf>
- Saussure, F. (1993). *Curso de lingüística general*. Madrid: Alianza Editorial.
- Unesco y Organización Internacional de la Francofonía. (7 de mayo de 2007). *Declaración de Friburgo*. Recuperado de https://culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf

Las acciones oblicuas o subrogatorias en el federalismo fiscal argentino en defensa de la autonomía municipal

Oblique or Subrogatory Actions in the Argentine Fiscal Federalism in Defence of Municipal Autonomy

Tobías Larregui¹

Resumen

Las personas se agrupan por lazos íntimos, por necesidad o, simplemente, por espontaneidad. La convivencia es una realidad que nadie puede negar; el hombre no vive solo, y las relaciones interpersonales se hacen insoslayables. He aquí la primera razón sociológica de la existencia del municipio, figura central en la estructura de cualquier Estado, cuya proximidad al ciudadano lo convierte en cauce natural de participación y es responsable directo de un sinnúmero de necesidades básicas.

El presente trabajo busca resaltar la importancia del municipio tantas veces olvidada, tantas veces solapada. Su valor sociológico ha devenido en un reconocimiento constitucional de existencia y autonomía y, pese a haber obtenido tal reconocimiento, ha sido y sigue siendo fuente de debate entre la doctrina política, constitucional y administrativista. De este modo, nos ocuparemos aquí de la situación de los municipios de Argentina frente al federalismo fiscal, a fin de determinar si dichos entes alcanzan la autonomía constitucionalmente garantizada y, en su caso, la legitimación de sus acciones de defensa. Para ello, el núcleo esencial de la presente investigación lo constituye la ley de coparticipación a la luz de la Constitución Nacional, en particular, su funcionamiento irregular, el rol de la Comisión Fe-

Abstract

People are grouped together either by intimate ties, by necessity or simply by spontaneity. Coexistence is a reality that no one can deny; man does not live alone, and relationships become unavoidable. This is the first sociological reason for the existence of the municipality, central figure in the structure of any State, whose proximity to the citizen makes it a natural channel of participation, and responsible for a number of direct basic needs.

The present work seeks to highlight the importance of the municipality, so often forgotten, so often overlapped. Its sociological value has become a constitutional recognition of existence and autonomy and, despite having obtained such recognition, it has been and continues to be a source of debate among political, constitutional and administrative doctrines.

Thus, this work then focuses on the situation of the municipalities of Argentina with regard to fiscal federalism in order to determine whether these entities achieve constitutionally guaranteed autonomy, and, if so, the legitimacy of their defense actions. To this end, the essential nucleus of the present investigation is the law of co-participation in light of the National Constitution, in particular, its irregular operation, the role of the Federal Tax

Derecho / ensayo científico

Citar: Larregui, T. (2020). Las acciones oblicuas o subrogatorias en el federalismo fiscal argentino en defensa de la autonomía municipal. *Omnia. Derecho y sociedad*, 3 (3), pp. 55-82.

¹ Universidad Nacional de Córdoba. Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Derecho Tributario, Universidad Nacional de Córdoba; magíster en Gestión y Administración Pública, Universidad de Cádiz, España; doctorando en Derecho, Universidad de Cádiz, España. Docente adscripto en Derecho Tributario, Universidad Nacional de Córdoba. Docente interino en Legislación Tributaria, Instituto Superior Villa del Rosario, Córdoba. larreguitobias@gmail.com

deral de Impuestos como autoridad de aplicación y el procedimiento ante ella.

Finalmente, se diagramará un mecanismo de defensa de autonomía municipal en el marco del federalismo fiscal ante situaciones especialmente contempladas, con el objeto de fortalecer institucional y políticamente al ente municipal y así otorgarle la voz y el peso específico que dicho orden de gobierno merece en la materia.

Palabras clave: autonomía municipal - poder tributario - coparticipación - transferencias - acciones oblicuas

Commission as enforcement authority and the procedure before it.

Finally, a defense mechanism of municipal autonomy within the framework of fiscal federalism will be diagrammed in specially contemplated situations, in order to strengthen institutionally and politically the municipal entity, and thus giving it the specific voice and weight that such order of government deserves in the matter.

Keywords: municipal autonomy - tax power - co-participation - transfers - oblique actions

INTRODUCCIÓN A LA LEY DE COPARTICIPACIÓN EN SU LABERINTO. SUPUESTOS DE VIOLACIONES A LA LEY

La historia de las leyes de coparticipación en nuestro país se encuentra cargada de planteos en torno a su constitucionalidad. Nos enseñaba Spisso (2016) que, desde la aparición de este tipo de leyes de armonización de potestades tributarias y distribución de recursos, se despertó un intenso clamor que las juzgaba inconstitucionales por implicar una delegación de poder tributario de las provincias a favor del gobierno nacional. En este punto, hubiera sido conveniente algún planteo ante la Corte Suprema de Justicia, pero lamentablemente no ha ocurrido. No obstante, en el fallo “Madariaga Anchorena Carlos Juan s/Demanda de inconstitucionalidad”, de manera trasversal el tribunal señala que

... el ordenamiento vigente en el país admite que las provincias puedan restringir convencionalmente el ejercicio de sus poderes impositivos mediante acuerdos entre sí, y con la Nación, no implicando esto que las provincias se hayan despojado de su potestad impositiva. (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina [CSJN], 1958, Fallos, 242:280)

Las voces en contra de la constitucionalidad de este tipo de leyes se acallaron, al menos en su faz normativa, con la reforma constitucional de 1994 que viene a diagramar en el art. 75 inc. 2 una suerte de legitimación de las leyes convenio y a situar a la coparticipación en un estadio constitucional, tal como lo señala el máximo tribunal en el fallo “El Cóndor Empresa de Transportes S.A. c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa” (CSJN, 2001, Fallos, 324:4226).

Sin embargo, no debemos perder de vista que la actual Ley N° 23.548 cuenta con un vicio de origen a causa de su prolongada vigencia, a pesar de ser un “régimen transitorio”. La prórroga indefinida al culminar los dos años de su entrada en vigor hasta tanto se sancione una nueva ley de coparticipación la ha transformado en el más permanente de los regímenes (Bulit Goñi, 2003). Más aún cuando por cláusula transitoria sexta de la Constitución Nacional se ordenaba dictar una nueva ley de coparticipación antes de terminar el año 1996, la cual se encuentra en franco y pasivo incumplimiento.

Actualmente, la Ley N° 23.548 es el régimen troncal de la coparticipación federal de impuestos en nuestro país, pero no puede decirse que es el único, ya que existe una serie

de instrumentos que igualmente forman parte de nuestro federalismo de concertación². En este sentido, existen regímenes especiales de distribución de recursos, como lo encontramos en la Ley N° 23.966 de creación de impuesto a los combustibles que supone su coparticipación o la Ley N° 24.464 de creación del Sistema Federal de Vivienda, los acuerdos entre los poderes ejecutivos de las provincias y el Estado Nacional conocidos como “pactos fiscales”, y la creación de impuestos con afectaciones específicas que disminuyen la masa coparticipable. En definitiva, estos instrumentos producen una serie de detracciones, preparticipaciones y recortes porcentuales que debilitan el federalismo fiscal en desmedro de los estados provinciales, y producen así lo que se conoce como “laberinto de la coparticipación”³.

Como primer punto importante, debemos recordar la jerarquía de este tipo de leyes en el marco del federalismo fiscal, es decir, una ley-convenio o bien un instrumento que tiene “cuerpo de contrato y alma de ley”, tal como surge de las palabras del constituyente Héctor Masnatta en el diario de sesiones taquigráficas de la Convención Nacional Constituyente (1994).

Más aún, en el fallo “Agueera” (CSJN, 1997, Fallos, 322:1781), si bien referido estrictamente a pactos fiscales, se manifiesta que estos instrumentos forman parte de nuestro federalismo de concertación que parte de los órganos principales de la organización constitucional como lo son las provincias y el Estado Nacional y, por lo tanto, esta particularidad los sitúa en una diversa jerarquía dentro del derecho federal. Por muchos años, la doctrina interpretó

que dicha “diversa jerarquía” no era otra cosa que una jerarquía superior, lo que comulgaba con la recepción constitucional de que las leyes-convenio no podían ser modificadas unilateralmente ni reglamentadas.

Dicho pensamiento fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia con el fallo “Santa Fe” donde, en palabras del máximo tribunal,

Dichos pactos fiscales, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configuran el derecho intrafederal y se incorporan una vez ratificados por las legislaturas al derecho público interno de cada Estado provincial, aunque con la diversa jerarquía que les otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional los ubica con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes (Fallos: 322:1781 y sus citas).

8°) Que esa jerarquía superior que cabe reconocerle a los acuerdos intrafederales y a las leyes-convenio es inherente a su propia naturaleza contractual en la que concurren las voluntades de los órganos superiores de la Constitución en aras de alcanzar objetivos comunes. (CSJN, 2015, Fallos, 538:2009)

En cuanto a la naturaleza de este tipo de leyes, ha sido denominada “ley-contrato” por la mayor parte de la doctrina, aunque hay quienes ven en ella la naturaleza de tratado

² Tal como lo entendía el profesor Frías, es decir, bajo la idea de un federalismo no estático o puramente normativo, sino contractual: bajo acuerdo entre la Nación y las provincias, o las provincias entre sí (Frías, 1998).

³ Expresión acuñada en 1995 por el profesor de la Universidad de Toronto Richard Bird en el marco de su visita como invitado a la Argentina, en su función de consultor del Banco Mundial, recordado por Casas (1996).

interprovincial (Pérez Hualde, 1999). Lo que no está en discusión es el origen o germen de este tipo de leyes, que parte de acuerdos previos entre Nación y estados provinciales, tal como surge del art. 75 inc. 2 de nuestra Constitución Nacional, lo que nos sitúa en el concepto de “pacto”. Si bien el párrafo n.º 5 del artículo citado establece el requisito de la “aprobación” de la ley por parte del estado provincial, debe entenderse como “adhesión”, de lo cual se puede concluir que ni está obligada la provincia a someterse a ella, ni su adhesión la somete con carácter retroactivo al momento del dictado de la ley.

Pérez Hualde (1999), en sabias palabras, plantea:

Las provincias adhieren o no a una ley que pretende instrumentar el ejercicio de una facultad compartida, que invisten Nación y Provincia, y que ha sido elaborada sobre la base de acuerdos en los cuales ellas han sido participantes activas. Las provincias se adhieren porque sin su concurso esa norma carece por completo de validez. (p. 69)

Por consiguiente, dada esta estructura y naturaleza particular de las leyes-convenio propias de nuestro federalismo de concertación, surge la imposibilidad de su reglamentación o modificación unilateral, en el sentido establecido por la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 2. La única forma o procedimiento válido para modificar algún aspecto de nuestra coparticipación o demás pactos en la materia es mediante otra ley con el acuerdo pertinente de las provincias⁴, de modo esta se incorpore al derecho interno provincial con jerarquía superior.

Lamentablemente, todo lo expresado anteriormente no se condice con la realidad. La Ley N° 23.548, como régimen troncal, no opera tal cual como fue diseñada.

LOS PACTOS FISCALES

El 12 de agosto de 1992, el presidente, para entonces Dr. Carlos Menem, suscribe con los gobernadores provinciales un acuerdo fiscal, cuyo objetivo principal era “asistir a las necesidades sociales básicas, especialmente aquellas vinculadas al sector pasivo”, lo cual recibió el nombre de “Pacto Fiscal I”, ratificado luego por Ley N° 24.130.

Dicho pacto, entre diferentes materias de claro contenido económico y social en lo referente a coparticipación, autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a detraer de carácter previo a la distribución primaria hasta un 15 % de la masa coparticipable con destino al financiamiento de sistema de la seguridad social, y hasta un monto fijo de \$ 43.800.000 mensuales para atender desequilibrios fiscales de determinadas provincias. La aceptación de las provincias implicaba el compromiso de Nación de garantizarles en concepto de coparticipación conjunta mensual un monto de \$727.000.000.

Por su parte, el 12 de agosto de 1993, el gobierno federal y los estados provinciales acuerdan un nuevo pacto, conocido como “Pacto Fiscal II” (Decreto N° 14/94). El principal objetivo de este nuevo pacto era la política tributaria, para lo cual las provincias asumían una serie importante de obligaciones que giraban en torno a suprimir o modificar impuestos provinciales que se consideraban distorsivos. Asimismo, el pacto aumentaba la detracción

⁴ Dicha conclusión es sustentada no solo por las resoluciones interpretativas 12/92 y 13/92 de la Comisión Federal de Impuestos, sino también por dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes 103-6 y 201-36).

mensual para cubrir desfinanciamiento de provincias de \$ 43.000.000 a \$ 45.800.000. Las obligaciones asumidas en el marco del acuerdo por parte de las provincias eran algunas de cumplimiento inmediato y otras de cumplimiento progresivo. Como contrapartida, el Estado Nacional se obligaba a aumentar la garantía mínima de coparticipación a las provincias de \$ 727.000.000 a \$ 740.000.000.

En este punto, es conveniente recordar que este pacto fue prorrogado de manera sucesiva por diferentes leyes nacionales, lo cual llevó a determinar su vencimiento en 2006, por lo cual se decidió su incorporación de manera unilateral por parte del Estado nacional en la ley de presupuesto N° 26.078. La disposición en la ley de presupuesto que procedía a prorrogar el Pacto Fiscal II no fue ratificada por todas las provincias y dio lugar, en palabras de Berteau (2011), a un “mapa asimétrico” en el cumplimiento de las obligaciones tributarias de las provincias, sumado a la desigual vigencia de ratificaciones que el Pacto Fiscal II contenía del Pacto Fiscal I.

Entre estas últimas ratificaciones contenidas en el Pacto Fiscal II sobre el Pacto Fiscal I, encontramos la detracción previa a la mesa coparticipable del 15 % con destino al sistema de seguridad social, que dio lugar al fallo “Santa Fe” anteriormente citado (CSJN, 2015, Fallos, 538:2009), sumado a los fallos de resolución en cadena de “Córdoba” (CSJN, 2015, Fallos, 786:2013) y “San Luis” (CSJN, 2015, Fallos, 191:2009).

Pueden encontrarse ejemplos de pactos fiscales posteriores en el acuerdo llamado “Primer compromiso federal” suscripto el 6 de diciembre de 1999 y ratificado por Ley N° 25.235, el cual eleva la garantía mínima de coparticipación provincial a \$ 1.350.000.000, con compromisos económicos de las provincias; el “Compromiso federal para el crecimiento y la

disciplina fiscal” suscripto de forma definitiva el 20 de noviembre del 2000 y ratificado por la Ley N° 25.400, que también recepta obligaciones económicas de las provincias y un compromiso de Nación de elevar la garantía mínima a \$1.364.000.000; y los recientes “Consenso Fiscal de 2017”, ratificado por la Ley N° 27.429 y su adenda (2018), y el “Consenso Fiscal de 2019” suscripto el 17 de diciembre de 2019 y ratificado por la Ley N° 27.542.

Lamentablemente, el recorte de la masa coparticipable no termina aquí. En los primeros años de la década del 90, el gobierno nacional emprendió un fuerte proceso descentralizador del gasto, y transfirió a las provincias los principales servicios que otrora prestaba la Nación, entre ellos, el sistema educativo mediante la Ley N° 24.049 y el sistema de salud.

La paradoja es que la transferencia de tales servicios no vino acompañada de la transferencia de las correspondientes “fuentes tributarias” para solventarlos. Nótese que utilizamos comillas, y esto es relevante, ya que lamentablemente lo que las provincias reclaman —aunque muchas lo hagan sin demasiado vigor— es la transferencia de recursos, una especie de transferencia condicionada de Nación, cuando lo que debieran reclamar es la reasunción de sus potestades tributarias a fin de solventar el gasto que los servicios transferidos insumen.

EL PROBLEMA DE LAS ASIGNACIONES ESPECÍFICAS

Dos son los textos normativos que tienen incidencia en este título. Por un lado, la Constitución Nacional que, en su art. 75 inc. 3, establece la facultad del congreso de “establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta

de la totalidad de los miembros de cada Cámara” y, por el otro, la actual ley de coparticipación N° 23.548, cuyo artículo 2 establece que la masa coparticipable se constituirá con el producido de todos los impuestos nacionales existentes y a crearse, bajo excepciones, entre otras, de “los impuestos y contribuciones nacionales con afectación específica a propósitos o destinos determinado”.

A simple vista, y como señala Spisso (2016), pareciera que nos encontramos ante una facultad exorbitante establecida por la propia Constitución Nacional, que es capaz de desnaturalizar la esencia convencional de la ley convenio, ya que se autorizaría a la Nación a sustraer fondos de la masa coparticipable a las provincias. En otras palabras, estaría modificando lo adherido por la provincia afectada.

A fin de amalgamar la facultad otorgada al Congreso de la Nación sin atentar contra el espíritu federal de este tipo de leyes-convenio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Provincia de Sta. Fe c/Estado Nacional” (2015, Fallos, 538:2009) establece que las asignaciones específicas son un modo de financiación excepcional y, por lo tanto, de interpretación restrictiva, siendo la regla la integralidad de la masa coparticipable.

Al respecto, Bulit Goñi (1995) señala:

En cuanto a cómo se haya debido dispo- nerse esa afectación para sortear la copar- ticipación, si de manera unilateral por el nivel nacional o concertada con las pro- vincias, advierto que debe efectuarse una diferenciación: 1) Si se trata de una afecta- ción anterior a la reforma constitucional, y posterior a la ley 23.548, ha de haber sido

establecida con el consentimiento de las provincias (art. 2 inc. d. ley 23548). b) En cambio, si se trata de una afectación a dis- ponerse con posterioridad a la vigencia de la reforma constitucional, considero debe entenderse que el nuevo inc. 3 del art. 75 ha venido a abrogar, para lo futuro, al cita- do art. 2 inc. d, de la ley 23. 548, por lo que tal afectación puede disponerla unilateral- mente el nivel nacional, con dos requisitos: Que sea por tiempo determinado y que lo decida una ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de miem- bros de cada Cámara.⁵ (p. 984)

Sostenemos esta última interpretación por ser la asumida por la Corte Suprema de Justicia en el fallo oportunamente menciona- do que, a la vez, da sustento a los argumentos del Ministerio Público Fiscal en su dictamen perteneciente a la causa “Provincia de San Luis c/Estado Nacional” (CSJN, 2016, Expe- diente CSJ 315/2009).

Desafortunadamente, tuvimos que espe- rar a que una causa judicial llegase a nuestro máximo tribunal de justicia para poner las cosas en el camino correcto. Sea cual fuere la interpretación que se le dé a este tipo de insti- tuto jurídico, lo cierto es que el inc. 3 del art. 75 deja, al menos, abierta la puerta para que una ley dictada en el Congreso de la Nación con las particularidades mencionadas modifique la masa coparticipable y resienta la integralidad como garantía de federalismo.

Las asignaciones específicas, llamadas más bien “afectaciones”, fueron el vehículo utiliza- do “a diestra y siniestra” por parte de la Nación para desligarse de los convenios suscriptos con las provincias en el marco del federalismo

⁵ Coincidimos con Berteau (2016) cuando señala como requisito adicional consistente la “especificidad de los fondos” a modo de evitar posibles desvíos hacia caja de rentas generales que desnaturalizan este tipo de afectaciones.

de concertación en materia impositiva de manera unilateral⁶. Lo ideal sería, como plantea correctamente Espeche (2016), que si Nación quiere incluir en la ley-convenio un impuesto con una asignación específica, primero debe sancionar la ley que le quite dicha condición para luego poder incluirla en el régimen y, del mismo modo, si se pretende una detracción en la masa coparticipable por la creación de una afectación específica, se requiere de un acuerdo de voluntades con las provincias mediante ley-convenio.

Así las cosas, mientras no se pongan límites cualitativos y cuantitativos a esta atribución, continuará en franca contradicción con toda la arquitectura establecida por el art. 75 inc. 2⁷, por constituir una detracción unilateral de la masa coparticipable.

LA EVOLUCIÓN HACIA UN SISTEMA DE TRASFERENCIAS DIRECTAS

En tanto el régimen troncal del federalismo fiscal no funciona tal y como fue diagramado por la Ley N° 23.548, en palabras de Berteau (2010), “Desde el año 2003 se viene observando un deslizamiento del federalismo fiscal argentino hacia un régimen mixto, donde conviven el de “participación” con el de “transferencias (o asignaciones) condicionadas”, también denominado programas federales de gobierno” (p. 57).

Si bien la prolongada utilización del sistema de coparticipaciones en nuestro país nos ha llevado a una idea de que es el único sistema posible, o bien, viable en nuestro país, la experiencia internacional demuestra lo contrario. A pesar de

que la reforma constitucional de 1994 nos lleve a pensar incluso que existe impedimento constitucional para optar por otro sistema, la realidad actual nos muestra la clara modificación o tendencia hacia un sistema con cada vez menos asignaciones y más transferencias, y un centralismo feroz del Estado Nacional.

El debilitamiento del federalismo fiscal es notorio, especialmente, cuando de un simple análisis se puede observar que mediante diversos procedimientos es el Estado Nacional quien centraliza la recaudación de los principales impuestos y detrae fondos a las provincias, muchos de ellos posteriormente distribuidos en forma discrecional, sin criterios objetivos reconocibles o con inclinaciones partidistas.

Resulta imperioso recuperar la senda del federalismo y, desde nuestra materia, propiciar el cumplimiento constitucional del dictado de una nueva ley de coparticipación con los presupuestos establecidos por los constituyentes. No obstante, tampoco sería descabellado —más bien, sería altamente razonable— pensar en comenzar un diálogo en pos de adoptar un nuevo sistema de distribución de potestades tributarias que respete la autonomía de los niveles de gobierno inferiores.

Sostenemos que no tiene andamiaje jurídico alguno concluir que el constituyente ha sentenciado la viabilidad de únicamente el sistema de coparticipaciones si analizamos el devenir histórico de su inclusión constitucional. Este último tuvo como fundamento acallar las voces que veían una inconstitucionalidad manifiesta de dichas leyes-convenio ante la “renuncia” no válida de potestades tributarias de las provincias.

⁶ Hernández (2008) se pronunciaba al respecto: “en efecto, a las detracciones efectuadas a la distribución primaria mediante el expediente de las asignaciones específicas, que comenzara en el gobierno del Dr. Menem 21, se ha sumado el impuesto al cheque y especialmente, las retenciones a las exportaciones de soja, maíz y trigo” (p. 18).

⁷ Para profundizar al respecto, véase Spisso (2007).

SUPUESTOS DE VIOLACIONES NO DENUNCIADAS POR LAS PROVINCIAS Y SU INFLUENCIA SOBRE LOS MUNICIPIOS

La asignación de recursos entraña poder y, como tal, es una de las materias más politizadas en nuestro federalismo. Por desgracia, quienes son los principales actores del régimen no siempre alzan sus voces en reclamo de las irregularidades y las violaciones cometidas por el Estado Nacional.

Es importante tener en cuenta que nuestro federalismo fiscal se estructura bajo el llamado “Derecho Intrafederal de Concertación” (CSJN, 1997, Fallos, 322:1781), que se inspira en la búsqueda de un régimen concurrente en el cual las potestades nacionales y locales se unen en el objetivo de lograr una política uniforme en beneficio común. De este modo, el sistema no permite ningún tipo de modificación unilateral, y requiere así la voluntad de todos los sujetos federales que concurren a configurarlo.

Sin embargo, las violaciones existen de igual modo que existen los mecanismos para defender la naturaleza jurídica de ley-convenio, donde la Comisión Federal de Impuestos (como autoridad de aplicación de la Ley N° 23.548) tiene un rol superlativo en todo el sistema y establece los procedimientos necesarios de reclamo. Pero ni en la ley de coparticipación ni en el reglamento interno de la Comisión Federal de Impuestos se le otorga a esta autoridad o eje de acción alguna cuando la provincia perjudicada por una irregularidad o violación en el marco del federalismo fiscal decide no actuar en consecuencia, es decir, cuando no asume ningún tipo de acción o reclamo en contra del proceder contrario a derecho del Estado Nacional.

Por supuesto, la provincia perjudicada no se encuentra obligada a iniciar el reclamo pertinente, pero de esta forma estamos olvidando una cuestión esencial que parte del art. 123 de la Constitución Nacional, y es el reconocimiento de la autonomía municipal. Esta omisión de actuar por parte de la provincia deja en el desamparo fiscal a sus municipios, los cuales —dada la fuerte concentración de recursos en el Estado Nacional y el paulatino deterioro que se ha ido generando a sus arcas fiscales desde la sanción de la ley N° 23.548 a través del concepto técnico de “analogía”⁸— se ven imposibilitados de crear sus propias fuentes de financiamiento, cuestión que es clave para entender el contenido del término “autonomía”.

De esta forma, no es descabellado pensar que cuando se habla de los problemas económicos de los municipios, en realidad, estamos hablando de un problema estrictamente financiero, de asignación de recursos agravado, por supuesto, por el contexto de crisis que vive el país. Así, tenemos que los municipios se financian o, más bien, subsisten gracias a transferencias directas que provienen mayoritaria y paradójicamente del régimen de coparticipación.

En conclusión, toda violación o irregularidad en la distribución determinará una merma en la masa coparticipable a las provincias, que en definitiva constituyen los principales recursos con los que hoy subsisten los municipios de nuestro país. Por lo tanto, de no reclamarse o denunciarse las constantes violaciones al régimen, el principal perjudicado pasa a ser el municipio. Esto se agrava cuando observamos que el municipio no cuenta con voz en cuestiones de federalismo fiscal (ya que no son considerados sujetos federales) y, más

⁸ “Que se obliga a no aplicar por sí y a que los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción, sean o no autárquicos, no apliquen gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por esta Ley” (Ley N° 23.548, art. 9 inc. b).

aún, cuando en la mayoría de las constituciones provinciales se los obliga a respetar los convenios federales firmados por la provincia sin protagonismo en los acuerdos previos.

La ley de coparticipación ratifica en su artículo 10 la vigencia de la Comisión Federal de Impuestos como organismo de control creado por la legislación antecedente, la Ley N° 20.221. Acto seguido, el artículo 11 establece como función de dicha Comisión controlar el estricto cumplimiento por parte de los respectivos fiscos de las obligaciones que contraen al aceptar este régimen de distribución.

Ahora bien, al momento de analizar la ordenanza procesal del citado organismo (Resolución de Plenario N° 91/2004) se advierte que esta tiene aplicación únicamente ante supuestos contemplados el artículo 11, inciso d) de la Ley N° 23.548, y en aquellas que se deriven del ejercicio de la atribución conferida también a la Comisión Federal por el inciso e) de la misma norma⁹, los cuales se refieren a oposición de gravámenes nacionales o locales a las disposiciones de la ley de coparticipación¹⁰ o a la sanción de resoluciones generales interpretativas. Asimismo, del art. 6 del Reglamento Interno de la Comisión Federal de Impuestos (Resolución N° 501) se extrae como

competencia del Comité Ejecutivo la actuación de oficio o a pedido de las jurisdicciones legitimadas, a fin de decidir si los gravámenes nacionales o locales se oponen o no —y, en caso afirmativo, en qué medida— a las disposiciones del régimen de coparticipación¹¹.

Pareciera, por lo tanto, que todo procedimiento establecido ante la Comisión Federal de Impuestos que provenga de su actuación de oficio, o bien, a pedido de las jurisdicciones legitimadas se refiere únicamente a supuestos de creación de impuestos análogos a los nacionales coparticipados, situación que se refleja en las obligaciones asumidas por las provincias —para sí y para sus municipios— en el art. 9 inc. b), y por la Nación en el art. 8.

No obstante, de la ley de coparticipación N° 23.548 como régimen troncal de nuestro sistema de federalismo fiscal surgen una serie mayor de obligaciones emergentes que son aceptadas sin reservas por los estados concurrentes. De esta forma, el incumplimiento puede encontrarse en cada una de las obligaciones, o en la obligación madre que surge de la naturaleza de régimen concurrente como “federalismo de concertación”, imposible de ser modificado de manera unilateral por parte de alguno de los estados intervinientes.

⁹ “La presente Ordenanza Procesal tiene su ámbito específico de aplicación en las causas encuadradas en el artículo 11, inciso d) de la Ley 23.548, en las que se deriven del ejercicio de la atribución conferida también a la Comisión Federal por el inciso e) de la misma norma, en ambos casos con sus equivalentes en iguales incisos del artículo 12 de la Ley 20.221 t.o. en 1979 y sus modificaciones” (Resolución de Plenario N° 91/2004, art. 2).

¹⁰ “Decidir de oficio o a pedido del Ministerio de Nación, de las provincias o de las municipalidades, si los gravámenes nacionales o locales se oponen o no y, en su caso, en qué medida a las disposiciones de la presente. En igual sentido, intervendrá a pedido de los contribuyentes o asociaciones reconocidas. Sin perjuicio de las obligaciones de aquellos de cumplir las disposiciones fiscales pertinentes. Art. 11 inc. e): Dictar normas generales interpretativas de la presente ley” (Ley N° 23.548, art. 11, inc. d).

¹¹ “Serán funciones del Comité Ejecutivo: Decidir de oficio o a pedido del Ministerio de Economía de la Nación, de las provincias, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las Municipalidades, si los gravámenes nacionales o locales se oponen o no, y en su caso en qué medida, a las disposiciones del Régimen de Coparticipación. En igual sentido intervendrá a pedido de los contribuyentes o asociaciones reconocidas, sin perjuicio de la obligación de aquellos de cumplir las disposiciones fiscales pertinentes” (Reglamento Interno Resolución N° 501, art. 6 inc. 4).

Particularmente, esta última derivación lógica de la naturaleza concurrente del régimen es la que más debilitamiento ha generado por el actuar del Estado Nacional. Es más, de la ordenanza procesal no se extrae un procedimiento adecuado para su reclamo cuando los estados provinciales afectados por el actuar del Estado Nacional no proceden a su denuncia, ya sea por cuestiones meramente políticas, acuerdos futuros o, sencillamente, por no iniciar un tedioso reclamo.

En consiguiente, en parte, nuestro régimen de federalismo actual es la causa de pasividad de las provincias y de recurrentes acuerdos políticos, donde se reclama más obras o más distribución, y cada vez hay menos responsabilidad en el gasto.

Omitir la denuncia origina perjuicios en los estados municipales. Como dijimos anteriormente, estos no tienen ni voz ni voto en la creación del régimen, ni condición de “parte” ante la Comisión Federal de Impuestos, es decir, no son “sujeto del régimen federal” —se les reserva una simple condición de coadyuvante— y quedan así sometidos al desamparo fiscal.

No olvidemos que, como expresamos anteriormente, los municipios en Argentina viven y subsisten a través de transferencias directas que provienen de este régimen, en tanto por el art. 9 de la Ley N° 23.548 tienen prohibido crear cualquier impuesto análogo a los coparticipados los cuales, dada la escasez de fuentes tributarias libres, serán prácticamente todos.

En consiguiente, toda violación o irregularidad en la distribución proveniente del régimen producirá una merma en la masa coparticipable, lo cual, si no es reclamado por la provincia afectada, repercutirá en los recursos dirigidos a los municipios, sin darles a estos posibilidad cierta de denuncia alguna, ya que deben respetar todo convenio firmado por la provincia.

EL PROCEDIMIENTO DE DENUNCIA ANTE LA COMISIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS EN EL FEDERALISMO FISCAL

La Comisión Federal de Impuestos, en atención a lo establecido por la ley de coparticipación federal de impuestos en su art. 110, se instituye como la autoridad de aplicación de la ley. Asimismo, la reforma de 1994 eleva el rango del organismo fiscal federal como autoridad de la ley de coparticipación a dictarse, lo cual puede o no coincidir con la actual Comisión Federal de Impuestos, pero, en la medida que este no cambie en la nueva ley de coparticipación a dictarse, debe identificarse con ella (Ekmekdjian, 1997).

Las funciones que hoy en día tiene previsto este organismo federal emergen de la propia Constitución Nacional, de la ley de coparticipación y, en su derivado, de lo normado por la Resolución de Comité Ejecutivo N° 501/2011. En consiguiente, y como primer punto, decimos que la Comisión Federal de Impuestos tiene el control y fiscalización de todo lo establecido por el art. 75 inc. 2 de la Constitución Nacional. A su vez, en su artículo 11, la ley de coparticipación N° 23.548 define como funciones de la Comisión, entre otras, el contralor del estricto cumplimiento por parte de los respectivos fiscos de las obligaciones que contraen al aceptar este régimen de distribución, pero, como se verá a continuación, el procedimiento ante esta solo contempla situaciones de analogía tributaria, lo cual muestra inconsistencias respecto de la pasividad provincial.

El procedimiento ante la Comisión Federal de Impuestos es regulado por la Ordenanza Procesal (Comisión Federal de Impuestos, Resolución Plenario N° 91/2004), la cual en su artículo primero establece que, conforme a las leyes N° 20.221 y 23.548, toda causa que

le compete sustanciar a la Comisión Federal de Impuestos se ajustará a sus disposiciones. Sin embargo, acto seguido, en su art. 2, señala que la Ordenanza Procesal tiene ámbito específico de aplicación en las causas encuadradas en el artículo 11, inciso d) de la Ley N° 23.548, y en las que se deriven del ejercicio de la atribución conferida también a la Comisión Federal por el inciso e) de la misma norma.

En cuanto a la legitimación para reclamar ante la Comisión Federal de Impuestos, se establece que podrán asumir la condición de parte en el proceso los fiscos contratantes, los contribuyentes y las asociaciones reconocidas, en cuanto resulten afectados. Se deja bien en claro que al hablar de “fiscos contratantes” solo se hace referencia a la Nación, las provincias y, naturalmente, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como sujetos propiamente dichos del federalismo fiscal. Por su parte, al hacer mención a los municipios y a los organismos nacionales o provinciales, autárquicos o no, solo se les reserva la calidad de coadyuvantes sin posibilidad de adquirir condición de parte.

Recibida una demanda por el Comité Ejecutivo, bajo los requisitos que el art. 11 de la Ordenanza Procesal prevé, se dará traslado de ella a la Nación o la provincia que corresponda, con entrega de las copias pertinentes para que la conteste en el término de treinta (30) días. Producida la contestación, la Comisión, si así lo considera oportuno, podrá abrir la causa a prueba. Si así ocurriera, producida esta última, se certificará por secretaría y se notificará a las partes para que en plazo de quince días acompañen sus alegatos.

Vencido el plazo para alegar, o bien, declarada de puro derecho la cuestión, se tendrá por concluida la sustanciación de la causa y se dará vista a la asesoría jurídica y —en caso de corresponder— a la asesoría financiera,

ante lo cual la Comisión Federal deberá dictar resolución en el término de sesenta (60) días contados desde que fuera corrida la vista aludida, fecha que podrá prorrogarse por razones fundadas según lo establece el art. 15 de la Ordenanza Procesal.

La Ordenanza Procesal prevé, de igual forma, la sustanciación del procedimiento recursivo a las resoluciones del Comité Ejecutivo. En este sentido, las partes podrán solicitar revisión por parte de la Comisión Federal, en escrito que será debidamente fundado y se interpondrá dentro de los sesenta (60) días de la notificación de aquellas, bajo apercibimiento de ser declarado desierto. Del escrito de recurso, se dará traslado a la contraparte que podrá contestarlo en un plazo de diez (10) días.

El plenario de representantes de la Comisión Federal de Impuestos funciona como órgano de segunda instancia. Este, una vez contestado el traslado del recurso o vencido el término para hacerlo, dictará resolución definitiva en el término de sesenta (60) días, salvo que dos tercios de los representantes presentes durante su tratamiento resolvieran prorrogarlo. Si el recurso careciera de fundamento suficiente, se lo declarará desierto.

La resolución de la Comisión Federal de Impuestos adoptada por simple mayoría es definitiva y de cumplimiento obligatorio para los fiscos intervinientes, sin perjuicio del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación con arreglo al artículo 14 de la Ley N° 48, el que no tendrá efecto suspensivo. No obstante, desde el fallo “Transportes Automotores Chevallier” la Corte Suprema de Justicia (1994, Fallos, 310:2092) ha venido desestimando este tipo de recursos.

La Ley de coparticipación N° 23.548 establece en su art. 13 que la jurisdicción afectada por una decisión de la Comisión Federal

de Impuestos deberá informar a la Comisión, dentro de los noventa (90) días corridos contados a partir de la fecha de notificación de la decisión no recurrida, o de los sesenta (60) días corridos contados a partir de la fecha de notificación de la decisión recaída en el período de revisión todas las medidas que haya adoptado para su cumplimiento. Si así no lo hiciera, el organismo federal tiene potestad para ordenar al Banco de la Nación Argentina que se abstenga de transferir a aquella los importes que le correspondan sobre lo producido del impuesto a distribuir análogo al tributo impugnado, hasta tanto se dé cumplimiento a la decisión del organismo.

Asimismo, declarado un tributo análogo a otro coparticipable, queda expedita la vía de reclamo de devolución de lo pagado, sea en vía administrativa o judicial a sus respectivos fiscos por los contribuyentes afectados, sin necesidad de recurrir ante la Comisión Federal de Impuestos.

Por otro lado, independientemente de los casos de existencia de tributos análogos a los coparticipables bajo el procedimiento nombrado anteriormente, la Comisión Federal de Impuestos como autoridad de aplicación del régimen de coparticipación es competente para entender en materia de distribución de los recursos que provienen del Fondo de Aportes del Tesoro Nacional creado por el art. 3 de la Ley N° 23.548.

Del mismo modo, la Comisión Federal de Impuestos extiende su control y fiscalización a todo el régimen inherente a nuestro federalismo fiscal, y no solo al troncal ubicado en la Ley N° 23.548, por lo cual se reserva competencia sobre los pactos fiscales (Comisión Federal de Impuestos, Resolución General Interpretativa N° 10/1992), asignaciones específicas del art. 75 inc. 3 de la Constitución

Nacional (Comisión Federal de Impuestos, Resolución General Interpretativa N° 5/1991, Resolución General Interpretativa N° 13/1992 y Resolución de Plenario N° 97/2004, entre otras) y regímenes especiales de distribución (Comisión Federal de Impuestos, Resolución General Interpretativa N° 5/1991 y Resolución General Interpretativa N° 9/1992, entre otras).

VIABILIDAD DE LAS ACCIONES OBLICUAS O SUBROGATORIAS EN EL FEDERALISMO FISCAL EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

Previo a todo examen sobre la extrapolación de las acciones oblicuas o subrogatorias al federalismo fiscal argentino, es necesario llevar a cabo dos estudios. En primer lugar, nos detendremos en el significado y el fundamento legal de este tipo de acciones y, posteriormente, analizaremos la legitimación de los municipios en cuestiones de federalismo fiscal.

LA ACCIÓN OBLICUA O SUBROGATORIA

Entendemos a las acciones oblicuas o subrogatorias como originarias del derecho privado, pero bajo nuestro punto de vista, no existen inconvenientes para llevar a cabo su extrapolación —con las especialidades que el derecho financiero y tributario pueda brindarles— hacia el derecho público, y al federalismo fiscal propiamente dicho.

Llambías (1997) explicaba que la acción subrogatoria es “una facultad conferida a los acreedores, en virtud de la cual ellos pueden gestionar los derechos del deudor que éste deja abandonados” (p. 169). El ámbito de su actuación queda reservado a aquellas situaciones en que una persona no ejercita sus derechos contra sus deudores por motivos tales como la desidia, el desinterés, la imposibili-

dad material, entre otras¹²¹³.

Si analizamos su fundamento, podemos ubicarla en el principio de responsabilidad universal del deudor. Nótese que un simple cambio de los términos “acreedor” y “deudor” —a través del influjo del derecho financiero y tributario— por “nivel de gobierno superior” y “nivel de gobierno inferior” nos permite hablar de responsabilidad en la distribución de recursos en el marco del federalismo fiscal, al tiempo que mantenemos el fundamento de la acción.

En este sentido, señala el catedrático español Montes (1995):

¿Es posible sustraer por entero la acción subrogatoria del principio de la responsabilidad ilimitada del deudor? Difícilmente. Si se permite al acreedor ejercitar los derechos del deudor al objeto, entre otras finalidades, de que pueda cobrar lo que se le debe, pa-

rece obvio que un instrumento de ese tipo debe guardar relación con el sistema legalmente establecido de que todo el patrimonio del deudor está afectado al cumplimiento de su débito. (p. 49)

Con respecto a la naturaleza jurídica de la acción, Pizarro y Vallespino (1999) realizan un análisis detallado de las diferentes posturas. Nos permitimos seguir la doctrina de Carnelutti, quien plantea la teoría de la legitimación extraordinaria y expresa que la acción subrogatoria denota la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de su posición respecto al objeto del acto. Continúan explicando los autores antes citados que la formulación distingue la legitimación directa —correspondiente al titular del derecho—, y la legitimación extraordinaria que permite en ciertos supuestos realizar un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica ajena¹⁴.

¹² Con respecto a las condiciones relativas del deudor, Montes (1995) se expide: “la inercia y solo la inercia del deudor, la circunstancia de que dejen de ejercitarse por su parte, los derechos que le conciernen en el contexto en el que se dibuja la acción subrogatorias es suficiente para que quede expedita la vía de esta, porque el legislador no atiende a vigilar la conducta del deudor en orden a sus derechos, sino a precaver los resultados perjudiciales de la misma en la esfera patrimonial de los acreedores” (p. 151).

¹³ En cuanto a la cuestión terminológica, señala Sánchez de Bustamante (1945): “Se dice que es oblicua porque el acreedor, en vista de que el deudor abandona el ejercicio de sus derechos, elimina el inconveniente de su pasividad y actúa en su nombre y lugar cortando al sesgo para alcanzar el fin que se propone; indirecta, por cuanto el acreedor no peticiona en nombre propio, sino en el del deudor y a través de los derechos o del patrimonio de éste, y también porque es un medio subsidiario de hacer ingresar o conservar bienes de ese patrimonio, para recién caer sobre ellos con una acción directa; y subrogatorias porque el acreedor su subroga o sustituye al deudor para obrar en su lugar” (p. 19).

¹⁴ En nada se contradice este planteo con la postura de Borda (2008), quien la define como “una acción ejercida por el acreedor por derecho propio, que le ha sido otorgada por ley en forma directa, como que es parte de los remedios concedidos por la ley para obtener el cumplimiento de las obligaciones, todo ello sin perjuicio de que, ante el tercero, el actor accione en nombre y lugar del deudor” (p. 234); ni de Sánchez de Bustamante (1945), quien al avanzar sobre las posturas que ven a la acción subrogatorias como un “mandato” o como una “representación”, expresa: “Hemos dicho que la acción oblicua pertenece al acreedor por derecho propio, y ha sido otorgada en forma directa y expresa por la ley, y es parte integrante de los remedios concebidos para obtener el cumplimiento de las obligaciones. Es un atributo inherente al derecho subjetivo, para su protección y defensa utilizable sin necesidad de obtener el consentimiento previo del deudor, ni de solicitar autorización judicial. Pero tiene un doble aspecto [...] 1) Es un derecho propio del acreedor, que ampara su interés personal, facultándolo a poner en movimiento los derechos y acciones del deudor, con el objeto de obtener la tutela del poder público a fin de hacer reconocer y cumplir la pretensión debida al segundo. [...] 2) Frente al tercero el acreedor acción en nombre y lugar del deudor, cuyos derechos invoca y trata de que sean reconocidos” (pp. 101-102).

Tenemos, entonces, una acción con claro objetivo conservatorio¹⁵¹⁶ que busca una integración del patrimonio del deudor. Es, a su vez, una acción individual e indirecta, en el sentido de que cualquier acreedor puede iniciarla, subrogándose en los derechos del deudor y reemplazándolo en su ejercicio, pero tendrá por efecto que lo conseguido no ingresará directamente a su patrimonio, sino que se dirigirá al patrimonio del deudor originario.

Para analizar los presupuestos de legitimación, es necesario remitirnos a las disposiciones legales de nuestro derecho que receptan esta acción. Originalmente, la acción provenía del Código Velezano que la ubicaba en el art. 1196 como efecto de los contratos, lo que despertaba críticas de la doctrina que planteaba la acción como independiente de la causa que daba vida a la obligación. Hoy, el *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina* recepta esa doctrina, y ubica a la acción de manera autónoma en el art. 739, capítulo de "obligaciones": "El acreedor de un crédito cierto, exigible o no, puede ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si

éste es remiso en hacerlo, y esa omisión afecta el cobro de sus acreencias".

De esta manera, podemos observar que cualquier acreedor de manera individual puede ejercer la acción, la legitimación es amplia, solo se requiere como presupuesto un crédito cierto que le dé fundamento, pero sin necesidad de que este sea líquido¹⁷¹⁸. Aunque el *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*¹⁹ establezca que no se requiere para el ejercicio de la acción autorización judicial previa²⁰, es cierto que el acreedor subrogante debe demostrar un interés legítimo, que no será otro que la inacción de su deudor, como así también el empobrecimiento o falta de integración del patrimonio del deudor por su inacción.

Señala Sánchez de Bustamante (1945), en torno al interés del acreedor:

La expresión comúnmente usada es la de interés serio y legítimo; frase ecléctica comprensiva de cualquier situación y que claramente da a entender que los acreedores pueden valerse de la acción oblicua solo cuando realmente tienen necesidad

¹⁵ Señala Nicoló (1953): "la acción subrogatorias ostenta un cometido exclusivamente conservatorio, en el sentido que representa un medio para asegurar la realización coactiva del derecho de crédito" (pp. 9-10).

¹⁶ No desconocemos la opinión de Borda (2008) quien señala que, en realidad, se trataría de una acción *sui generis*, no asimilable a las figuras clásicas de medidas conservatorias o ejecutivas.

¹⁷ Es importante aclarar que es indiferente cuál sea el hecho constitutivo del derecho de crédito.

¹⁸ Señala Borda (2008): "No parece razonable exigir que sea líquido en el momento de promover la demanda, si de todos modos es cierto, además, no se duda que esta acción es procedente respecto de obligaciones de dar o hacer, y en estos casos no puede hablarse de deuda líquida. Más dudosa puede resultar la exigencia de la exigibilidad; pero también aquí nos inclinamos por negar que éste sea un requisito indispensable, y por sostener que también los acreedores a término o los condicionales pueden ejercer esta acción, que para ellos desempeñará un importante papel conservatorio" (p. 244).

¹⁹ "El ejercicio de la acción subrogatoria que prevé el artículo 1196 del Código Civil no requerirá autorización judicial previa y se ajustará al trámite que prescriben los artículos siguientes" (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, art. 111).

²⁰ Resulta lógico ya que la vía subrogatorias puede ser utilizada tanto en fase judicial como en la extrajudicial. Messineo (1954) plantea que "el contenido de la subrogación no es necesariamente una acción judicial, pudiendo tratarse de ejercicio de derechos en vía extrajudicial, tal como ocurre con los derechos reales o la interrupción u oposición de la prescripción" (p. 147).

de actuar, no para molestar inútilmente. 2) El interés nace o puede surgir de una serie variada de hechos relacionados al crédito, a la conducta del deudor y al patrimonio de éste, tanto desde el punto de vista de su solvencia como de los derechos susceptibles de ejercicio [...] c) Además el interés debe poder ser apreciado desde el punto de vista de su finalidad práctica. [...] 3) Indudablemente el interés de quien pretende ejercer cualquier acción debe concretarse en una utilidad. [...] El art. 1196 C.C reconoce al acreedor el derecho de poner en actividad los derechos y acciones de su deudor: este poder no es otra cosa que la protección de su interés, consisten en la facultad de realizar los actos necesarios para obtener el cumplimiento actual o futuro de la prestación. En consecuencia, basta exponer esa razón dando los motivos que obligan a obrar, para que proceda la demanda si prima facie se encuentran reunidas las condiciones fundamentales a ese efecto. (pp. 329-332)

En este sentido, Montes (1995), refutando cualquier postura que refiera a la necesidad de demostrar la insolvencia del deudor subrogado, explica:

El interés del acreedor en actuar vendría impuesto por la prudencia ante el temor de que pudiera sufrir quebranto su dere-

cho por la desatención patrimonial que su deudor muestra, y así todo quedaría reducido a un estado precautorio que se pone en marcha para evitar males futuros y para prevenir que el acreedor pueda llevarse la desagradable sorpresa, a la hora de que intente la realización de su derecho, de que el patrimonio del deudor carece de las fuerzas precisas para atender de manera cumplida semejante realización. (p. 140)

Por otro lado, los cuerpos legales argentinos mencionados se detienen a señalar la obligación de citar al deudor subrogado para que comparezca al juicio respectivo, ya sea para formular oposición a la acción del acreedor subrogante, o para decidir actuar e interponer demanda contra sus deudores²¹.

Ahora bien, con respecto a los efectos de la acción oblicua o subrogatoria, se produce una subrogación procesal, puesto que el acreedor subrogante actúa en representación ajena, pero con interés propio en un proceso con el objeto de ejercitar los derechos del deudor subrogado frente a sus acreedores, a fin de integrar su patrimonio para luego satisfacer su acreencia con este. No debemos perder de vista que el acreedor subrogante no es titular del crédito que reclama por vía oblicua, por lo cual, la acreencia ingresará no a su patrimonio, sino al del deudor subrogado, siempre recordando que se trata de una acción meramente conservatoria²².

²¹ "A antes de conferirse traslado al demandado, se citará al deudor por el plazo de DIEZ (10) días, durante el cual éste podrá: 1) Formular oposición, fundada en que ya ha interpuesto la demanda o en la manifiesta improcedencia de la subrogación. 2) Interponer la demanda, en cuyo caso se le considerará como actor y el juicio proseguirá con el demandado" (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, art. 112).

²² De esta forma podemos ver que el éxito de la acción oblicua o subrogatorias favorecerá a todo acreedor del deudor subrogado, en atención a que este será integrado su patrimonio, prenda común de todos sus acreedores. En este sentido, Sirvent García (1997) expresa: "cuando el acreedor ejercita la acción subrogatorias se coloca en la posición que como acreedor tiene su deudor frente al tercero, debiéndole reclamar lo que este adeude. El resultado de esta reclamación pasará al patrimonio del deudor, y solo después podrá actuar el acreedor contra los bienes

LOS MUNICIPIOS Y LA LEGITIMACIÓN ACTIVA

El respeto al federalismo guía la construcción de nuestro régimen de coparticipación, cuyo eje troncal se encuentra en la Ley N° 23.548, más aún luego de la reforma constitucional de 1994²³. El federalismo no es una dádiva que reciben las provincias de la Nación, ni tampoco representa la puja permanente de los recursos por una mejor distribución, tal como afirmó el senador por corrientes Romero Feris, en la novena reunión de la 51 sesión ordinaria de la Honorable Cámara de Diputados (26 y 27 de junio de 1988). El federalismo es el faro detrás de extensos debates que llevaron a crear el régimen actual, con la deficiencia temporal de no contemplar la condición autonómica de los municipios, ya que para 1988 reinaba la concepción autárquica del ente municipal. No obstante, a raíz de la reforma constitucional de 1994, es necesario interpretar constitucionalmente el régimen de coparticipación, de una manera armónica y en consonancia con la autonomía municipal garantizada.

La nueva categoría en que se sitúa al municipio desde la reforma constitucional de 1994 exhorta a una interpretación del federalismo fiscal que respete la trilogía de poder y que otorgue a los municipios una voz fuerte en la materia. No obstante, sin los mecanismos de defensa necesarios, la voz se diluye, y da paso al vaciamiento de su autonomía.

Creemos conveniente receptor la legitimación de las acciones oblicuas tal como fueron diagramadas, con el objeto de superar aque-

llas situaciones donde los medios actuales se vuelven inconsistentes ante la pasividad de los estados provinciales, al menos, hasta que se logre el consenso político para alcanzar una nueva ley de coparticipación donde se le dé participación a este nivel de gobierno olvidado.

Resulta necesario analizar la legitimación de los estados municipales en cuestiones de federalismo fiscal para dar peso argumentativo a la utilización de las acciones oblicuas ante las situaciones planteadas anteriormente. Párrafos atrás, señalamos que el interés que sustentaría la legitimación activa municipal a dichas acciones se encuentra en el desinterés o la pasividad del nivel de gobierno provincial ante situaciones de violación del régimen de federalismo, lo cual deja al municipio en el desamparo fiscal y financiero.

No obstante, fuera del ejercicio de las acciones oblicuas que planteamos como viable, la materia de federalismo fiscal pareciera encontrarse fuera del alcance de los municipios. Para explicar esto, notemos que el art. 75 inc. 2 de la Constitución Nacional, al establecer el procedimiento para la sanción de una nueva ley de coparticipación, determina que esta debe provenir o ser fruto de “una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias”; para acto seguido señalar entre quiénes se distribuirá la masa: “La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará...”. Por lo cual, no se hace referencia a los municipios ni en la creación de la ley ni en la distribución pese a su autonomía reconocida por el art. 123.

recuperados” (p. 45).

²³ Lo cierto es que la ley de necesidad de reforma constitucional N° 24.309 habilitó a la convención constituyente que se conformaría a tratar el tema de la distribución de competencias entre la Nación y las provincias respecto de la prestación de servicios o en materia de gastos y recursos y, dentro de este y especialmente, el de coparticipación federal. Estos puntos se ubicaban bajo el título “Fortalecimiento del Régimen Federal”, cuestión no soslayable. Asimismo, se habilita el debate sobre la incorporación de la autonomía municipal.

Por otro lado, en la ordenanza procesal de la Comisión Federal de Impuestos, el municipio no alcanza el carácter de parte, más bien, se lo recepta como posible coadyuvante. La condición de parte sustancial continúa siendo para Nación y provincia, “por ser las partes contratantes del régimen”.

Sectores de la doctrina consideran que el municipio no debe ser tenido como un sujeto de coparticipación, sencillamente porque la propia Constitución Nacional los omite en el art. 75 inc. 2 y, por lo tanto, toda ley que así los recepte será inconstitucional por ir en contra de la carta magna. En este sentido, Pérez Hualde (1999) señala:

La calidad de sujeto que puede imponer contribuciones conforme a la Constitución convierte al municipio en un partícipe necesario en el debate tendiente a la coordinación y racionalización de las cargas impositivas, pero de ningún modo lo convierte en sujeto del propio acuerdo federal que implica la ley convenio que prevé el art. 75 inc. 2. (p. 29)

Desde nuestra perspectiva, sostenemos que el municipio ha elevado su estatus sin desmedro alguno de las provincias. La autonomía garantizada por el art. 123 determina un reconocimiento a la trilogía del poder, lo cual refuerza su posición en la estructura federal. Por lo tanto, el federalismo fiscal argentino evoluciona al incorporar nuevos sujetos²⁴.

Por otro lado, es la propia constitución en el art. 75 inc. 30²⁵ la que les reconoce poder

tributario, presupuesto básico del concepto de autonomía que sostenemos, lo que vuelve a traer el ideario federal de unión nacional a la mesa de discusión, ante la cual es necesaria una coordinación y armonización del poder tributario para un mejor despliegue de dicho poder sin solapamientos.

Pero no solo debemos quedarnos con la realidad normativa. En los hechos, resulta que el municipio termina siendo un beneficiario directo de la coparticipación federal, aunque no se encuentre en el texto constitucional a la hora de la distribución. Esto ocurre, sencillamente, por las siguientes cuestiones:

- 1) Primeramente, porque es la propia ley de coparticipación N° 23.548 la que establece como obligación de las provincias establecer un “un sistema de distribución de los ingresos que se originen en la Ley [23.548] para los municipios de su jurisdicción” (art. 9, inc. g). Por lo cual, en última instancia, es la propia ley la que reconoce, o bien, erige a los municipios como beneficiarios de los recursos. La calidad de beneficiarios en primera o segunda instancia no cambia la cuestión.
- 2) La situación actual de desfinanciamiento estructural de los municipios originada en la imposibilidad fáctica de crear impuestos — dado al concepto técnico de prohibición de analogía— y la ausencia de fuentes tributarias libres determinan que el municipio subsiste de su calidad de beneficiario de los fondos coparticipables, nacionales y provinciales.
- 3) Es ilógico, irrazonable y, a todas luces,

²⁴ No desconocemos doctrinas que opinan que la consagración de la autonomía municipal viene a reforzar la presencia del municipio en la relación federal, más no a título directo, sino a través de las provincias a las cuales se adscriben, por tal razón no se incluyen en la distribución de la coparticipación según la carta magna. Para profundizar acerca de este asunto, véase Ábalos (2013).

²⁵ “Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos” (*Constitución de la Nación Argentina*, art. 75, inc. 30).

contrario a la autonomía municipal que se impongan obligaciones a los municipios por intermedio de las provincias, sin instaurarlos como beneficiarios directos de la coparticipación²⁶.

Para apoyar nuestra postura, citamos la opinión de Garat (2009a):

A partir de la reforma de 1994, con el reconocimiento de la autonomía municipal y la adopción formal del sistema de coparticipación federal los municipios, incluidos como beneficiarios de la distribución en el actual régimen transitorio de la Ley 23.548, deberían continuar siéndolo en la futura ley convenio, ya no sólo porque lo dispongan sus respectivas Constituciones Provinciales (cuando ello así ocurre) sino como consecuencia de la elevación de su "status" constitucional. (p. 54)

En definitiva, no existen inconvenientes hoy en día ni en el aspecto normativo ni en el terreno fáctico para situar al municipio en pie de igualdad para discutir la materia de federalismo fiscal. Aunque reconozcamos que la trilogía de poder enmarcada en la Constitución Nacional desde la reforma no determina igualdad de competencias, facultades y, en definitiva,

poder entre dichos niveles, nada obsta a que el municipio, al respetar las relaciones de subordinación, discuta con su provincia cuestiones de su interés para que, luego, sea la provincia quien los traslade como interlocutor ante el estado nacional.

Esta interpretación que postulamos es la que debe guiar el régimen de coparticipación actual y el próximo a dictarse en cumplimiento de la manda constitucional y, a la postre, determinará y legitimará a los municipios a reclamar cualquier tipo de afectación capaz de repercutir en su financiamiento.

VIABILIDAD DE LA EXTRAPOLACIÓN DE LA ACCIÓN OBLICUA AL DERECHO PÚBLICO

Los problemas de inconsistencia originados en los procedimientos establecidos positivamente, y que no permiten dar una respuesta satisfactoria en casos de pasividad provincial frente a las alteraciones unilaterales al régimen troncal de federalismo fiscal, son argumentos a favor de la utilización de acciones oblicuas en la materia:

1) Las singularidades propias del derecho financiero permiten adoptar este tipo de acciones nacidas en el marco del derecho privado sin ningún inconveniente, lo cual permite una adaptación total al derecho público, sin des-

²⁶ No obstante, debemos hacer notar, tal como lo sostiene Spisso (2018), que es impensable lograr un acuerdo si los compromisos que asumen las provincias no obligaran a sus municipios, convenio que no tendría, por otra parte, razón de ser si el propósito esencial de evitar la superposición de tributos sobre una misma fuente pudiese ser soslayado impunemente por los Estados municipales. No ha de verse, entonces, en tales exigencias emanadas de los pactos fiscales un desconocimiento de la autonomía municipal, salvo supuestos de desviación de poder en los que se pretenda privar a los municipios de los recursos mínimos indispensables para desempeñar sus cometidos, circunstancia excepcional que en su caso deberá probarse debidamente (véase Spisso, 2018). En el mismo sentido Garat (2009b) reflexiona: "¿pueden las provincias obligarse por sus municipios autónomos? Pensamos que la respuesta es afirmativa en tanto ello se produzca sin afectar la esfera de autonomía en materia tributaria que cada Constitución provincial reconozca a sus municipios. Pero además, aun cuando ese ámbito de autonomía constitucional sea invadido por el contrato federal tributario, no se afectarán efectivamente los derechos de los municipios mientras éstos consientan tal estado de cosas *tácitamente*, sea por *acción* (recibir los fondos distribuidos o cumplir las obligaciones que les son impuestas) o por *omisión* (abstenerse de cumplir las obligaciones a su cargo)" (p. 104).

medro de la naturaleza jurídica y fundamento de la acción. En nada impide este accionar la consideración de no autonomía del derecho financiero. En palabras de Espeche (2016):

Consideramos que el hecho de que el derecho financiero no sea una rama jurídica autónoma en modo alguno pone en luto o en un plano inferior a esta disciplina jurídica; por el contrario, es su especial característica singular, que requiere el verdadero conocimiento de todo el derecho para adentrarse en las particulares características de complejidad que posee, que lo hace una disciplina jurídica excepcional, viva y dinámica que exige necesariamente su estudio didáctico especializado. (p. 79)

2) Nada impide modificar terminológicamente los sujetos procesales en la respectiva acción; esto es, deudor subrogante = nivel de gobierno subrogado, acreedor subrogante = nivel de gobierno subrogante. Dichas modificaciones en los sujetos no alteran la relación jurídica inherente a la acción respectiva. Nótese que en todos los casos un nivel de gobierno actuará en representación ajena, pero con interés propio en un procedimiento contra un tercero —con calidad de nivel de gobierno—, de igual forma que contra un tercero deudor de su deudor.

3) La extrapolación al derecho financiero en nada afecta al fundamento de la acción ubicado en el principio de responsabilidad universal. En este sentido, veamos que la ley troncal del sistema N° 23.548 garantiza, por influjo de la reforma constitucional de 1994, la integridad de la masa coparticipable, sumado a que el máximo tribunal ha dispuesto la imposibilidad de modificar el régimen de manera unilateral, como fue señalado.

La acción permite aumentar la garantía de integridad del sistema de coparticipación, que

en definitiva distribuye los recursos de los cuales hoy se nutren y subsisten los municipios de argentina. Es importante tener presente que es la propia ley de coparticipación la que establece como obligación de las provincias “diagramar un sistema de distribución de los ingresos que se originen en esta Ley para los municipios de su jurisdicción” (Ley N° 23.548, art. 9, inc. g).

4) El carácter conservatorio de la acción oblicua tampoco se ve afectado mediante la extrapolación al derecho financiero, toda vez que, en definitiva, lo que el nivel de gobierno subrogante buscará es integrar el “patrimonio”. Más específicamente, busca integrar el arca fiscal del nivel de gobierno superior que representa, al denunciar las violaciones o las irregularidades que afectan a la masa coparticipable, lo que en definitiva permitirá tener garantizado una distribución de recursos integral hacia su persona.

5) La acción no perderá sus caracteres de “individual”, ya que cualquier municipio como nivel de gobierno inferior puede entablarla y representar así al superior provincial, e “indirecta”, en tanto el municipio como nivel de gobierno inferior representará procesalmente a la provincia como nivel de gobierno superior en los reclamos por violaciones al régimen producidos por Nación. Estas violaciones producen un deterioro en los fondos a recibir por la provincia y, en definitiva, repercute en lo que el municipio recibirá mediante mecanismo de coparticipación provincial. Por último, la acción tampoco perderá su característica “facultativa”, puesto que ningún municipio se encontrará obligado a entablarla.

6) En cuanto a la legitimación activa, notamos que no se produce modificación sustancial alguna con la extrapolación de la acción al derecho financiero, en tanto siempre tendremos en sustancia un acreedor subrogante; como dijimos, nada dificulta modificar termi-

nológicamente al sujeto por nivel de gobierno subrogante. Este último (debido a la estructura del sistema de coparticipación vigente en nuestro país y la obligación que pesa sobre las provincias de establecer un mecanismo de distribución de recursos hacia sus municipios) pasa a tener la calidad de acreedor. Lógicamente, no en el sentido del derecho privado, aunque mantiene ciertas particularidades que lo asemejan. Es decir, el municipio se encuentra legalmente instituido como beneficiario de estos recursos en última instancia, por lo tanto, tiene derecho a ellos, los cuales la provincia no puede desconocer²⁷.

De esta manera, el municipio tiene un “crédito” contra la provincia, según las particularidades propias del derecho financiero y con el término adaptado a dicho rama del ordenamiento jurídico. Razonablemente, dicho “crédito” no tendrá la consideración de líquido o exigible, porque en definitiva eso dependerá de que ingrese al mecanismo de coparticipación provincial, pero dado el carácter conservatorio de la acción, nada impide que se la utilice para créditos de esta naturaleza.

7) En cuanto al interés legítimo que respalda la legitimación activa, este queda demostrado ante las innumerables ocasiones donde la provincia no ejercita sus derechos de reclamo ante violaciones al federalismo fiscal por parte del Estado Nacional. En definitiva, esto afecta la integridad de la masa coparticipable, lo cual repercute en los recursos a recibir que ingresarán al mecanismo de coparticipación provincial hacia sus municipios. Esta omisión de la provincia puede darse por desidia, desinterés, cuestiones políticas, acuerdos por obras,

y demás causas. Dicha inercia justificaría en todo sentido la utilización de la subrogación procesal mediante la acción que planteamos.

8) Dado a que, en definitiva, el nivel de gobierno inferior (el municipio, como proponemos) no es titular del “crédito” de la provincia contra el Estado Nacional (encargado de recaudar y distribuir los recursos en el marco de la coparticipación federal), no podrá disponer de manera alguna de él. En todo caso, ejercitada la acción con éxito, el “crédito” ingresará a las arcas fiscales de la provincia, para recién luego integrar la coparticipación provincial que determinará los recursos al municipio como nivel de gobierno subrogante.

9) La extrapolación de la acción oblicua o subrogatoria al derecho financiero de ninguna manera modifica la relación jurídica entre provincia y Nación, inherente a la particularidad de “federalismo de concertación” estructurado bajo leyes-convenio. El municipio subrogante no viene a afectar la estructura federal, ni a constituirse como un sujeto federal no incluido en el art. 75 inc. 2 de la Constitución Nacional. La acción solo produce una sustitución meramente procesal, de igual forma, tampoco otorga privilegio alguno al municipio que facultativamente decide entablar la acción respectiva. Cualquier éxito en esta beneficiará a los demás municipios ya que el “crédito” de provincia contra Nación se incorporará a sus arcas fiscales y, en definitiva, integrará la coparticipación provincial, según los porcentajes correspondientes.

10) La obligatoriedad de citar al deudor subrogado = nivel de gobierno subrogado = provincia al procedimiento una vez entablada

²⁷ Recordamos las palabras de Frías (1970): “negociar, aquí, es aproximar las bases empíricas a las bases teóricas, la realidad a la Constitución. Es también aludir a los sujetos de la negociación: El Estado federal y las provincias, por una parte, provincias y municipios por otro. Las provincias tienen que reivindicar de la Nación ciertos poderes económicos y políticos que les pertenecen. A su vez el municipio, en su orden propio, es acreedor de las provincias argentinas” (p. 62).

la acción no se imposibilita en absoluto, más bien resulta lógico y provechoso, ya que en todo momento la provincia podrá tomar posición y ejercer sus derechos respectivos contra un Estado Nacional que violenta el régimen convenido. Dicho actuar de la provincia determinará la cesación de la acción por ausencia del presupuesto de inactividad del subrogado, pero de manera alguna supone retrotraer actuaciones ya efectuadas.

11) Respecto a los procedimientos ante la Comisión Federal de Impuestos en el marco de la ley N° 23.548 y demás instrumentos del federalismo de concertación, la Ordenanza Procesal bajo Resolución Plenario N° 91/2004 establece como de aplicación supletoria para todo lo no expresamente regulado y que no se oponga a su letra el *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*²⁸. Ante la no regulación de las acciones oblicuas o subrogatorias en la ordenanza procesal se habilita, por lo tanto, la aplicación supletoria de lo regulado en el código de procedimiento respecto a dichas acciones.

Nótese que en ninguna medida la regulación que hace el *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina* se opone a lo establecido por la Ordenanza Procesal. Alguien puede decir que una remisión supletoria colocaría al municipio en un estadio sustancial de

“parte” en el marco del federalismo fiscal, cuestión que se opone al art. 4, que establece que las municipalidades pueden acceder al rango de coadyuvantes, pero nunca de parte²⁹. No obstante, la supuesta oposición es solo aparente. Lo que la acción subrogatoria produce es una mera sustitución a nivel procesal, de ninguna manera modifica la condición sustancial de la relación jurídica originaria que nace en el marco de las leyes-convenio entre provincia y Nación.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA ACCIÓN OBLICUA EN EL MARCO DEL FEDERALISMO FISCAL

Resta definir si nuestra investigación plantea la utilización de las acciones oblicuas en el procedimiento administrativo ante la Comisión Federal de Impuestos o ante el Poder Judicial.

Respecto del primero, manifestamos que no habría ningún inconveniente para su utilización, más bien es absolutamente necesario brindar mayores facultades de acción a los entes más desprotegidos del federalismo fiscal ante situaciones de pasividad e inacción de la provincia no contemplados por su Ordenanza Procesal. Creemos conveniente y recomendable que los municipios se dirijan a la Comisión ante estas situaciones, siempre que no pierdan

²⁸ “La tramitación de las causas que, conforme a las leyes 20.221 y 23.548, compete sustanciar a la Comisión Federal de Impuestos, se ajustará a las disposiciones de la presente Ordenanza Procesal. Regirán con carácter supletorio, en cuanto no se opongan a los preceptos de las leyes citadas y a la presente, los siguientes ordenamientos en el orden en que se los menciona: el Reglamento de la Comisión Federal de Impuestos, el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación, y la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos” (Comisión Federal de Impuestos, Resolución Plenario N° 91/2004, art. 1).

²⁹ “Podrán asumir la condición de parte en el proceso los fiscos contratantes, los contribuyentes y las asociaciones reconocidas, en cuanto resulten afectados. Comisión Federal de Impuestos Las Municipalidades y los organismos nacionales o provinciales, autárquicos o no, de los que hayan emanado gravámenes cuya compatibilidad con el régimen de coparticipación se controvierta, deberán ser notificados debidamente de todo trámite que los afecte a fin de que puedan intervenir como coadyuvantes si lo estiman oportuno, pero aún cuando serán tenidos en cuenta en toda la sustanciación de la controversia, no adquirirán la categoría de partes en el proceso, la que únicamente, y en todos los casos, seguirá perteneciendo en exclusividad a la Nación o a la Provincia, respectivamente, por ser las partes contratantes” (Comisión Federal de Impuestos, Resolución Plenario N° 91/2004, art. 4).

de vista que las resoluciones de la Comisión, como autoridad de aplicación del régimen, son obligatorias para provincia y Nación. Para ello, exhortamos una modificación a la ordenanza procesal del citado organismo, a fin de receptar la viabilidad de tales acciones, aunque reconocemos que por aplicación supletoria del código ritual deberían aceptarse.

Debe reconocerse que dicho organismo, ante situaciones ajenas al procedimiento de dictado de tributos análogos a los coparticipados, disminuye sus posibilidades de acción en cuanto a sanciones aplicables. La Ley N° 23.548 establece la competencia de la Comisión para ordenar al Banco de la Nación que se abstenga de transferir al fisco sancionado los importes que le correspondan sobre lo producido del impuesto a distribuir análogo al tributo impugnado, hasta que se dé cumplimiento a la decisión del organismo, pero no recepta ninguna otra sanción posible de aplicar en procedimientos por violación unilateral o irregularidades en el régimen.

Del mismo modo, se reconoce la ausencia de facultades jurisdiccionales a la Comisión Federal de Impuestos para decretar medidas cautelares ante hechos de violación o modificaciones unilaterales al régimen por parte de Nación. De esta forma, obliga prácticamente a los estados provinciales a recurrir al Poder Judicial, que genera los siguientes inconvenientes:

1) Si se decide recurrir a la Corte Suprema de Justicia vía recurso extraordinario ante la Comisión Federal de Impuestos, luego de la resolución del Plenario de Representantes en base a la Ley N° 14, encontramos los obstáculos generados por el constante cierre de la competencia por parte del máximo tribunal, que desde el fallo "Transportes Automotores Chevallier" (CSJN, 1994, Fallos, 310:2092) viene sosteniendo.

2) Si se decide iniciar la causa de manera autónoma, encontramos el cierre de la competencia originaria en cuestiones de coparticipación que la Corte Suprema viene sosteniendo desde el precedente "Papel Misionero" (CSJN, 2009, Fallos, 332:1007), que obliga a las provincias a recurrir a los tribunales provinciales y, oportunamente, recurrir al máximo tribunal vía recurso extraordinario.

3) En cuestiones que surgen de Pactos Fiscales y demás instrumentos de política financiera, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido un criterio dispar a la materia que surge de la ley de coparticipación, en ocasiones cierra su competencia originaria y deriva a las provincias a los tribunales provinciales. Así lo ha establecido en fallo "Centaurus SA" (CSJN, 1995, Fallos, 318:2551) y "Matadero y Frigorífico Merlo" (CSJN, 2004, Fallos, 326:880).

No obstante, el ya mencionado fallo "Santa Fe c/Estado Nacional" (CSJN, 2015, Fallos, 538:2009), abre una nueva puerta a la competencia originaria particularmente a los supuestos de modificaciones o violaciones unilaterales al régimen del federalismo fiscal. En este sentido, retomamos la posibilidad de la utilización de acciones oblicuas, no solo en instancias provinciales sino también ante el máximo tribunal por parte de los municipios.

Como sustento argumental a favor de la utilización de este tipo de acciones en el marco de la coparticipación en el Poder Judicial de la Nación, traemos a colación el fallo "Mesa Nacional de Jubilados, Pensionados y Retirados c/PEN" dictado por la jueza en lo contencioso administrativo federal N° 10. Dicha causa se origina en una acción oblicua presentada por la Mesa de Jubilados y Pensionados que solicita cautelarmente la suspensión del decreto de necesidad y urgencia N° 2635/2015 de la otrora presidenta Cristina Fernández de Kirchner, por el cual se

hacia extensivo el fallo “Santa Fe” (CSJN, 2015, Fallos, 538:2009) a las demás provincias, y se les devolvía la detracción del 15 % que estaba destinado a la financiación de la ANSES.

Del mismo modo, tenemos el planteamiento judicial del Municipio de Villa Gesell contra el Estado Nacional, ante el Juzgado Federal de 1ra Instancia de Dolores, provincia de Buenos Aires, actualmente en curso, donde se sostiene la inconstitucionalidad de decretos de necesidad y urgencia N° 561/19 y el 567/19 de finales de 2019, atentos a modificar impuestos coparticipables de manera unilateral con clara afectación de la integridad de la masa coparticipable.

CONCLUSIONES

La realidad actual nos muestra a los estados municipales inmersos en una crisis que, a la par de económica, reconoce como fuente principal el aspecto financiero. Particularmente, la imposibilidad de crear fácticamente sus propias fuentes repercute en las competencias y las funciones que tiene atribuidas.

Así, queda expuesta la poca trascendencia que los municipios tienen en el entramado de nuestro sistema federal, donde no tienen ni voz ni voto en aquellos acuerdos suscriptos entre provincia y Nación, muchos de ellos que afectan su poder tributario como expresión de la autonomía que se le garantiza. La provincia celebra acuerdos con Nación donde asume obligaciones en nombre de sus municipios, lo cual es una muestra de la baja importancia que se le da a este nivel de gobierno.

Las constantes violaciones a los acuerdos en la materia repercuten en la masa a coparticipar que, en definitiva, financia a los municipios. Asimismo, en caso de no ser denunciadas

estas irregularidades por las provincias, sitúan al Estado Nacional en una posición de supremacía total con respecto a los estados subnacionales y profundiza la crisis de los municipios como nivel de gobierno más desprotegido.

Dada la falta de voluntad política de lograr consensos y así cumplir con la manda constitucional de sancionar una nueva ley de coparticipación, que deberá necesariamente contemplar la situación de los gobiernos municipales, es necesario brindarles a estos últimos las armas necesarias para defender su posición de importancia en el sistema federal. En este sentido, las acciones subrogatorias, tal como las entendemos, son un mecanismo viable atento a la dificultad de lograr consensos superiores capaces de alcanzar una nueva ley de coparticipación que reemplace la actual, sancionada antes del reconocimiento constitucional de la autonomía municipal³⁰.

La extrapolación de este tipo de acciones que nacen en el derecho privado (con las particularidades que el derecho público, en especial, el derecho financiero y tributario puede atribuirles) es una realidad no contemplada, pero que en nada desnaturaliza la acción. La situación de un acreedor que no procede a defender sus derechos contra sus deudores puede asemejarse a la situación del nivel de gobierno provincial que no procede a denunciar los recortes unilaterales que desde Nación se producen.

El Estado Nacional parece jugar con el déficit de las arcas provinciales, las mantiene en un federalismo perverso donde las principales fuentes tributarias se concentran en el estado central, lo cual hace muy difícil —y, tal vez, impensado— que las provincias denuncien la ley de coparticipación para recuperar sus potestades tributarias.

³⁰ Recordemos que la actual ley de coparticipación federal de impuestos N° 23.548 fue sancionada el 7 de enero de 1988, mientras que el reconocimiento de la autonomía municipal se alcanza con la reforma constitucional de 1994.

El problema es que no denunciar, o bien, desistir de las acciones oportunamente presentadas significa mantener un *status quo* violatorio del más puro federalismo fiscal, lo cual afecta la masa coparticipable que en última instancia recae en los municipios como los entes más desprotegidos. Estos últimos no fueron llamados a expresar su opinión en torno a las obligaciones que las provincias asumen a la hora de formar parte del régimen.

Más aún, su imposibilidad fáctica de crear impuestos con que financiarse los hace dependientes de transferencias de niveles de gobierno superiores y sumamente vulnerables ante los cambios en las reglas de juego que las operaciones entre provincia y Nación producen. El resultado decanta por necesidad, y no es más que la creación de impuestos disfrazados por tasas retributivas de servicios que en nada respeta las condiciones establecidas en la doctrina judicial (CSJN, 1989, Fallos, 1312:1575 y 2008, Fallos, 332:1503).

Por consiguiente, es crucial receptor nuevos mecanismos de acción en defensa de un federalismo cada vez más unitario, que proteja a los estados municipales que, a pesar de su autonomía garantizada, en los hechos parece vaciarse de contenido, entre otras cuestiones en materia de financiación propia y suficiente.

Lamentablemente, la falta de concesos políticos y los egoísmos siguen imposibilitando el dictado de una nueva ley de coparticipación que, entre otras cuestiones, reconozca la autonomía municipal y las consecuencias que de ella se derivan, dando voz a los municipios. Esto no supone que se les consulte de manera directa, puede razonablemente ser un proceso indirecto o en dos etapas, primariamente con su provincia, para que sea esta quien traslade a los futuros acuerdos con el Estado Nacional la postura o la opinión municipal.

Debemos reconocer que actualmente exis-

te un vacío o una laguna jurídica en torno a un hecho de reconocida trascendencia como lo es la falta de denuncia o reclamo por parte de las provincias a las violaciones al régimen del federalismo fiscal por parte de la Nación. Del mismo modo, los mecanismos legales de defensa establecidos en la propia ley de coparticipación, y que se encuentran procedimentalmente receptados en la ordenanza procesal de la Comisión Federal de Impuestos, demuestran una inconsistencia clara al no dar respuesta a las situaciones omisivas planteadas.

En definitiva, las acciones oblicuas serán no solo un medio idóneo para defender nuestro federalismo fiscal de embates unilaterales inconstitucionales, sino también un medio para fortalecer institucional y políticamente tanto a los estados municipales como también a los gobiernos provinciales mediante un trabajo mancomunado en el reclamo de recursos que se consideren injustamente distribuidos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ábalos, M. G. (2013). Facultades delegadas y potestades tributarias provinciales. Especial referencia a la prescripción de tributos locales. *Estudios de Derecho Público. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA*. Buenos Aires.
- Berteau, A. O. (2010). Financiación de provincias y municipios: nuevo paradigma del federalismo fiscal argentino, en *Tributación Local Provincial y Municipal*, dirigido por Juan Manuel Álvarez Echagüe, 1er. edición, Editorial Ad Hoc.
- Berteau, A. O. (2011). Pacto Fiscal: cumplimiento asimétrico. [Entrada de blog]. Recuperado de [http://federalismofiscal.com/1500-2/\[23/6/2020\]](http://federalismofiscal.com/1500-2/[23/6/2020]).
- Berteau, A. O. (2016). Asignación específica de impuestos coparticipables: ¿peligro

- la vigencia del impuesto al cheque? [Entrada de blog]. Recuperado de <http://www.federalismofiscal.com/wp-content/uploads/2016/10/Asignaciones-especificas.pdf> [18/10/2018].
- Borda, G. A. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: La Ley.
- Bulit Goñi, E. G. (1995). La Coparticipación Federal en la reforma constitucional de 1994. *Revista La Ley*, T. 1995-D. Sec. Doctrina. Buenos Aires: La Ley.
- Bulit Goñi, E. G. (2003). Sistemas de Coordinación de potestades tributarias a distintos niveles de gobierno en el régimen federal argentino. En García Belsunce. Horacio A. (Coord.). *Tratado de tributación*. Buenos Aires: Astrea.
- Casás, José Osvaldo (1996). El laberinto de la Coparticipación, *Periódico Económico Tributario PET* N° 107. Buenos Aires: La Ley.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 1 de febrero de 1968. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>
- Comisión Federal de Impuestos. Resolución General Interpretativa N° 10/1992. 18 de septiembre de 1992. Recuperado de http://www.cfi.gov.ar/docs/resoluciones/rgi_r_g_i_n_10_1992.pdf
- Comisión Federal de Impuestos. Resolución Plenario N° 91/2004. 4 de marzo de 2004. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93525/norma.htm>
- Constitución de la Nación Argentina. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 3 de enero de 1995. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Convención Nacional Constituyente. (9 de agosto de 1994). *Diario de sesiones taquígráficas de la 27ª reunión de la 3ª sesión ordinaria (continuación)*. Recuperado de <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/convenciones/descargarDiario2/29>
- CSJN. (21/11/1958). Madariaga de Anchorena, Carlos Juan s/Demanda de inconstitucionalidad. Fallos, 242:280.
- CSJN. (5/9/1989). Cia. Química SA c/ Municipalidad de Tucumán. Fallos, 1312:1575.
- CSJN. (17/11/1994). Transportes Automotores Chevallier S.A. c/resolución n° 21 del Plenario de la Comisión Federal de Impuestos s/ Impugna imp. a los ingr. brutos locales. Fallos, 310:2092.
- CSJN. (19/12/1995). Centauro SA c/Provincia de Buenos Aires. Fallos, 318:2551.
- CSJN. (22/4/1997). Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/Buenos Aires, Provincia de y otros/ acción declarativa. Fallos, 322:1781.
- CSJN. (7/12/2001). El Cóndor empresa de transportes S.A. c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa. Fallos, 324:4226.
- CSJN. (27/5/2004). Matadero y Frigorífico Merlo SA c/Provincia de Buenos Aires. Fallos, 326:880.
- CSJN. (25/11/2008). Laboratorios Raffo SA c/ Municipalidad de Córdoba. Fallos, 332:1503.
- CSJN. (5/5/2009). Papel Misionero S.A.I.F.C. c/ Misiones, Provincia de s/acción declarativa. Fallos, 332:1007.
- CSJN. (24/11/2015). Provincia de Córdoba c/ Estado Nacional y otros/medida cautelar. Fallos, 786:2013.
- CSJN. (24/11/2015). Provincia de San Luis c/ Estado Nacional y otros/acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos. Fallos, 191:2009.

- CSJN. (24/11/2015). Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad. Fallos, 538:2009.
- CSJN. (2/5/2016). Provincia de San Luis c/Estado Nacional s/cobro de pesos. Expediente CSJ 315/2009.
- Decreto N° 14/04. Ratifícase el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento celebrado entre el Estado Nacional y los Estados Provinciales. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 6 de enero de 1964. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/9520/norma.htm>
- Ekmekdjian, M. A. (1997). *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
- Espeche, S. (2016). *Curso de Derecho Financiero*. Buenos Aires: Erreius.
- Frías, P. J. (1974). *Nación y provincias en el federalismo argentino*. Córdoba: Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.
- Frías, P. J. (1998). *El proceso federal argentino*. Córdoba: El Copista.
- Garat, P. M. (2009a). El sistema argentino de coparticipación impositiva y los desafíos al régimen fiscal federal. Recuperado de <http://www.fundacioncivilidad.org.ar/index.php/federalismo-fiscal> [15/10/2018].
- Garat, P. M. (2009b). El sistema de coparticipación federal en la organización constitucional argentina. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 5(9-10), pp. 55-113.
- Hernández, A. M. (2008). *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Ley N° 20.221. Impuestos nacionales. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 21 de marzo de 1973. Recuperado de [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38936/norma.htm#:~:text=El%20proyecto%20de%20ley%2Dconvenio,14.788%2C%2014.390%20y%2014.060\).&text=La%20distribuci%C3%B3n%20por%20poblaci%C3%B3n%20se,y%20el%20n%C3%BAmero%20de%20habitantes](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38936/norma.htm#:~:text=El%20proyecto%20de%20ley%2Dconvenio,14.788%2C%2014.390%20y%2014.060).&text=La%20distribuci%C3%B3n%20por%20poblaci%C3%B3n%20se,y%20el%20n%C3%BAmero%20de%20habitantes).
- Ley N° 23.548. Coparticipación federal de recursos fiscales. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 22 de enero de 1988. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21108/texact.htm>
- Ley N° 23.966. Financiamiento del régimen nacional de previsión social. Afectación del I.V.A. Impuesto sobre combustibles líquidos y gas natural. Modificaciones a la ley del fondo nacional de la vivienda. Derogación de regímenes de jubilaciones especiales. Impuesto sobre los bienes personales no incorporado al proceso económico. Destino de los recursos de privatizaciones. Modificación de la ley de tasas judiciales. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 15 de agosto de 1991. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/365/texact.htm>
- Ley N° 24.130. Ratifícase el "Acuerdo entre el Gobierno nacional y los gobiernos provinciales", suscripto el 12 de agosto de 1992. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 17 de septiembre de 1992. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/17/norma.htm#:~:text=Ley%2024.130%20del%202%2F9%2F92&text=Ratificase%20el%20%22Acuerdo%20entre%20el,Promulgada%20Septiembre%2017%20de%201992>

- Ley N° 24.464. Sistema Federal de la Vivienda. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 8 de marzo de 1995. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16331/texact.htm#:~:text=Sancionada%3A%20M a r z o % 2 0 8 % 2 0 d e % 2 0 1 9 9 5 , P a r c i a l m e n t e % 3 A % 2 0 M a r z o % 2 0 2 7 % 2 0 d e % 2 0 1 9 9 5 . & text = A R T I C U L O % 2 0 1 % C 2 % B A % 2 0 % 2 D C r % C 3 % A 9 a s e % 2 0 e l % 2 0 S i s t e m a , a c c e s o % 2 0 a % 2 0 l a % 2 0 v i v i e n d a % 2 0 d i g n a>
- Ley N° 26.078. Presupuesto general de la administración nacional. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 9 de enero de 2006. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/112978/norma.htm>
- Ley N° 27.429. Aprobación. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 2 de enero de 2018. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/305349/norma.htm>
- Ley N° 27.542. Aprobación. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 12 de febrero de 2020. Recuperado de <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/225364/20200212>
- Ley N° 24.049. Facúltase al P.E.N. a transferir a las provincias a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, los servicios educativos administrados en forma directa por el Ministerio de Cultura y Educación y por el Consejo Nacional de Educación Técnica y las facultades y funciones sobre los establecimientos privados reconocidos. Excepciones. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 2 de enero de 1992. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/448/norma.htm>
- Ley N° 25.235. Acuerdos. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 30 de diciembre de 1999. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/61898/norma.htm>
- Ley N° 25.400. Acuerdos. Boletín Oficial de la República Argentina. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. 8 de enero de 2001. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/65718/norma.htm>
- Llambias, J. J. Banegas Raffo, P. Sassot, R. A. (1997) *Manual de Derecho Civil, Obligaciones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Messineo, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: EJEA.
- Montes, A. C. (1995). *La vía subrogatorias*. Madrid: Tecnos.
- Nicoló, R. (1953). Azione surrogatoria-revocatoria. En Scialoja y Branca (Coord). *Comentario del Codice Civile*. Bolonia: Zanichelli Editore.
- Pérez Hualde, A. (1999). *Coparticipación Federal de Impuestos en la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Depalma.
- Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. (1999). *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sánchez de Bustamante, M. (1945). *Acción oblicua, indirecta o subrogatorias*. Buenos Aires: Edición de Jurisprudencia Argentina.
- Sirvent García, J. (1997). *La acción subrogatoria*. Madrid: Universidad Carlos II de Madrid.
- Spisso, R. (2007). La descentralización del sistema de coparticipación tributarios federal, instrumentos de destrucción de la Republica federal. *Suplemento de Derecho Tributario*, N° 11.849, Año XLV. Buenos Aires: El Dial.

Tobías Larregui

Spisso, R. (2016). *Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Spisso, R. R. (2018). *El ejercicio de la potestad tri-*

butaria de los municipios y su sujeción a los Acuerdos de Armonización Tributaria. Buenos Aires: El Derecho.

Cambio climático y pobreza

Climate Change and Poverty

María Paula Casanova¹

Resumen

El hombre necesita estar en armonía con la naturaleza que le otorga lo necesario para vivir y, desde un punto de vista teológico, tiene además la responsabilidad de comportarse como un buen administrador ya que de ello depende la posibilidad de vida tanto de los seres humanos como de las demás criaturas.

El consumo desmedido de los recursos de la tierra nos ha llevado a la situación actual: hay una aceleración tal del cambio climático que supone un riesgo de vida para muchos de nuestros contemporáneos, pero especialmente para las futuras generaciones.

Las repercusiones de estos cambios generados por las sociedades de consumo afectan especialmente a los más pobres que dependen, en su gran mayoría, de la agricultura y de la pesca para su supervivencia, y que no tienen la capacidad de adaptarse al nuevo escenario que el clima les presenta.

Palabras clave: cambio climático, pobreza, bien común, migraciones.

Abstract

Man needs to be in harmony with nature that grants him what is necessary to live and, from a theological point of view, he also has the responsibility to behave as a good administrator since the possibility of life of both human beings and other creatures depends on it. The excessive consumption of the Earth's resources has brought us to the present situation: there is such an acceleration of climate change that it is a risk to life for many of our contemporaries, but especially for future generations.

The repercussions of these changes, generated by consumer societies, especially affect the poorest who depend, for the most part, on agriculture and fishing for their survival, and who do not have the capacity to adapt to the new scenario that the climate presents to them.

Keywords: climate change, poverty, common good, migration.

Doctrina Social de la Iglesia / ensayo científico

Citar: Casanova, M. P. (2020). Cambio climático y pobreza. *Omnia. Derecho y sociedad*, 3 (3), pp. 83-100.

¹ Universidad Católica de Salta. Doctora en Teología por el Ateneo Pontificio *Regina Apostolorum* (Roma). Docente de las cátedras Teología I y Teología II en la carrera de Abogacía de la Universidad Católica de Salta, Delegación Neuquén. mpcasanova@ucasal.edu.ar

INTRODUCCIÓN

El clima es un bien común² que posee condiciones esenciales para la vida humana y que, por eso, debería formar parte de la preocupación de todos. Cuando este varía a un ritmo más acelerado que lo natural —producto del consumo despiadado de las sociedades principalmente occidentales que están arrasando con la naturaleza— se genera un desequilibrio con graves consecuencias para la humanidad que repercute, especialmente, en las personas o las poblaciones más pobres.

Aunque en muchos se observa la negación del problema, la indiferencia, la resignación cómoda o la confianza ciega en la solución técnica (véase Francisco, 2015, n.º 49), como cristianos no podemos permitirnos asumir ninguna de estas posturas, ya que la preocupación por la naturaleza, la justicia con los pobres, el compromiso con la sociedad y la paz interior son inseparables (Francisco, 2015, n.º 11).

En estas páginas, expondremos la relación entre el cambio climático y la pobreza. Para ello, en primer lugar, abarcaremos la problemática desde el punto de vista teológico, de la doctrina social de la Iglesia y de la ética de la responsabilidad. Luego, nos detendremos a considerar la situación de la agricultura, una de las realidades más representativas para conocer el drama del cambio climático, en tanto es una actividad que vive la ambivalencia de involucrar a quien acelera el cambio y, también, a quien más lo sufre, además de ser la fuente de subsistencia de la mayor parte de las personas que viven en la pobreza a nivel mundial. Seguiremos con la presentación del drama de las migraciones climáticas y terminaremos

presentando la preocupación por una actividad que quiere desarrollarse cada vez más en la Argentina y que es causal de aumento de las temperaturas y conlleva un aumento de la pobreza: la megaminería.

TEOLOGÍA, DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA Y ÉTICA

El medioambiente es un don que Dios le confía al hombre para su trabajo y su realización, pero no es algo absolutamente ajeno a él, es decir, algo que solo da posibilidad de cultura al hombre, sino que, de alguna manera, también es parte de él. Nuestra constitución de seres espirituales y materiales nos obliga a tomar conciencia de nuestra pertenencia a esta tierra que necesitamos para vivir. En este sentido, los pueblos indígenas hablan de la Pachamama: de manera panteísta, ven en la tierra a un ser que nutre y da vida. Los cristianos sabemos que Dios es el único dador de vida, y que esta vida recibida solo puede desarrollarse si lo hace en armonía y si sabe servirse sana y responsablemente de los bienes que la tierra le ofrece: “la relación del hombre con el mundo es un elemento constitutivo de la identidad humana. Se trata de una relación que nace como fruto de una unión todavía más profunda, del hombre con Dios” (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2005, n.º 452). De hecho, el desorden producido por el pecado del hombre también afecta el equilibrio ambiental, de manera tal que “la creación entera espera la manifestación de los hijos de Dios” (Rom 8,19).

A su vez, podemos ver la importancia de esta relación en la salvación otorgada por Jesucristo, que la realiza “en” el mundo y que se

² Recordemos que el bien común es el “conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección” (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2005, n.º 164).

sirve de elementos de la naturaleza tanto para revelar su poder e identidad (camina sobre el agua, calma la tempestad, cambia el agua en vino), como para hacerse presente u otorgar la gracia por medio de los sacramentos, para lo cual hace uso del agua, el aceite, el trigo, el fruto de la vid.

Sin embargo, son muchos los movimientos ambientalistas que acusan a la tradición judeocristiana de la actual degradación ambiental, para lo cual se basan en una incorrecta interpretación del texto bíblico y dan por supuesto que, al haber puesto Dios al hombre por encima de las demás criaturas, lo autorizaba a un uso despiadado de la creación.

Esta particular lectura de los textos bíblicos está lejos de ser la interpretación que, al menos, hacen de ellos las iglesias cristianas. Para los cristianos³, el hombre es puesto por Dios como custodio de lo creado y posee el mandato de trabajarlo, crear cultura, hacer que cada cosa llegue a la plenitud que posee en germen y espera alcanzar. Por eso, los seres humanos deben saber que son administradores y no dueños absolutos, y que, como tales, tienen la responsabilidad de actuar según el mandato recibido.

Así y todo, con su pecado, el hombre provoca un desorden que afecta inevitablemente a toda la creación y que es evidente no solo a los ojos de los creyentes, sino también para aquellos que no tienen fe: la crisis ecológica es un problema moral que tiene su raíz principalmente en “la falta de respeto a la vida” (Juan Pablo II, 1990, n.º 7) y tiene su solución en un cambio de hábitos, que empieza por un consumo ético y responsable.

Por esta razón, si añadimos un significado religioso al cuidado de la creación, obtendre-

mos un importante impacto en la percepción del valor de la vida y de la adecuada solución a los problemas sociales (Benedicto XVI, 2006).

La doctrina social de la Iglesia (Pontificio Consejo Justicia y Paz, 2005, n.º 451-487) nos recuerda que la tutela del medio ambiente implica el deber común y universal de respetar un bien colectivo, debe tener una traducción adecuada en el ámbito jurídico y debe ser tenida en consideración en los programas de desarrollo económico de los países, especialmente si se considera que los recursos son limitados y, algunos, no renovables. De aquí que cualquier actividad económica que se sirva de recursos naturales debe ocuparse de la salvaguarda del medioambiente, calcular sus costos y prestar atención a la relación entre su actividad y los cambios climáticos que esta pueda originar.

No obstante, a todos estos cuidados debe agregarse el deber de compartir los recursos equitativamente, según la justicia y la caridad ya que, muchas veces, los pueblos en vía de desarrollo alimentan el progreso de los países más ricos a costa de su presente y su futuro, y pagan el precio más caro a causa del deterioro ecológico. Es fundamental considerar que “un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente, para escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres” (Francisco, 2015, n.º 14).

En la lucha contra el cambio climático, hay responsabilidades diversificadas y es necesario ponerse del lado de los más pobres en un debate que generalmente es dominado por los intereses de los más poderosos. Un dato para reflexionar: el veinte por ciento de la población mundial consume recursos en tal medida

³ Para leer algunas declaraciones de distintas iglesias cristianas comprometidas con el cuidado de la creación, véase Movimiento Católico por el Clima (s.f.) y Earth Ministry (s.f.).

que roba a las naciones pobres y a las futuras generaciones lo que necesitan para sobrevivir (Francisco, 2015, n.º 52 y 95).

En el año 1991, Juan Pablo II decía que es “necesario abandonar una mentalidad que considera a los pobres —personas y pueblos— como un fardo o como molestos e inoportunos, ávidos de consumir lo que otros han producido” (n.º 28). En nuestros días, esta misma mentalidad es la que ha generado en los países del primer mundo, en particular, pero en todo el mundo en general, una ola xenófoba que considera al inmigrante un potencial delincuente que llegar para menoscabar el estado de bienestar. Este rechazo no es al extranjero en sí mismo, puesto que todos están felices con los turistas o inmigrantes adinerados, sino que se ha gestado en nuestras sociedades un miedo al pobre al que Adela Cortina (2017) ha denominado “aporofobia” y que, desde el 2017, ya forma parte de las palabras aceptadas por la Real Academia Española.

Por estos motivos, es muy importante que los países llamados “desarrollados” tomen conciencia de la responsabilidad que tienen con respecto a la situación de subdesarrollo de tantos otros, ante lo cual tienen la tarea de buscar una forma de remediarlo. De hecho, en muchos países persiste una especie de colonización económica donde grandes empresas extranjeras, que no se comprometen con el desarrollo del país, juegan roles decisivos en las economías y poseen gran influencia política (Pablo VI, n.º 21). Pero también es muy importante que todas las personas se cuestionen si con sus hábitos de consumo no están generando pobreza, esa misma pobreza que provoca el rechazo cuando viene a tocarnos la puerta a pedirnos por caridad, aquello que le debemos por justicia.

El principio del destino universal de los bienes de la doctrina social de la Iglesia (DSI)

llama la atención sobre la relación existente entre la crisis ambiental y la pobreza, en tanto esta crisis es generada principalmente por las sociedades de consumo, pero es padecida con sus peores consecuencias por los más pobres. Estos viven en tierras sujetas a la erosión y a la desertización o en suburbios contaminados de las ciudades, se ven obligados a migrar en condiciones de absoluta vulnerabilidad, se encuentran inmersos en conflictos armados que no iniciaron, sufren la escasez de agua potable, lo cual lleva conexas el incremento del precio de los alimentos, las enfermedades y las muertes por falta de higiene, entre otras dificultades. Asimismo, son muchos los pobres que, además de vivir en lugares particularmente afectados por el calentamiento global, subsisten gracias a las reservas naturales y a los servicios ecosistémicos, no tienen otra actividad financiera o recursos que les permita adaptarse a los vaivenes climáticos y poseen poco o nulo acceso a servicios sociales. Mencionaremos algunos ejemplos: el agotamiento de las reservas ictícolas perjudica especialmente a quienes viven de la pesca artesanal; la contaminación del agua daña especialmente a los más pobres, quienes tienen dificultades para comprar agua en botella; la elevación del nivel del mar afecta principalmente a los pobladores de los litorales, que no tienen cómo mudarse (Francisco, 2015, n.º 48); con frecuencia, las ciudades o los países más ricos descartan sin cuidado elementos que contaminan el aire y la tierra de los sectores más pobres (tales como residuos domiciliarios, comerciales, patógenos, electrónicos, industriales, tóxicos, radiactivos) y que, luego, son inhalados, absorbidos y/o manipulados por ellos. Hay muchos residuos industriales o químicos que se utilizan en las ciudades y/o en las zonas rurales que pueden producir un efecto de bioacumulación en los pobladores de las zonas cercanas (Francisco,

2015, n.º 20-22). Sin ir más lejos, en la provincia de Chubut, durante el año 2010, el gobernador Das Neves autorizó la creación de un basurero nuclear en la zona de Gastre. Si bien el basurero “aparentemente” no se constituyó a causa las presiones recibidas, hay indicios que hacen sospechar su existencia con todo lo que eso significa para los lugareños (véase Alejandro Beletzky, 2018 y El Patagónico, 2016).

Si bien es cierto que no todas las naciones tienen la misma responsabilidad en esta situación, el cuidado del ambiente, la promoción de un desarrollo sostenible y la atención al cambio climático son cuestiones de extrema relevancia para la familia humana entera, ya que es imposible ignorar las implicancias éticas presentes en todos los desarrollos económicos y sociales.

La ciencia nos muestra cómo las acciones humanas de una región determinada pueden provocar repercusiones a escala mundial, de manera tal que el desprecio por el ambiente daña la coexistencia humana y traiciona su dignidad (Benedicto XVI, 2006). Por eso, la humanidad entera tiene el deber de comprometerse contra el uso indiscriminado de los bienes de la tierra y debe establecer límites éticos y morales para que su comportamiento no se convierta en un desafío o una amenaza. En este sentido, el Papa Benedicto XVI (como se cita en Milvia Morciano, 2012) manifestaba que es muy importante la educación en la ética de la responsabilidad. Esta ética “relativamente nueva” fue planteada y desarrollada por el filósofo Hans Jonas (1995), en el año 1979. Se distingue de la ética antigua que se concentraba en la moralidad del acto y en las consecuencias que este podía traer para el prójimo. Hoy, en cambio, se hace necesario alargar el horizonte y considerar también como prójimo al que no es contemporáneo. A su vez, esta nueva ética toma en consideración la irreversibilidad de las consecuencias de algunas acciones.

Según el mismo filósofo, hasta ese momento, todas las corrientes éticas consideraban la existencia de una naturaleza humana que era inmutable y normativa. Pero la técnica moderna ha abierto una dimensión totalmente nueva de relevancia ética no prevista en los cánones tradicionales, en tanto las acciones se manifiestan de modo distinto a como lo han hecho a lo largo de todos los tiempos. Porque, si bien siempre ha existido la técnica, en la antigüedad, las intervenciones del hombre en la naturaleza eran esencialmente superficiales e incapaces de dañar su permanente equilibrio, lo que hacía que la naturaleza no sea considerada como objeto de responsabilidad humana, sino que se asumió que ella cuidaba a sí misma y, de alguna manera, cuidaba también del hombre. En otras palabras, la naturaleza no se pensaba desde la ética sino desde la capacidad de invención, pero esta situación debió modificarse cuando se hizo presente su vulnerabilidad a partir de la manifestación de los daños causados.

La ética de la responsabilidad incluye los preceptos de la ética antigua: honradez, justicia, caridad, entre otros. Sin embargo, como la acción y sus efectos ya no son los mismos, se requiere una nueva dimensión que es la de la responsabilidad. Otra diferencia con la ética tradicional es que ella solo tenía en cuenta los efectos de los actos que eran contemporáneos y se creía que no eran acumulativos, aunque sabemos que las antiguas intervenciones sobre la naturaleza también fueron dejando su huella. Ahora estamos ante un panorama diferente: los efectos de nuestros actos —por ejemplo, de nuestros hábitos de consumo— dejan una huella de carbono que incrementa la variación climática, se acumula y nos afecta a nosotros, a nuestros contemporáneos que viven a kilómetros de distancia y a aquellos que vivirán en el futuro, y muchas veces el daño que podemos generar es irreversible.

Jonas (1995) retoma el imperativo categórico de Kant (1980) —“Obra de tal modo que puedas querer que tu máxima se convierta en ley universal” (p. 64)—, y lo “actualiza” a la nueva situación de la humanidad:

... obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la tierra o, expresado negativamente, obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de esa vida. (p. 40)

Este nuevo imperativo dice que nos es lícito arriesgar nuestra vida, pero no lo es arriesgar la existencia de las generaciones futuras por causa de nuestro actuar.

EL CAMBIO CLIMÁTICO

La aceleración del normal y esperable cambio climático generado por el consumo desenfrenado del hombre ha llevado a la Tierra a un aumento excesivo de su temperatura: se ha incrementado en 1 °C por encima de su nivel preindustrial, con ciclos de retroalimentación y amplificación polar que resultó un aumento de 3 °C en el noroeste de Canadá (The Lancet, 2019). Esto ha generado un aumento desmedido del efecto invernadero que generan los

gases emitidos por el trabajo humano, lo cual tiene importantes y graves repercusiones para la vida de todos los hombres del presente y, especialmente, del futuro.

Por esto, es que podemos afirmar que nos encontramos en una hora decisiva para limitar los daños producidos, disminuir la velocidad del incremento de las altas de temperatura e impedir que las alteraciones sean irreparables. El objetivo propuesto es reducir el calentamiento a 1,5 °C que, aunque sigue siendo alto, permite moderar los riesgos que se presentan con un aumento de la temperatura de 2 °C⁴.

Las poblaciones más desfavorecidas y vulnerables, como algunos pueblos indígenas o comunidades que subsisten gracias al trabajo agrícola o costero, son las que más sufren el cambio climático y, por este motivo, su situación se verá cada vez más comprometida. Además, hay regiones que se encuentran amenazadas por estas alteraciones, como ser los ecosistemas del Ártico, las regiones áridas, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países menos adelantados.

Entre las consecuencias más inmediatas del cambio climático, podemos apreciar el incremento de la temperatura promedio, veranos más calurosos y la aparición de temperaturas extremas producto de la concentración de gases y el efecto invernadero⁵, lo cual produjo un incremento sustancial en la mortalidad cau-

⁴ En octubre de 2018, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) publicó un informe especial sobre los impactos del calentamiento global a 1,5 °C, donde señalaba que limitar el calentamiento global a este nivel requerirá cambios rápidos, de gran alcance y sin precedentes en todos los aspectos de la sociedad. Con ventajas claras para la gente y los ecosistemas naturales, el informe encontró que la limitación del calentamiento global a 1,5 °C comparado con 2 °C podría ir de la mano con el compromiso de asegurar una sociedad más sostenible y equitativa. Mientras estimaciones previas se enfocan en determinar el daño que se ocasionaría si la temperatura media llegara a los 2 °C, este informe establece que muchos de los impactos adversos del cambio climático se producirían ya en los 1,5 °C (Naciones Unidas, s.f).

⁵ En los últimos cien años, la temperatura promedio del planeta ha aumentado 1,5 °C. Al respecto, afirma Aurelio Tobías (como se cita en Antonio Cerrillo, 2018): “Si no podemos encontrar una manera de mitigar el cambio climático, reducir la duración de las olas de calor y ayudar a las personas a adaptarse, en el futuro habrá un incremento sustancial de fallecimientos relacionados con estos fenómenos, (...) particularmente en los países más pobres, ubicados alrededor del Ecuador”.

sada por altas temperaturas en verano, inviernos más crudos y severos cambios en diversos procesos y ecosistemas ya que, debido a este fenómeno climático, muchas criaturas han cambiado sus rutas migratorias; también, se ven reducidas las capas polares por el deshielo de los glaciares que, a su vez, trae aparejado un aumento del nivel de los océanos que causará la pérdida de parte del territorio de algunos países⁶ y la acidificación de sus aguas con las graves consecuencias en los ecosistemas marinos; la salinización de los terrenos de cultivo y del agua dulce; la aparición de tormentas más poderosas (tifones, huracanes y tormentas eléctricas), que incrementaron su frecuencia e intensidad de manera tal que en algunas partes existen mediciones que aseguran que hay un 50 % más de rayos que tocan tierra, en comparación con cincuenta años atrás; sequías, incendios y desapariciones de ecosistemas enteros que, al mismo tiempo, alteran los vientos y se repercutirán en las cosechas y las producciones de la zona.

El cambio climático también alterará la salud de las personas. Los más afectados en este sentido serán los niños, quienes son los que mayoritariamente ven su vida condicionada por las secuelas permanentes de la desnutrición, son los que más sufren las complicaciones por diarreas y los que padecen los efectos más graves del dengue. Desde la adolescencia, la contaminación del aire perjudica el corazón, los pulmones y los demás órganos vitales, con efecto acumulativo en el tiempo. En las etapas posteriores de la vida, cuanto mayor es la frecuencia y la intensidad de los fenómenos climáticos extremos, mayor es el peligro que sufren las familias, siendo las mujeres el grupo más vulnerable en este sentido. A su vez, las personas mayores de 65 años se ven afectadas

especialmente por las olas de calor extremo y por los riesgos derivados del cambio climático, aunque algunos sean difíciles de cuantificar tales como la migración, la pobreza extrema, los conflictos armados, entre otros. Estas alteraciones impactan también en la salud mental, lo cual afecta a personas de todas las edades y nacionalidades (The Lancet, 2019).

1. Agricultura, cambio climático y pobreza

En la tradición cristiana, la actividad agrícola asume un significado profundo, ya sea por el esfuerzo y la fatiga que implica, o porque ofrece una experiencia privilegiada de la presencia de Dios y de su amor por sus criaturas (Benedicto XVI, 2008b).

A causa de su impacto en la agricultura, el cambio climático agudizará los efectos negativos que alteran el medioambiente, como son la degradación general de la tierra y la escasez de agua, en un momento histórico donde el aumento de la población y de los ingresos en gran parte de ella hace que se impulse la demanda de alimentos y otros derivados agrícolas.

Todos los fenómenos mencionados podrían comprometer seriamente la capacidad de la agricultura, lo cual impacta de forma directa en la capacidad de alimentación de millones de personas que viven en condiciones de pobreza (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura [FAO], 2016). Este impacto directo se funda en que la agricultura es esencial para el suministro de alimentos, la producción de alimentos depende directamente de los recursos naturales y estos, por supuesto, están íntimamente relacionados con el clima y las condiciones meteorológicas.

La vinculación entre cambio climático y pobreza se evidencia aún con más fuerza si tene-

⁶ Esto podría ocurrir, por ejemplo, en Vanuatu, las islas Maldivas, Kiribati, entre otros (véase Cambio Climático Global, s.f.).

mos en cuenta que la agricultura proporciona un medio de vida para casi dos tercios de la población mundial más pobre, es decir, para 750 millones de personas. Pero, como vimos, esta relación es bidireccional: no solo tiene impacto directo en ciertos sectores, sino que afecta también los recursos naturales. Es por ello que las industrias agrícolas tienen una importante responsabilidad a la hora de analizar el origen de las emisiones de gases con efecto invernadero, responsables del incremento del cambio climático: el dióxido de carbono, el metano y el óxido nítrico.

Mientras se intensifiquen las alteraciones del cambio climático que afectan la agricultura, será cada vez más difícil cultivar cosechas, criar animales, gestionar bosques y capturar peces en la misma forma en que se realiza hasta ahora: las malas hierbas, los insectos y las enfermedades proliferan en condiciones de temperaturas más cálidas, climas más húmedos y niveles más altos de dióxido de carbono en la atmósfera; las olas de calor suponen una amenaza directa para el ganado, puesto que el estrés térmico incrementa la vulnerabilidad de los animales a las enfermedades y los parásitos, reducirá su fertilidad y la producción de carne y leche, así como disminuirá la capacidad de pastizales y producción de piensos para los sistemas ganaderos; la pesca (especialmente aquella realizada a pequeña escala en regiones tropicales, menos desarrolladas y económicamente pobres) y la acuicultura⁷ que ya se encontraban en problemas debido a la pesca excesiva, la pérdida del hábitat y la contaminación del agua, sufrirán, además, la pérdida de algunas especies y el riesgo de alteración en algún eslabón de la cadena de producción. Diversas especies de peces ya están migrando hacia los polos y se espera una redistribución a

gran escala del potencial de captura de la pesca marina mundial; los cambios en las precipitaciones y en la ordenación de los recursos pesqueros, el aumento de la contaminación sobre los recursos de agua dulce y la frecuencia e intensidad de los fenómenos climáticos extremos afectan de manera considerable la producción de la pesca y la acuicultura continental.

El cambio climático también incide negativamente sobre los bosques que generan trabajo para más de cien millones de personas y sustentan los medios de vida de gran parte de la población rural del mundo, puesto que limitan su capacidad para proporcionar bienes y servicios esenciales a causa de la pérdida de importantes especies, la disminución de los rendimientos y el incremento, tanto en frecuencia como en intensidad, de las tormentas y otras perturbaciones meteorológicas. Al mismo tiempo, los bosques cumplen un rol fundamental a la hora de pensar en el abastecimiento hídrico limpio y fiable, la protección contra desprendimientos, erosión y degradación de la tierra, la provisión de hábitats de animales acuáticos y terrestres, el suministro de productos madereros, etc. Tanto el incremento de las temperaturas como las variaciones en las precipitaciones están aumentando la mortalidad de los árboles que, junto con las sequías, favorecen el aumento de los incendios.

Es menester aclarar que el cambio climático también proporciona algunos beneficios sobre la agricultura, y que hasta el año 2030 se espera que los efectos benéficos y maléficos puedan contrarrestarse. No obstante, luego de esa fecha, las proyecciones son fundamentalmente negativas.

La importancia de la agricultura en nuestro estudio es fundamental, ya que es el canal

⁷ Ambas actividades proporcionan, al menos, el 50 % de la proteína de origen animal a millones de personas en países de bajos ingresos.

a través del cual el cambio climático afecta la “seguridad alimentaria”⁸ que permite garantizar, junto al acceso al agua, la cura de las enfermedades, el saneamiento y la nutrición de las personas. Esta se pone en riesgo con las sequías, las inundaciones y los fenómenos meteorológicos extremos, que acentúan problemas preexistentes como ser las pautas estacionales de la inadecuación en la disponibilidad y el acceso a los alimentos. Además, el cambio climático podría comprometer la inocuidad de los alimentos por el aumento de agentes patógenos, la contaminación del agua potable con algas y los mariscos con cianotoxinas, el incremento del riesgo de contaminación de legumbres y cereales almacenados con microtoxinas, el aumento del uso de agrotóxicos con sus potenciales efectos nocivos para contrarrestar los cambios de pautas en las enfermedades de plantas y animales, y la alteración en la calidad nutricional y el rendimiento⁹ de cultivos alimentarios fundamentales¹⁰.

Si bien la agricultura podría incidir de manera decisiva, no es la única causa que pone en peligro la seguridad alimentaria a causa del cambio climático: los fenómenos meteorológicos extremos también podrían poner en peligro los ingresos y los medios de vida de la población urbana que se vería impedida de acceder a los alimentos.

El cambio climático afecta la disponibilidad de alimentos porque modifica el rendimiento de los cultivos, la población de peces y la pro-

ducción y la sanidad animal, además de influir negativamente en los ingresos y los medios de vida rurales. Todo esto pone en riesgo la seguridad alimentaria y, por esta razón, el Papa Benedicto XVI (2008a), en un mensaje enviado a una conferencia organizada por la FAO, mostraba la necesidad de elaborar nuevas estrategias de lucha contra la pobreza y de promoción del desarrollo rural, además de realizar reformas estructurales que permitan afrontar los desafíos de la seguridad alimentaria y del cambio climático.

La volatilidad climática, las sequías, las inundaciones afectan en primer lugar a los más vulnerables: los pequeños agricultores y los trabajadores agrícolas que podrán ver reducida sus ya paupérrimas ganancias y ocasionar una pérdida de activos que menoscabe la futura generación de ingresos. Todo esto hará que, a menor disponibilidad de alimentos, su precio suba, lo cual traerá mayores perjuicios para ese sector de la población que destina el mayor porcentaje de sus ingresos solo a su alimentación. Los cambios en las posibilidades de acceso a los alimentos repercutirán en la situación nutricional de las personas pobres y, entre ellos, afectará especialmente a los niños, tanto por la falta de alimentos como por el aumento de patógenos presentes en ellos y la escasez de agua potable para higiene.

El problema del acceso a los alimentos (principalmente en niños pequeños) puede derivar en una desnutrición crónica que afecta

⁸ La Cumbre Mundial sobre la Alimentación de 1996 definió de esta manera la “seguridad alimentaria”: “Existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana” (FAO, 2009, p. 1).

⁹ Durante el período comprendido entre 1980 y 2008, hubo un descenso del 5,5 % en la producción de trigo y 3,8 % en la de maíz a escala mundial, en comparación con los que se habrían obtenido si el clima se hubiese mantenido estable.

¹⁰ El grano de trigo podría tener un 9 % menos de zinc, 5 % menos de hierro y 6 % menos de proteínas. De la misma manera, en diferentes porcentajes, se vería alterada la composición de nutrientes en el maíz y la soja.

de por vida la capacidad de progreso y, por lo tanto, de las sociedades enteras a las que pertenecen los afectados.

La desnutrición, especialmente aquella provocada por la falta de alimentos (y estímulos afectivos) en los dos primeros años de vida, genera en los niños una lesión cerebral que solo les permite desarrollar un 35 % o 45 % del cerebro, por lo cual algunos van a ser capaces de sumar y restar pero no de multiplicar y dividir, otros van a ser capaces de esto pero no de otro ejercicio más complejo, lo cual hará que abandonen la escuela, no por falta de ganas, sino porque no son capaces de comprender (Albino, 2010). De esta manera, gira la rueda de la pobreza de la cual, en estas condiciones, se hace casi imposible salir.

Los efectos del cambio climático sobre la producción y la productividad de los sectores de la agricultura se traducirán en repercusiones económicas y sociales casi siempre negativas, que afectan de igual modo los ingresos de los hogares como de las naciones: para el año 2033, se proyecta un incremento de 122 millones de personas que vivirán en condiciones de extrema pobreza. La disminución de los ingresos en el sector explica la mayor parte del incremento de la pobreza provocada por el cambio climático, seguido por las repercusiones en la salud como consecuencia del alza de la temperatura y la poca productividad de la mano de obra. Las perturbaciones climáticas reducen notablemente la productividad de las cosechas, restringen el acceso a los alimentos y afectan al capital cuando los activos quedan destruidos o los agricultores se ven obligados a venderlos para superar la crisis de ingresos. Esto hace que merme la capacidad de invertir, con las obvias consecuencias para la seguridad alimentaria futura. En este sentido, se prevé que el cambio climático provoque una disminución sustancial de la tasa de autosuficiencia

alimentaria en los países en desarrollo de alrededor de 12 % para 2050 (Fao 2016).

El cambio climático también podría provocar alteraciones en los modelos de inversión. La incertidumbre desincentiva la inversión en la producción agrícola, lo que podría contrarrestar los beneficios de las alzas en los precios de sus productos, especialmente en los pequeños agricultores que carecen de fácil acceso a créditos y seguros. Esto genera un aumento de los llamados “cultivos de subsistencia” de bajo riesgo y escaso beneficio, con pocas posibilidades de utilizar insumos y poner en práctica nuevas tecnologías.

Las repercusiones del cambio climático variarán según la región, el país y, en última instancia, la situación de vulnerabilidad en este se encuentre inmerso. Para el 2050, en relación con un mundo sin cambio climático, se espera que los rendimientos medios mundiales de los cultivos disminuirán entre un 5 % y un 7 % mientras que la superficie cosechada aumentará un 4 %. Vemos así que el impacto del cambio climático sobre la producción será mínimo, pero la superficie cosechada y los precios de los alimentos básicos se incrementarán dos veces a lo previsto sin variaciones climáticas.

El problema del incremento de insectos y plagas debido al cambio de temperaturas también afecta al turismo, actividad que da empleo directa e indirectamente a gran cantidad de trabajadores. En Neuquén, por nombrar un ejemplo, tenemos el problema del hantavirus, un virus transmitido por un roedor que puede poner en riesgo la vida de las personas. El problema de la enfermedad se ha visto incrementado por el cambio climático, puesto que los inviernos menos crudos han permitido una mayor supervivencia de las crías de los roedores y, con el aumento de esta población, se incrementa tanto la posibilidad de contagio del virus a personas (Lugones, 2014). A causa

del riesgo real de contagio y el miedo de las personas, en el 2019, se vio afectado el turismo en las provincias de Chubut, en la zona de Epu-yén, en Neuquén, en San Martín de los Andes y en Río Negro, donde desde El Bolsón informaron que, por causa del hantavirus, se redujo en un 30 % la cantidad de turistas que llegaron en relación con los esperados (La Voz del Interior, 2019). Esto, a su vez, generó la necesidad de reformar la recaudación impositiva para los implicados, lo que seguramente habrá impactado en los servicios sociales.

De no haber cambio climático, durante el período 2010-2050, la mayoría de las regiones experimentarían una reducción de personas en riesgo de padecer hambre. Sin embargo, las proyecciones son que para el 2050 más de 40 millones más de personas podrían encontrarse en riesgo de subalimentación en comparación con una situación sin variaciones climáticas.

2. La migración climática

Las condiciones climáticas contribuyen a poner en peligro la supervivencia de millones de personas que viven en zonas vulnerables y se ven obligados a dejar su tierra para tratar de mejorar sus condiciones alimenticias. Según un estudio de la Environmental Justice Foundation (2017), "el cambio climático creará la mayor crisis de refugiados que haya visto el mundo", aunque las migraciones internas (dentro del propio país) son mucho mayores que las de quienes emigran a otros países. Esto ocurre gracias a una serie de factores que llevan a las personas a trasladarse y que convierten al cambio climático en un motivo para inhibir o impulsar la emigración.

El Banco Mundial (2018) ha elaborado un informe para que los países se preparen a estas migraciones internas, especialmente en África Subsahariana, Asia Meridional y América Latina donde se espera que para el 2050 sumen

un total de 140 millones de migrantes internos motivados por las sequías, las malas cosechas, el aumento del nivel del mar, las mareas de tormenta, todas derivadas del cambio climático. Hay países, como Bangladés, que casi la mitad de la población depende de la agricultura, por lo que los cambios en la disposición del agua y en la productividad de los cultivos podrían provocar importantes desplazamientos de la población; en África, el país más complicado por el cambio climático es Etiopía, donde entre el 60 % y el 85 % de la población vive de los recursos naturales; en América Latina, se proyecta que para el 2050 habrá 17 millones de migrantes internos.

Sin embargo, hay medidas que pueden tomarse ante estas previsiones, como ser: reducir las emisiones de gases de efecto invernadero; incorporar las migraciones climáticas en la planificación del desarrollo, ya que esta tendencia repercutirá tanto en las zonas urbanas como en las periurbanas, que deberán prepararse mejorando la infraestructura de viviendas y transporte, los servicios sociales y las oportunidades de empleos; diversificar los medios de vida para que las poblaciones puedan encontrar otra forma de subsistencia sin necesidad de abandonar su tierra; planificar y prepararse adecuadamente para tratar este fenómeno según la escala y los patrones que seguirán estas migraciones.

El citado informe del Banco Mundial (2018) nos anticipa que la escala de las migraciones internas provocadas por el cambio climático aumentará hasta el año 2050 y luego se acelerará, y que esto perjudicará a los más pobres, en tanto las personas vulnerables tienen menos oportunidades de adaptarse en el lugar adonde viven o de alejarse de los riesgos y, cuando migran, lo hacen como último recurso. En cambio, los más vulnerables de todos no podrán trasladarse y quedarán atrapados

en zonas que serán cada vez más inviables. Por eso, es muy importante también tener en consideración que, a pesar de la migración prevista, muchas personas seguirán viviendo en el mismo lugar por lo que habrá que invertir en infraestructura con un enfoque inteligente respecto al clima, diversificar las actividades comerciales, establecer sistemas de protección financiera que respondan mejor a las necesidades de grupos vulnerables, entre las acciones más urgentes.

Sin embargo, la adaptación a los lugares vulnerables tiene sus límites, y no siempre parece ser una buena opción, puesto que existe la posibilidad de que las personas se vean inducidas a quedarse en sitios donde sus condiciones de vida se están deteriorando. Por ejemplo, 20 millones de personas en Bangladés están sufriendo las consecuencias en su salud porque el aumento del nivel del mar ha generado la intrusión del agua salada en sus reservas de agua potable.

Es probable que dentro de los países surjan puntos críticos de inmigración y emigración inducida por el clima, que traerá consecuencias significativas y que comenzarán a identificarse más claramente en el 2030. Se estima que para el 2050 su número y su extensión geográfica se incrementará considerablemente (Banco Mundial, 2018). Hablamos de áreas que se vuelven cada vez más marginales y que pueden abarcar ciudades situadas en zonas bajas, costeras y, por tanto, vulnerables al aumento del nivel del mar y áreas de elevado estrés hídrico y agrícola, cuyos pobladores migran a sitios con condiciones climáticas más favorables para la agricultura o a las ciudades, que muchas veces pueden ofrecer mejores oportunidades para desarrollar diferentes medios de subsistencia, pero no siempre logran incluir a los migrantes en sus tareas productivas. En estos casos, los inmigrantes pasan a engrosar los números

cada vez más grandes de pobreza y marginalidad que están presentes, como vidas paralelas, en las grandes metrópolis.

Para evitar esta situación, es necesario un contexto propicio para la inmigración a través de la creación de empleo y programas de capacitación. Estas estrategias que apoyan la migración interna también lo deben hacer con los habitantes de las comunidades de origen y destino. Un ejemplo de esta situación es la de la ciudad de Tarawa Sur, la capital de Kiribati, que vio incrementada su población de 1 600 en 1 947 a 50 000 en la actualidad, y se convirtió así en una de las zonas más densamente pobladas del planeta debido a que otras islas de su nación se volvieron inhabitables por la elevación del nivel del mar. Si bien en Kiribati llueve frecuentemente, los tanques necesarios para recolectar agua de lluvia son escasos y gran parte de la población local depende de acuíferos para beber agua, aunque la existencia de estos también está en peligro ya que, si se sigue elevando el nivel del mar, podrían ser contaminados por este, lo cual llevaría sin dudas a una gran crisis humanitaria (La Nación, 2020).

Este mismo país, conformado por 33 islas de las cuales solo 22 están habitadas, nos servirá también para ejemplificar lo que es la emigración forzada, puesto que se espera que en quince años Kiribati (al igual que Maldivas y Tuvalu) desaparezcan como consecuencia de la elevación del nivel del mar, siendo uno de los lugares más vulnerables del mundo al cambio de temperatura. Si bien Kiribati posee la reserva marina más importante del Pacífico Sur, el calentamiento global dificulta la reproducción de arrecifes en la zona, lo cual incrementa aún más los riesgos de aumento del nivel del mar.

Aquí se puede ejemplificar aquello que ya hemos dicho, cómo aquellos que participan en menor medida en las emisiones de gases de

efecto invernadero —ya que es uno de los países más pequeños, con una extensión de 811 kilómetros cuadrados— son los que sufren con mayor gravedad los efectos del cambio climático y, si no media un cambio radical, 100 000 personas se quedarán sin hogar y se convertirán en refugiados climáticos. Porque, como dice António Guterres (2011), secretario general de la ONU, las personas que se ven obligadas a dejar sus lugares de origen para emigrar a otros países donde poder sobrevivir no deben ser considerados inmigrantes comunes, sino que deben adquirir el rango de “refugiados” con todos los derechos que eso conlleva, porque ellos no se mudan voluntariamente, sino que abandonan cada vez más sus hogares

a causa de la interacción entre la degradación ambiental, los peligros naturales y el cambio climático y los efectos de la rápida urbanización, la escasez de agua y la inseguridad alimentaria y energética, agravada por “la desertificación, la sequía, las inundaciones y la creciente gravedad de los desastres (Türk como se cita en Goodwin-Gil y McAdam, 2017, p. 6).

En América Latina, los desplazamientos por motivos climáticos representan el 24 % del total mundial, el tercer puesto después de Asia del Este y el Pacífico. Solo en el año 2017, en toda América, 4,5 millones de personas se vieron obligadas a desplazarse por motivos climáticos, de los cuales 3 millones lo han hecho en solo un mes a causa de los huracanes Harvey, Irma y María. En Sudamérica, entre el año 2000 y el 2015, se contó un total de 8 millones

de migrantes climáticos, mientras que entre el 2008 y el 2014, Colombia, Chile y Brasil estuvieron dentro de los 20 países del mundo con mayor número de desplazados por problemas climáticos.

3. Megaminería¹¹

Existen ciertas actividades comerciales que, ya en condiciones normales, son perjudiciales para las zonas donde se desarrollan, pero que, en circunstancias de cambio climático, implican empujar a sus pobladores directamente a la pobreza. Nos referimos aquí a la megaminería que, lamentablemente, presenta grandes emprendimientos en varias provincias argentinas.

En sí misma, la megaminería o minería a cielo abierto puede ser considerada enemiga del medioambiente debido a que usa toneladas de sustancias contaminantes, tiene grandes necesidades energéticas que satisface con electricidad y combustibles fósiles, utiliza elevados volúmenes de agua por largos períodos de tiempo, genera drenaje de ácidos de las minas, provoca altos niveles de tráfico y, cuando termina su explotación, deja importantes residuos ambientales, además de los pasivos sociales.

Como podemos ver, es una actividad que afecta a la sociedad, en general, y a los pobres, en particular. Pero no solo eso: es además una actividad que repercute de manera significativa en el incremento del cambio climático, ya que es uno de los mayores factores de generación de gases de efecto invernadero y, junto con la industria metalúrgica, es la responsable del 20 % de las emisiones globales de estos gases.

¹¹ Para saber más acerca de la megaminería, pueden consultar el manual *Hablemos de megaminería* de la Unión de Asambleas ciudadanas de Chubut (s.f), el ensayo “Basureros nucleares” (Buenas Tareas, 2012), el texto “Das Neves otorgó yacimiento de uranio o basurero nuclear a una compañía inglesa. Chubut tendrá su nuevo basurero nuclear” (Hualaue, 2010) y/o el artículo de Acción Ecológica (2010).

Las fundiciones metalúrgicas demandan grandes cantidades de energía en los procesos de remoción de humedad, calentamiento de menas, fusión, recristalización, destilación, electrólisis, entre otros. A su vez, la producción de material particulado de plomo o azufre alteran la composición atmosférica local y regional, y provoca que la atmósfera se vuelva más seca y caliente. También, la extracción de carbón y su posterior quema para termoeléctricas son responsables directos del cambio climático a causa de la combustión de este hidrocarburo y no hay que dejar de considerar que durante el transporte de los productos se emiten también muchos gases con efecto invernadero: tan solo un camión de los utilizados en tareas de estas mineras puede llegar a superar el consumo de 6 000 litros de combustible por día de trabajo.

Además del calentamiento directo ocasionado en atmósfera por la emisión de óxidos de nitrógeno, ozono y metano (CH₄), la industria minera incrementa indirectamente el calentamiento global al ocupar tierras agrícolas fértiles, generar la pérdida de bosques causando deforestación, degradar los suelos y expandirse a territorios indígenas, quienes han cuidado por miles de años los bosques que regulan el clima de la tierra.

CONCLUSIÓN

La lucha contra la pobreza se presenta como un deber moral de toda la humanidad que a los cristianos interpela de manera especial, ya que en cada hombre que sufre vemos a un hermano, hijo del mismo Padre, y porque sabemos que la pobreza es fruto del pecado que debemos combatir, primero en nosotros mismos y luego en la sociedad en general.

Como hemos visto, el cambio climático genera en las poblaciones menos favorecidas re-

percusiones gravísimas que los condenan a una vida llena de carencias donde deben luchar diariamente para sobrevivir. Pero, también, hemos visto que la responsabilidad por esta situación ambiental y atmosférica está principalmente en aquellos que no sufren estos daños o, al menos, no padecen sus consecuencias de forma directa. Por eso, la lucha contra el cambio climático debe realizarse mediante un cambio de estilo de vida, producción y consumo. Un cambio que es moral y técnico, que implica abandonar el uso intensivo de combustible fósil y reemplazarlo por energías limpias y renovables, y limitar la deforestación para promover la agricultura. Este cambio se presenta como parte de la lucha por la justicia social, trabajo en el cual todos deberíamos sentirnos urgidos a involucrarnos, puesto que todos, en mayor o menor medida, colaboramos en la emisión de gases de efecto invernadero.

En la actual situación de pandemia, gracias a las cuarentenas obligatorias en gran parte del mundo, las emisiones de CO₂ responsables del cambio climático se redujeron en forma significativa. Sin embargo, esto no se traduce necesariamente en un gran avance en la lucha contra el cambio climático. Por el contrario, esta situación sí es un cambio significativo en la vida de muchas personas que han caído en la pobreza. Estos nuevos pobres que engrosan las filas de los ya existentes obligan a las sociedades en general, y a los gobiernos en particular, a pensar programas especiales para aliviar la situación en estos momentos de recesión, generar empleos genuinos y poner en marcha distintos programas sociales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acción Ecológica. (29 de marzo de 2010). Minería y cambio climático. *Ecoportal*. Recuperado de <https://www.ecoportal.net/>

- temas-especiales/mineria/mineria_y_cambio_climatico/
- Albino, A. (2010). *Gobernar es poblar*. Argentina: Editorial Logos.
- Alejandro Beletzky. (21 de junio de 2018). "Quieren convertir la Patagonia en un basurero nuclear" [Entrada de blog]. Movimiento Antinuclear de Zárate y Campana. Recuperado de <https://movimientoantinuclearzc.wordpress.com/2018/08/02/quieren-convertir-la-patagonia-en-un-basurero-nuclear/> [13 de febrero de 2020].
- Antonio Cerrillo. (1 de agosto de 2018). Muerres por calor extremo. *La Vanguardia*. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/natural/20180801/451180103666/ola-calor-aumento-mortalidad-futuro-calentamiento.html> [5 de enero de 2020].
- António Guterres. (7 de diciembre de 2011). Statement by Mr. António Guterres, United Nations High Commissioner for Refugees, Intergovernmental Meeting at Ministerial Level to mark the 60th anniversary of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 50th anniversary of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness. *The UN Refugee Agency*. Recuperado de <https://www.unhcr.org/admin/hcspeeches/4ecd0cde9/statement-mr-antonio-guterres-united-nations-high-commissioner-refugees.html> [30 de octubre de 2019].
- Banco Mundial. (19 de marzo de 2018). *#Groundswell: Prepararse para las migraciones internas provocadas por impactos climáticos*. Recuperado de <https://www.bancomundial.org/es/news/infographic/2018/03/19/groundswell---preparing-for-internal-climate-migration> [23 de mayo de 2019].
- Benedicto XVI. (6 de julio de 2006). *Mensaje del Papa Benedicto XVI a su Santidad Bartolomé I, Patriarca de Constantinopla*. Recuperado de http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/letters/2006/documents/hf_ben-xvi_let_20060706_bartolomeo-i.html
- Benedicto XVI. (2 de junio de 2008a). *Mensaje del Santo Padre Benedicto XVI a los participantes de la cumbre de la FAO celebrada en Roma*. Recuperado de http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/messages/pont-messages/2008/documents/hf_ben-xvi_mes_20080602_fao.html [23 de mayo de 2019].
- Benedicto XVI. (13 de octubre de 2008b). *Mensaje del Papa Benedicto XVI a la FAO en ocasión de la Jornada Mundial de la Alimentación*. Recuperado de http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/messages/food/documents/hf_ben-xvi_mes_20081013_world-food-day-2008.html [8 de septiembre de 2019].
- Buenas Tareas. (18 de diciembre de 2012). *Basureros Nucleares*. Recuperado de <https://www.buenastareas.com/ensayos/Basureros-Nucleares/6894036.html> [13 de febrero de 2020].
- Cambio Climático Global. (s.f.). *Consecuencias del cambio climático*. [Entrada de blog]. Recuperado de <https://cambioclimaticoglobal.com/consecuencias-del-cambio-climatico> [8 de enero de 2020].
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós.
- Declaraciones de la Iglesia. (s.f.). *Movimiento Católico Mundial por el Clima*. Recuperado de <https://catholicclimatemovement.global/es/church-statements-pastoral-letters-etc-es/> [23 de mayo de 2019].
- Environmental Justice Foundation. (2017). *Protecting climate refugees*. Recuperado de <https://ejfoundation.org/what-we-do/climate/protecting-climate-refugees>

- Faith Statements on the Enviroment. (s.f). Earth Ministry. Recuperado de <https://earth-ministry.org/faith-statements/> [23 de mayo de 2019].
- Francisco. (24 de mayo de 2015). Carta Encíclica *Laudato Si* del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común. Recuperado de http://www.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_sp.pdf
- Goodwin-Gil, G. S. y McAdam, J. (2017). *ACNUR & cambio climático, desastres y desplazamientos*. Recuperado de <https://www.acnur.org/5d4c9b7f4.pdf> [24 de noviembre de 2019].
- Hantavirus: caen las reservas en zonas aledañas a la afectada. (24 de enero de 2019). *La Voz del Interior*. Recuperado de <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/hantavirus-caen-reservas-en-zonas-aledanas-afectada> [27 de febrero de 2020].
- Hualae. (23 de noviembre de 2010). Das Neves otorgó yacimiento de uranio o basuro nuclear a una compañía inglesa. Chubut tendrá su nuevo basurero nuclear. [Entrada de blog]. Recuperado de <https://identidadlra9.blogspot.com/2010/11/das-neves-le-otorgo-otro-yacimiento-de.html> [13 de febrero de 2020].
- Jonas, H. (1995). *El principio de responsabilidad*. Barcelona: Herder.
- Juan Pablo II. (1 de enero de 1990). *Mensaje de su Santidad Juan Pablo II para la celebración de la XXIII Jornada Mundial de la Paz*. Recuperado de http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19891208_xxiii-world-day-for-peace.html [5 de mayo de 2019].
- Juan Pablo II. (1 de mayo de 1991). Carta Encíclica *Centesimus Annus* del Sumo Pontífice Juan Pablo II en el centenario de la *Rerum Novarum*. Recuperado de http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html
- Kant, E. (1980). *La fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa Calpe.
- Kiribati, el país superpoblado del Pacífico Sur que será inhabitable en menos de 15 años. (21 de enero de 2020). *La Nación*. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/kiribati-el-pais-superpoblado-del-pacifico-sur-que-sera-inhabitable-en-menos-de-nid2325888> [21 de enero de 2020].
- Los Adobes, la mina de uranio que fue escenario de cuatro muertes dudosas. (8 de noviembre de 2016). *El Patagónico*. Recuperado de <https://www.elpatagonico.com/los-adobes-la-mina-uranio-que-fue-esenario-cuatro-muertes-dudosas-n1519489> [13 de febrero de 2020].
- Lugones, J. R. (2014). *Una tierra habitable para todos*. Buenos Aires: Claretiana.
- Milvia Morciano, M. (2012). *Per una ecología dell' uomo. Antología di testi di Benedetto XVI*. Vaticano: Librería Editora Vaticana.
- Naciones Unidas. (s.f). Cambio climático. [Entrada de blog]. Recuperado de <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/climate-change/index.html> [5 de mayo de 2020].
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura [FAO]. (2009). *Declaración de la Cumbre Mundial sobre la Seguridad Alimentaria*. Recuperado de <http://www.fao.org/tempref/docrep/fao/Meeting/018/k6050s.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura [FAO]. (2016). *El estado mundial de la agricultura y la alimentación. Cambio climático, agricultura*

- y seguridad alimentaria. Recuperado de <http://www.fao.org/3/a-i6030s.pdf> [12 de mayo de 2019].
- Pablo VI. (14 de mayo de 1971). Carta Apostólica *Octogesima Adveniens*. Recuperado de http://www.vatican.va/content/paul-vi/es/apost_letters/documents/hf_p-vi_apl_19710514_octogesima-adveniens.html [5 de abril de 2019].
- Pontificio Consejo Justicia y Paz. (2005). *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*. Buenos Aires: Conferencia Episcopal Argentina.
- The Lancet. (13 de noviembre de 2019). The 2019 report of The *Lancet* Countdown on health and climate change: ensuring that the health of a child born today is not defined by a changing climate. [Artículo de revista científica]. Recuperado de [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(19\)32596-6.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(19)32596-6.pdf) [23 de febrero de 2020].
- Unión de Asambleas Ciudadanas de Chubut. (s.f.). *Hablemos de megaminería*. Recuperado de <https://megamineria.com.ar/hablemos-de-megamineria/>

Gobernanza política en Latinoamérica en tiempos del COVID-19

Politico governance in Latin America in times of COVID-19

Carla Torcoletti¹

Resumen

Este trabajo aporta una mirada sobre Latinoamérica, y presta especial atención al concepto de gobernanza, especialmente en el contexto de la pandemia de covid-19. El virus ha traído innumerables efectos negativos en la región que deben tratar de mitigarse a partir del acuerdo y la toma de decisiones eficaces de los gobiernos. Antes de la pandemia, la región mostraba una complicada situación de gobernanza en muchos de sus países, por lo que la explosión del virus no hizo más que acentuarla.

En este trabajo, definiremos el concepto gobernanza, para luego hablar de sus diferentes aspectos y ver cómo se traducen empíricamente en los Estados que conforman esta región. Abordaremos el indicador del juego de poder entre los actores y la calidad del sistema, y analizaremos cómo la pandemia ha venido a plantear —al menos— enormes interrogantes sobre los modos de los gobiernos para conducir y direccionar sus sociedades.

Palabras clave: gobernanza - Latinoamérica - covid-19 - perspectivas

Abstract

This paper provides an overview of Latin America, and pays particular attention to the concept of governance, especially in the context of the COVID-19 pandemic. The virus has brought countless negative effects to the region that should be mitigated through effective government agreement and decision-making. The region, prior to the pandemic, showed a complicated governance situation in many of its countries, and the explosion of the virus only accentuated that situation.

In this paper, we will define the concept of governance and then discuss its different aspects, and see how they empirically translate into the States of our region. We will address the indicator of the power game among the actors and the quality of the system, and how the pandemic has come to pose —at least— enormous questions about the ways in which governments conduct and direct their societies.

Keywords: governance - Latin America - covid-19 - perspectives

Relaciones Internacionales/ ensayo científico

Citar: Torcoletti, C. (2020). Gobernanza política en Latinoamérica en tiempos del COVID-19. *Omnia. Derecho y sociedad*, 3 (3), pp. 101-108.

¹ Universidad Católica de Santiago del Estero. Licenciada en Ciencia Política Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (UNPSJB); docente en la Licenciatura en Relaciones Internacionales en la Universidad Católica de Santiago del Estero-Departamento Académico San Salvador (UCSE-DASS); docente en el Instituto Superior de Seguridad Pública de Jujuy; coordinadora del área de Ciencia Política y del Observatorio de Políticas Públicas del Centro de Estudios en Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la UCSE-DASS. Investigadora dentro de la UCSE-DASS. tcarla@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Para comenzar a adentrarnos en los adversos y complicados vaivenes de la variable gobernanza en los escenarios latinoamericanos en los tiempos del COVID-19, es imprescindible explicitar en primer lugar qué entendemos por “gobernanza”.

En boca de diferentes autores, este concepto muestra diversos matices. Por ejemplo, Beltramin (2016) la define como “aquella capacidad que tienen las sociedades para proveer un sistema de gobierno que permita el desarrollo de los sistemas sociales y obviamente, de los individuos que forman parte de ellos” (p. 150). Si bien esta definición pone el acento en el concepto de desarrollo, particularmente interesante para este trabajo, deja fuera elementos que consideramos centrales para comprender el fenómeno, como ser el papel de las relaciones entre los actores sociales y políticos. A causa de ello, en este ensayo, recuperaremos la siguiente definición que incorpora perspectivas que la anterior deja de lado:

Gobernanza es la realización de relaciones políticas entre diversos actores involucrados en el proceso de decidir, ejecutar y evaluar decisiones sobre asuntos de interés público, proceso que puede ser caracterizado como un juego de poder, en el cual competencia y cooperación coexisten como reglas posibles; y que incluye instituciones tanto formales como informales. La forma e interacción entre los diversos actores refleja la calidad del sistema y afecta a cada uno de sus componentes; así como al sistema como totalidad. (Whittingham Munévar, 2010, p. 222)

Antes de desenredar la trama de esta última definición y mirar a través de ella al subcontinente americano, debemos señalar que

este concepto se acuñó porque los Estados, luego de las crisis de posguerra (y este rasgo se profundiza medida que el tiempo pasa), se encuentran condicionados por numerosos factores internos y externos que les impiden el grado de libertad de acción que antes tenían. Con la globalización avanzando y transformándose en “glocalización” (Robertson, 2003) desde hace décadas, los Estados van perdiendo su soberanía en muchos aspectos: en lo económico, lo social y lo político, por nombrar solo algunos. En este marco, es útil el concepto de gobernanza, pues permite ver todas las caras del desarrollo de un Estado (o de su estancamiento o debilitamiento, si fuera el caso). Para analizar el tema que nos ocupa en el presente trabajo es preciso tener claro dicho concepto.

Como sabemos, la pandemia ha trastocado todos los ámbitos de la vida de los Estados y los individuos. Al decir de Sanahuja (2020), “la pandemia de la COVID-19 tiene un alcance sistémico, ya que afecta a todas las dimensiones de la vida social, y se proyecta a escala global” (p. 28). Por esta razón, se hace necesaria la reflexión sobre el fenómeno, e intentaremos ver aquí los aspectos más importantes de este alcance sistémico de la emergencia sanitaria.

Los escenarios en los que nos sitúa la pandemia tienen matices muy variados según el contexto geográfico desde donde los miremos. Hay Estados latinoamericanos que, ante los efectos negativos del COVID-19, se han encontrado mucho más preparados y organizados que otros. Sin embargo, a pesar de las diferencias, podemos coincidir en que en América Latina el aspecto sanitario tiene un cuadro mucho más complejo que en los países europeos, donde el virus hizo estragos (como Italia y España). Antes de la llegada de la pandemia, nuestros países tenían una complicada situación sanitaria y destinaban muchos menos recursos a salud pública que los países europeos.

Para ilustrar lo anterior, veamos algunos datos de la región: Brasil, que es el que tiene uno de los mejores sistemas de salud de Latinoamérica, invierte en él menos de la mitad de lo que invierte España en el suyo (Arturo Wallace, 2020). Además del gasto, otro problema es la distribución de los servicios de salud: es muy desigual e inequitativa. De hecho, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) calcula que un 30 % de la población latinoamericana no tiene acceso a la atención sanitaria por razones económicas (OPS, 2019). Esta pandemia tendrá devastadoras consecuencias sobre uno de los bienes públicos más importantes que debe resguardar el Estado: la salud. Pero, por supuesto, las consecuencias no se darán solo en ese campo.

ESCENARIO ECONÓMICO Y SOCIAL

Pasemos ahora al aspecto económico. Luego de la crisis, quedará (ya lo estamos viendo) un quiebre sin precedentes, tanto del lado de la oferta como de la demanda: la interrupción de las cadenas de producción, las alarmantes disminuciones de ganancias, la pérdida de capacidad de compra de los consumidores, el aumento del desempleo, entre otros. No solo para los ciudadanos y las empresas hay oscuros horizontes en el futuro, sino también para los Estados que, entre otras cosas, ven que la actividad económica de sus principales socios comerciales ha caído estrepitosamente (es el caso, por ejemplo, de China). Entonces, nuestros países se ven obligados a endeudarse irremediabilmente para intentar sortear, en el presente, los apremiantes compromisos que supone sostener la economía y, a la vez, resguardar la salud de la mayor cantidad de ciudadanos posible. A futuro, esto los llevará a verse imposibilitados de cumplir con las obligaciones de la deuda y, por supuesto, podría

producir que sus tasas de crecimiento sean bajísimas, cuando no negativas.

Dedicaremos ahora unas líneas a la cuestión social. La retracción (y, en muchos casos, paralización) de la actividad económica está llevando al aumento del subempleo y el desempleo, fenómeno que afecta sobre todo a los grupos más vulnerables, como los del sector informal. La Organización Internacional del Trabajo (2020) estima que es probable que las familias más pobres envíen a sus hijos a trabajar, lo cual aumentará la cantidad ya elevada de trabajo infantil registrada antes de la pandemia. Según estimaciones de la OIT, 7,3 % de los niños de 5 a 17 años (unos 10,5 millones en la región) trabajan.

Todo lo dicho se traducirá en el aumento de los índices de pobreza y de pobreza extrema. La crisis tendrá impactos más profundos entre los grupos más vulnerables y desprotegidos como son los adultos mayores, las personas con enfermedades crónicas, los trabajadores informales y/o migrantes, los jóvenes desempleados, las personas subempleadas y las mujeres. Esto, inevitablemente, conllevará una profundización de la desigualdad.

Otras expresiones en esta línea son el agravamiento del racismo y la xenofobia en la región. Los gobiernos, tanto a nivel nacional como local, están restringiendo el tránsito de personas a través de las fronteras, para intentar contener los contagios. Este proceso tiene como contracara que muchos ciudadanos señalan como vehículo del contagio a determinados grupos sociales relacionados con etnias o nacionalidades específicas. Por ejemplo, en la frontera argentino-boliviana, el cruce ilegal de bolivianos hacia la Argentina profundiza los problemas preexistentes relacionados con el uso de servicios estatales argentinos por parte de personas extranjeras, servicios y recursos que hoy se muestran como insuficientes para los residentes locales.

ESCENARIO POLÍTICO

En lo que al escenario político respecta, estos fenómenos ocurren en un contexto marcado por la inestabilidad e incluso, en algunos casos, la agitación política. Esta situación tiene múltiples aristas, y una de ellas es la crisis de desconfianza hacia los gobiernos. Al respecto, la OECD (2019) en su informe registra que cerca del 77 % de los latinoamericanos no creen en la honestidad de los procesos electorales, un 85 % piensa que la corrupción es un fenómeno generalizado y alrededor del 66 % duda del sistema judicial; estos porcentajes son los más altos con respecto a décadas anteriores. La pérdida de confianza en las instituciones democráticas aumentará exponencialmente si la ciudadanía no percibe desde los gobiernos respuestas adecuadas ante los desastres originados por la pandemia. Muestra de esto es que en muchos lugares la desprotección de los sectores más pobres y sus dificultades para contar con los bienes básicos de subsistencia han derivado en protestas y estallidos sociales de variable gravedad según las localidades.

A lo antes dicho, agreguemos que los Estados se vieron en la necesidad de avanzar sobre ciertas libertades de los ciudadanos para intentar contener los contagios. Muchos consideraron como la medida más efectiva evitar los contactos personales. En este caso, los gobiernos han implementado el aislamiento obligatorio, que restringe el derecho de circulación. En segundo lugar, muchas decisiones fueron impuestas por decreto porque la apremiante situación requería de una velocidad en la ejecución de políticas que no permite el debate legislativo ni el proceso habitual de sanción de leyes. En relación con esto, veamos la diferencia con tiempos anteriores a la pandemia cuando, por ejemplo, en Argenti-

na, fueron tan discutidos los decretos de necesidad y urgencia incorporados en la última reforma constitucional de 1994. También, la postergación de actos electorarios es otra restricción de los derechos políticos. En diez países de la región, se aplazaron elecciones para llevarlas adelante, a la segunda mitad del año 2020. La mayoría eran sufragios subnacionales, aunque también cuenta aquí el esperado plebiscito en Chile y las elecciones nacionales en Bolivia y República Dominicana, entre otras.

Otra medida muy discutida fue la implementación de aplicaciones móviles para localizar a los ciudadanos. Los datos recopilados por estas tienen la finalidad de armar un árbol de contactos del enfermo, y así poder informarles y aislarlos, si fuera el caso, para evitar la propagación de la enfermedad. Además, se utiliza para identificar las zonas geográficas más complicadas por la epidemia. Estas herramientas han suscitado fuertes discusiones e, incluso, recursos ante la justicia, porque muchas personas las consideran como invasión a la privacidad y dudan del uso que se hará de los datos que estas aplicaciones recaban. En Argentina, por mencionar un ejemplo, el gobierno provincial jujeño se vio obligado a dejar de utilizar la aplicación SIMMOV, luego de la decisión de un juzgado en este sentido, a pesar de estar enmarcada en la ley nacional de protección de datos personales. Por último, citaremos la prohibición de protestas o manifestaciones públicas debido al confinamiento obligatorio.

Estas y otras medidas en la misma dirección solo son sostenibles dentro del Estado de Derecho si no se prolongan en el tiempo. Pero, al momento, en el ojo de la tormenta del COVID-19, tampoco se puede definir cuánto es el tiempo necesario para frenar las consecuencias fatales del virus.

CONTEXTO INTERNACIONAL

En cuanto al contexto internacional de los Estados, se observa que la crisis geopolítica ya iniciada en el 2008 tiene en el 2020 una “previsible profundización de la disputa geopolítica sobre América Latina y el Caribe entre los poderes globales establecidos y emergentes” (CLACSO, 2020). En este sentido, es imprescindible para América Latina tomar como una oportunidad la crisis de la pandemia y rever sus relaciones con las potencias mundiales. Es interesante observar cómo China ha abordado la pandemia con más coherencia y organización que Estados Unidos, o muchos de los países de Europa. Antes de la crisis originada por el COVID-19, nuestra región había comenzado a establecer relaciones comerciales con Asia, cada vez más profundas. Este es el contexto en el que se amplían, quizás, las posibilidades de acentuar las relaciones con otros centros (como China, por ejemplo), en lugar de mirar a Estados Unidos o Europa como tanto tiempo lo ha hecho Latinoamérica. La globalización implica también esto: no dejar de conectarse con Estados Unidos o Europa, sino profundizar las relaciones con Asia, particularmente con China.

Desde el inicio de la pandemia, en Latinoamérica se hace cada vez más clara la necesidad de que los gobiernos planifiquen de forma consistente, coherente y adecuada a la coyuntura, con miras al largo plazo. Hoy, necesariamente, las medidas tomadas por los actores de decisión se van diseñando e implementado sobre la base de procesos de “prueba y error”. Asimismo, se repite el problema de las contradicciones que surgen entre autoridades locales y gobiernos nacionales en cuanto a la toma de decisiones o implementación de políticas. Esta misma descoordinación se observa entre países al interior de los bloques de integración regional a los que pertenecen.

LA GOBERNANZA LATINOAMERICANA EN CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE COVID-19

Luego de este recorrido por las áreas económica, social y política afectadas por la pandemia, volvamos a la definición de gobernanza propuesta, que nos es útil para analizar el escenario actual.

En primer lugar, como adelantamos párrafos atrás, con el término “gobernanza” hacemos referencia a las relaciones políticas entre los actores que intervienen en los procesos de decisión, ejecución y evaluación en asuntos de interés público. Esta parte del Estado se ve sumamente comprometida debido a la pandemia. Actualmente, se ha acentuado una tendencia que existía antes de la aparición del COVID-19 que da cuenta de administraciones públicas descoordinadas que duplican esfuerzos y dejan necesidades sin cubrir mientras que otras sobreatendidas. En la región, muchas de las dificultades de los gobiernos para dar respuesta a la crisis provienen de la falta de acuerdos y cooperación entre gobiernos nacionales, provinciales y locales, o entre los representantes del oficialismo y la oposición (ya que no todo se pudo llevar adelante por decreto). Esta situación pandémica presiona a los gobernantes a poner entre paréntesis sus diferencias y lograr acciones coordinadas y eficaces. En los meses que van desde marzo a julio de 2020, ya podemos contar con muchas experiencias en América Latina en las que se ha podido comenzar a trabajar organizadamente. Por ello, se vislumbra una oportunidad de cambiar el rumbo de la política en nuestra región.

En este sentido, tenemos una visión optimista de la situación. Toda crisis es una posibilidad de crecimiento y oportunidad. Como contrapartida de lo antes expuesto, en muchos casos se vieron acuerdos y definiciones que se llevaron adelante entre partidos políticos o ni-

veles de gobierno que en otros momentos hubieran sido impensables. La pandemia puede ser el puntapié inicial para que actores diversos puedan ver que aunar esfuerzos, en pro de la ciudadanía, es ganancia para todos.

La pandemia hace patente la necesidad de avanzar hacia instituciones eficaces, abiertas e innovadoras para favorecer el desarrollo en la zona. Quizás, este sea el momento de que (a la fuerza) comiencen a surgir iniciativas de colaboración entre los actores que deciden (y se desarrollen las ya existentes).

Otro elemento de la conceptualización de gobernanza es el “juego de poder, en el cual competencia y cooperación coexisten como reglas posibles” (Whittingham Munévar, 2010, p. 221). Aquí, queremos detenernos una idea cada vez más difundida que sostiene que la globalización no ha funcionado como se esperaba y que es necesario reformarla profundamente. La fragilidad del sistema mundial se ha hecho mucho más evidente desde la crisis del 2008. Y esta situación ha sido agravada por las desigualdades entre los países y entre los grupos sociales. Todos los ciudadanos y gobiernos del mundo se encuentran inmersos en el contexto de la pandemia al mismo tiempo y esto podría servir para que los Estados se planteen seriamente la necesidad de reformular esas relaciones asimétricas y desiguales entre países y grupos sociales.

Por último, nos detengamos en el siguiente aspecto de la definición de gobernanza: “la forma e interacción entre los diversos actores refleja la calidad del sistema y afecta a cada uno de sus componentes; así como al sistema como totalidad” (Whittingham Munévar, 2010, p. 222). Sin duda, todo lo dicho en este trabajo muestra cómo la pandemia, en cuanto a la calidad del sistema, se ha mostrado como “una crisis dentro de otra crisis”, que afecta tanto a los Estados como a los ciudadanos, al sistema

político y a sus actores individuales. Es en este punto donde los actores locales tienen un papel mucho más relevante que en otros tiempos. Los gobiernos locales son protagonistas fundamentales de la gobernanza, pues es en los ámbitos más cercanos al ciudadano donde pueden abrirse espacios de participación e implementar acciones con más celeridad.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, podríamos decir que el escenario tan desalentador que se presenta hoy ante los ojos de muchos latinoamericanos y de sus dirigentes debe ser visto como una oportunidad de cambiar el rumbo de las políticas públicas, de conducirnos hacia gobiernos más transparentes, innovadores y eficaces, de repensar las relaciones exteriores de competencia y cooperación. Probablemente, nunca antes atravesamos una situación donde todos podemos ser parte del problema y todos, también, parte de la solución.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beltramin, J. (2016). En torno al sentido de gobernabilidad y gobernanza: delimitación y alcances. *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, 67, pp. 149-162.
- CLACSO. (2020). *COVID-19: Catalizador de la crisis mundial y el nuevo papel de China*. Recuperado de <https://www.clacso.org/COVID-19-catalizador-de-la-crisis-mundial-y-el-nuevo-papel-de-china/>
- OECD et al. (2019). *Perspectivas económicas de América Latina 2019: Desarrollo en transición*. Recuperado de <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/g2g9ff1a-es.pdf?expires=1599493060&id=id&accname=guest&checksum=311C05EF4C55B57F8162DD6D6CBB524C>

- Organización Internacional del Trabajo. (2020). *El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas*. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefing-note/wcms_739158.pdf
- Organización Panamericana de la Salud. (2019). *Indicadores básicos 2019: Tendencias de la salud en las Américas*. Recuperado de https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/51543/9789275321287_spa.pdf?sequence=7&isAllowed=y
- Robertson, R. (2003). Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad. En Monedero (Coord.). *Cansancio del Leviatán: problemas políticos de la mundialización*, pp. 261-284. España: Trotta.
- Sanahuja, J. A. (2020). COVID-19: riesgo, pandemia y crisis de gobernanza global. En Mesa (Coord.) *Riesgos globales y multilateralismo: el impacto de la COVID-19 Anuario (2019-2020)*. Recuperado de <https://ceipaz.org/wp-content/uploads/2020/05/0.2020-ANUARIO-COMPLETO.pdf>
- Wallace, A. (23 de marzo de 2020). Coronavirus: qué capacidad tienen realmente los países de América Latina para hacer frente a la epidemia de COVID-19. *BBC News Mundo*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51916767>
- Whittingham Munévar, M. V. (2010). ¿Qué es la gobernanza y para qué sirve? *Revista Análisis Internacional*, 2, pp. 219-236.

Jurisprudencia y Doctrina

El coronavirus como enfermedad profesional (no listada). Interrogantes motivados por la calificación

Coronavirus as an occupational disease (not listed).
A series of questions motivated by the rating

María Paula Carril¹

Resumen

Los alcances y el impacto que tiene el covid-19 en las relaciones laborales es incuestionable. Afecta de manera transversal los derechos y obligaciones del empleador y del trabajador, en particular sobre el deber de prestación de éste y de ocupación de aquél, y obliga a todos los operadores jurídicos a indagar sobre los alcances que relacionan esta pandemia y el sistema de la LRT.

La calificación como enfermedad profesional (no listada) del covid-19 significó una respuesta que fue demandada desde el inicio de la pandemia y un remedio a la confusión que generaba la cobertura de ese espectro de trabajadores frente al escenario en que nos posicionó el contagio de la enfermedad. Pero si bien logró tales objetivos, abrió una serie de interrogantes que no resulta cuestión menor analizar y a los que, en algún momento, el derecho, concebido como sistema de normas y principios deberá dar respuesta. El coronavirus importa un riesgo del trabajo que, cumplidos ciertos presupuestos, cae en la órbita de la LRT y dispara la responsabilidad de los empleadores y de las ART. La pandemia gestó un debate —que recién comienza— en el núcleo central del sistema previsto por la Ley de Riesgos del Trabajo.

Palabras clave: coronavirus - enfermedad profesional no listada - riesgo del trabajo - decreto 367/20

Abstract

The scope and impact of the covid-19 in labor relations is unquestionable. It transversally affects the rights and obligations of both the employer and the worker, in particular regarding the duty to provide services of the latter and to employ of the former; and it forces all legal operators to inquire about the scope of the relationship between this pandemic and the Labour Risks Law system.

The classification as an occupational disease (not listed) of the covid-19 meant a response that was demanded from the beginning of the pandemic and a remedy to the confusion generated by the coverage of that spectrum of workers in the face of the scenario in which the contagion of the disease positioned us. But although it achieved these objectives, it opened a series of questions that are not minor to analyze and to which at some point, law, conceived as a system of norms and principles, will have to respond. The coronavirus imports a work risk that, once certain assumptions are met, falls into the orbit of Labour Risks Law and triggers the responsibility of employers and the occupational risk insurance companies (ART). The pandemic generated a debate —which has only just begun— in the central core of the system provided by the Labour Risks Law.

Key words: coronavirus – not listed occupational disease - occupational risk - decree 367/20

Derecho / Jurisprudencia y doctrina

Citar: Carril, M. P. (2020). El coronavirus como enfermedad profesional (no listada). Una serie de interrogantes motivada por la calificación. *Omnia. Derecho y sociedad*, 3 (3), pp. 111-120.

¹ Fiscalía General del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy. Abogada por la Universidad Católica de Santiago del Estero - Departamento Académico San Salvador (UCSE- DASS), Posgrado en Derecho Laboral por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Posgrado en Diversidad Cultural y Derecho Penal por la Universidad Nacional de Jujuy (UNJU). Prosecretaría Técnica de Juzgado en Secretaría de Superintendencia del Poder Judicial de Jujuy (2013-2015) y Actuaría Fiscalía General del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy (2015 hasta la actualidad). mpcarril@justiciajujuy.gov.ar

INTRODUCCIÓN

Ante la inicial incertidumbre que suscitaba la existencia del coronavirus, su vinculación al mundo laboral y específicamente su condición de posible riesgo del trabajo, y la inevitable discusión doctrinaria y jurisprudencial que se abriría al respecto, surgió el DNU 367/2020 como instrumento que, de alguna manera, llegó a adecuar de un modo circunstancial pero necesario el Sistema de Riesgos del Trabajo.

El recrudecimiento de la pandemia había instado de manera proporcional se emitieran pronunciamientos respecto a la preocupación que giraba en relación con los trabajadores que prestan servicios esenciales y actividades permitidas por el DNU 297/20 y resoluciones de Jefatura de Gabinete de Ministros.

El marco normativo del decreto establece que la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional, no listada, en los términos del ap. 2, inc. b, art. 6, Ley 24557, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio con el fin de realizar actividades consideradas esenciales.

Para el caso del personal de la salud dispone que se considerará que la enfermedad producida por el coronavirus guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo prueba en contrario. La requerida protección de las condiciones de vida y de trabajo de los sectores más expuestos al riesgo que trae consigo la pandemia, era un aspecto necesario que —en el contexto de emergencia sanitaria— urgía contemplar.

La calificación como enfermedad profesional del COVID-19 significó una respuesta que venía siendo demandada desde el inicio de la pandemia, y una suerte de remedio a la con-

fusión que generaba la cobertura de ese espectro de trabajadores frente al escenario en que nos posicionó el contagio de la enfermedad. Pero si bien logró tales objetivos, abrió una serie de interrogantes que no resulta cuestión menor analizar y a los que en algún momento el derecho —concebido como sistema de normas y principios— deberá dar respuesta.

El coronavirus impacta de manera transversal en los derechos y obligaciones tanto del empleador como del trabajador, en particular sobre el deber de prestación de éste y de ocupación de aquél obligando a todos los operadores jurídicos a indagar sobre los alcances que relacionan esta pandemia con el sistema de la LRT.

¿POR QUÉ LA CALIFICACIÓN?

1. Una necesaria acotación sobre los antecedentes del sistema

La Ley de Riesgos del Trabajo, allá por 1995, se había enrolado en el marco de una postura esencialmente restrictiva (art. 6, ap. 2), ya que circunscribía el amparo legal a un listado cerrado de enfermedades profesionales que elaboraba y revisaba anualmente el Poder Ejecutivo, previa consulta con el Comité Consultivo Permanente. El listado era taxativo y al respecto no surgía duda alguna. El último párrafo del citado artículo era contundente: “Las enfermedades no incluidas en el listado como sus consecuencias en ningún caso serán consideradas resarcibles”. En aras de cumplimentar los objetivos queridos por la norma, confeccionar un listado de enfermedades laborales amplio y comprensivo de todas las patologías vinculadas con el trabajo habría constituido la lógica amalgama con el texto; sin embargo, en la realidad sucedió todo lo contrario.

Este aspecto, sostiene Ramírez (2020) era uno de los más cuestionables de la LRT, si se

lo confrontaba con las garantías y principios constitucionales. Y es que se advierte una clara contraposición con instrumentos que conforman normas superiores de nuestro sistema legal. La Organización Internacional del Trabajo ha sostenido que el sistema de listado cerrado, que no admite que el trabajador pueda demostrar que padece una patología vinculada con su trabajo no incluida en la lista, es contrario al Convenio 42 —ratificado por Argentina— y a la Recomendación 121/1964 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Una concepción acorde al sistema que inicialmente pensó el legislador, permitía considerar a una enfermedad como profesional cuando era contraída por el trabajador como consecuencia (directa e inmediata) del ejercicio de su ocupación u actividad, y respondía a un riesgo específico de esta.

A ese rigor inicial, siguió una etapa de evolución jurisprudencial que —en materia laboral— amplió el concepto y abrazó con la tutela legal a toda enfermedad en la que el trabajo constituya causa eficiente para su manifestación, desarrollo o agravación.

El sistema de la LRT importa un lógico desdoblamiento de dos situaciones: por un lado, la existencia de patologías que se presume fueron causadas por determinadas actividades que conllevan el riesgo de que el trabajador contraiga una enfermedad, para lo cual el sistema considera suficiente que el trabajador demuestre que padece la patología y que se desempeña en un ámbito laboral con capacidad para provocarla para que se presume que se trata de una enfermedad profesional; y, por el otro lado, otras enfermedades laborales cuya vinculación con el trabajo deberá demostrar el dependiente.

Enseña Ramírez (2020) que “

En el sistema de la LRT hay un listado de enfermedades profesionales y un procedimiento para determinarlas, que contiene una definición de cada una, un detalle no taxativo de las actividades laborales que pueden originarlas y la forma de diagnosticarlas. Es decir que el listado de enfermedades es “cerrado”, pero el detalle de tareas, productos o ámbitos laborales que pueden causarlas es ejemplificativo”.

El sistema de listado cerrado de enfermedades profesionales fue inevitablemente objeto de duros embates judiciales y cuestionamientos desde los sectores de la Doctrina. Si bien el sistema tambaleó, abrió la puerta a nuevos horizontes y así apareció el Decreto 1278/2000, que trajo consigo modificaciones necesarias y que si bien pretendió limitar la apertura del listado a las enfermedades que se consideren “como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo”, la jurisprudencia fue flexibilizando la norma y ampliando la tutela como ya se dijo *ut supra* a enfermedades en las que el trabajo aparecía no ya como causa directa e inmediata de haberla contraído, sino como causa eficiente de aparición, desarrollo o agravamiento.

2. La incertidumbre previa al dictado del DNU 367/20

Casi al inicio del brote de COVID-19 en nuestro país, Ackerman (2020), desbrozando conceptos, se preguntaba si el coronavirus podría ser calificado como accidente de trabajo o enfermedad profesional. Sostenía:

... la respuesta, en ambos casos, debe ser negativa. No es accidente, en primer lugar, porque no parece posible relacionarlo causalmente con un acontecimiento súbito

y violento. A menos, claro está, que se considere que el contagio con el virus tiene esas características. Empero, y al margen de las dificultades probatorias de las circunstancias de tiempo y lugar de producción del hecho, lo cierto es que lo mismo cabría decir de cualquier otra enfermedad, que tendrá, en algún momento, su evento causal. Y, por supuesto, al no estar incluido el COVID-19 en el listado aprobado por el Decreto 658/1996, no puede ser considerado inicialmente como enfermedad profesional.

El jurista agregaba que podría sí intentarse la cobertura individual y excepcional; y que sería imposible pretender encuadrar la situación en las hipótesis del apartado 2. b) del artículo 6 de la Ley N° 24.557 cuando el coronavirus hubiera sido contraído en el trayecto hacia o desde el lugar de trabajo, supuesto harto probable que sólo está contemplado para los accidentes de trabajo. Enfatizó que el coronavirus era una enfermedad no laboral que, en cuanto impide la prestación del servicio, debería dar derecho al trabajador a las prestaciones dinerarias por incapacidad inculpable —a cargo del empleador— y a la atención médica y farmacéutica —otorgada por el sistema de salud—, sin perjuicio de los mayores beneficios que pudiera determinar, en la emergencia, el Gobierno.

Ramírez aseguraba que el coronavirus no era una enfermedad profesional, ya que no es un riesgo específico de ninguna actividad en particular, salvo, claro está, la de los profesionales y trabajadores de la salud, que puedan tener contacto con pacientes que se hayan contagiado, o con material contaminado. Advertía que sin embargo, el mundo laboral, no era ajeno a esta enfermedad, en particular porque la aglomeración de personas constituye riesgo cierto de contagio, por el fácil y rápido contagio en sí mismo y por la cantidad

de horas que el virus es capaz de sobrevivir en algunas superficies. El doctrinario dejaba abierto un interrogante: si la enfermedad puede contraerse en cualquier lugar ¿por qué relacionarla con el trabajo?

3. El DNU 367/20.

En lo medular, se declara al coronavirus

... presuntivamente una enfermedad de carácter profesional —no listada— en los términos del apartado 2, inciso b) del artículo 6 de la Ley 24557, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el Decreto 297/2020 y sus normas complementarias, y mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta por esas normativas, o sus eventuales prórrogas, salvo el supuesto previsto en el artículo 4° del presente decreto.

La idea central que instaura el decreto se sintetiza en un sistema que estructuralmente encuentra basamento en tres consideraciones: 1) aceptación de denuncia con imposibilidad de rechazo *in limine*; 2) cobertura inmediata de prestaciones dinerarias y médicas; 3) condicionalidad del reconocimiento definitivo al tránsito por el procedimiento especial del art. 6 de la LRT sobre enfermedades no listadas.

El art. 3 sienta de manera tangencial las bases del procedimiento con dos innovaciones. La primera de ellas está contenida en el primer párrafo y la constituye el procedimiento especial establecido, destinado a lograr

... la imprescindible y necesaria relación de causalidad directa e inmediata de la en-

fermedad denunciada con el trabajo efectuado en el referido contexto de dispensa del deber de aislamiento social, preventivo y obligatorio, en los términos especificados en el artículo 1°.

Como bien dice Arese (2020), se ratifica aquí el principio protector, no de la víctima, sino del ya amplio y desgastado sistema de “no listadas”. La segunda innovación, en palabras del citado autor, se direcciona a difuminar la línea divisoria imaginaria entre enfermedad profesional (listada o no) y la ocasionalidad como fuente de cobertura del sistema: dictaminada la CM jurisdiccional, la Comisión Médica Central

... podrá invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador cuando se constate la existencia de un número relevante de infectados por la enfermedad COVID-19 en actividades realizadas en el referido contexto, y en un establecimiento determinado en el que tuvieren cercanía o posible contacto, o cuando se demuestren otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas en el marco referido en el artículo 1° del presente.

La finalidad perseguida es lógicamente la de establecer un procedimiento compatible con la celeridad que demanda el contexto de emergencia sanitaria y la vigencia temporal de las medidas de aislamiento.

La razón de la inversión de la carga probatoria parece obedecer a que demostrar el contagio puede ser un imposible pues sabido es que se trata de un virus sumamente expansivo y, naturalmente invisible e inasible también probatoriamente, por supuesto. Por lo tanto,

comulgando con Arese (2020), pocos podrían probar el contagio y su causalidad. En otras palabras, resulta harto dificultoso —y hasta improbable— demostrar en qué preciso momento alguien tomó contacto con una persona o una cosa que portaba el virus. Se apela a un haz de indicios de contagio y la probabilidad de la ocasionalidad para producirlo y así obtener la obvia calificación de enfermedad profesional.

Deberá tenerse presente que resulta altamente probable que el sistema diseñado por el decreto pueda ser discutido por las aseguradoras de riesgos del trabajo, en la medida que, con motivo de la inversión de la carga probatoria, se encuentran frente a una prueba negativa.

En el caso de los trabajadores de la salud, la causalidad establecida por el marco normativo es directa e inmediata y no necesita ser demostrada, por lo que podemos hablar de una enfermedad profesional específica, salvo prueba en contrario a cargo de la ART (art. 4 del DNU 367/2020). La presunción es, acorde a éstos lineamientos señalados, de carácter *iuris tantum*, y como tal, admite la prueba en contrario para desvirtuarla.

El DNU responde a los lineamientos establecidos por instrumentos que fueron ratificados por la Argentina como los Convenios 155 sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y su protocolo de 2002 y el 187 Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo, 2006 de OIT que trae un concepto amplio de accidente, enfermedad profesional o suceso peligroso (art. 1) comprensivo del coronavirus. Además, del documento de la OIT “Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)” del 23/3/2020 (publicada el 27/3/2020) se extrae:

La enfermedad del COVID-19 y el trastorno de estrés postraumático contraídos por exposición en el trabajo, podrían consider-

arse como enfermedades profesionales². En la medida en que los trabajadores sufran de estas afecciones y estén incapacitados para trabajar como resultado de actividades relacionadas con el trabajo, deberían tener derecho a una indemnización monetaria, a asistencia médica y a los servicios conexos.

El art. 7 establece una acotación temporal, cual es la aplicación de las disposiciones “a aquellas contingencias cuya primera manifestación invalidante se haya producido a partir de la entrada en vigencia del Decreto N° 297 de fecha 19 de marzo de 2020”.

¿Y EL CONTAGIO *IN ITINERE*?

La presunción de enfermedad profesional no listada y de la existencia de los indicios “ocasionales” generadores no resuelve el contagio *in itinere*. Empero, puede inferirse la existencia de entorno propicio para el contagio en el transporte o ambiente transitado para arribar o retornar del trabajo. Denunciadas esas circunstancias, también debería operar la inversión de la carga probatoria, quedando abierto el reconocimiento como enfermedad profesional.

ALGUNOS TÉRMINOS AMBIGUOS QUE SERÁ NECESARIO DEFINIR Y LIMITAR. Y ALGUNAS CUESTIONES QUE DEBERÁN SER REGLAMENTADAS

A lo largo del decreto que se viene analizando, encontramos una serie de referen-

cias abiertas y términos que —un tanto ambiguos— invitan a formularse interrogantes. Sucede esto cuando la norma habla de “un número relevante de infectados”. La referencia es marcadamente abierta y cabe preguntarse qué alcance se le atribuirá a la expresión: ¿a cuánto deberá ascender el número de infectados para que sea considerado relevante? Tal vez un criterio correcto pueda permitir inferir que el porcentaje de infectados debe guardar determinada proporcionalidad con la dotación de trabajadores del establecimiento de que se trate.

El DNU también refiere en el segundo párrafo del art. 3 a los términos “cercanía”, “posible contacto” y “hechos reveladores”. Todos ellos configuran imprecisiones que a la hora de presentarse el caso particular habrá que determinar para evitar caer en la temida inseguridad jurídica que a veces suscitan este tipo de controversias en relación a la interpretación terminológica. Y sabido es que la ambigüedad dificulta la determinación de reglas precisas al momento de configurar el nexo causal.

Las cuestiones que en el epígrafe de referencia se estima que deberán ser objeto de reglamentación son las siguientes: la forma de la denuncia, los plazos y actuaciones ante la Comisión Médica Central, la “entidad debidamente autorizada” que emite el diagnóstico que sustituye el pronunciamiento de la ART, y las excepciones a las dos presunciones que establece el decreto.

² El párrafo 1.3.9 del anexo de la *Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales* (2002, núm. 194) recomienda que la lista nacional de enfermedades profesionales (a los fines de la prevención, registro, notificación y, de ser procedente, indemnización de las mismas debería incluir, entre otras cosas, enfermedades causadas por agentes biológicos en el trabajo cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a dichos agentes biológicos que resulte de las actividades laborales contraídas por el trabajador. La Recomendación específica que, al aplicar esta lista, habrá que tener en cuenta, según proceda, el grado y el tipo de exposición, así como el trabajo o la ocupación que implique un riesgo de exposición específico.

EL RÉGIMEN DE LA LRT ¿ES IDÓNEO Y AUTOSUFICIENTE PARA DAR RESPUESTA A LA PREVENCIÓN Y COBERTURA QUE DEMANDA LA PANDEMIA?

Contestar la pregunta importa sincerarse sobre los alcances y la permeabilidad que el sistema debiera tener para dar adecuada respuesta a lo que la pandemia nos pone de frente y que, digámoslo sin rodeos, no tiene. Pero al menos el avance es positivo y para el universo de trabajadores de la salud, la declaración presuntiva del coronavirus como enfermedad profesional, aquieta una lógica demanda que —desde el sector— requería debida atención.

Arese (2020), en postura que comparto, aporta la idea de que la declaración del coronavirus como enfermedad profesional es el primer avance, aunque se queda en la puerta del sistema porque luego se la considera fuera del listado (ingresa pero no ingresa), apartándola de una cobertura objetiva completa y pacífica desde su denuncia. Se trata de una ingeniería jurídica ingeniosa para obligar a que opere el sistema sin un rechazo *in limine* (el conocido rechazo “no listada”), algo que resultaría un despropósito en el actual contexto de pandemia. Empero, para no desarticular el sistema con una nueva categoría no prevista en la LRT se obliga a aceptar el ingreso de la contingencia al sistema de forma inmediata pero condicionada por el trámite del art. 6.

¿QUÉ TANTO TIENE QUE VER EL SISTEMA DE LA LRT CON LA SEGURIDAD SOCIAL?

Cabe preguntarse si no hubiese sido menos engorroso —y más simple— modi-

ficar el listado e incluir al coronavirus como enfermedad profesional indicándose los factores, ambiente u ocasión de contagio, según las normas de OIT. La respuesta parece ser innegablemente afirmativa. Pero no parece tan sencillo pensar en las consecuencias mediatas de considerar al coronavirus como enfermedad listada.

El COVID-19 puso en jaque el sistema contenido en la LRT. Y puso en evidencia los por menores del modelo de seguro mercantil al que responde. Dice Ackerman (2020):

... el sistema de la LRT, no obstante las declamaciones oficiales y la pretensiones de algún sector de la doctrina, poco —si acaso algo— tiene que ver con la seguridad social, y no pasa de ser un ya anacrónico modelo de responsabilidad individual del empleador —como lo es igualmente el también vetusto régimen de los llamados accidentes y enfermedades inculpables—, con seguro obligatorio contratado fundamentalmente con empresas privadas con fin de lucro.

Seguro en el que el asegurado es el empleador —esto es el responsable— y no el trabajador que es quien sufre las consecuencias de las contingencias y a quien, naturalmente, debe asegurar protección la seguridad social.

Lo que es cierto es que solo estamos en presencia de un ajuste más al sistema de la LRT que dista mucho de ser un avance sustancial sobre el componente lucrativo que siempre medra entre las normas y el objetivo central del sistema de proteger la vida y la salud. *A priori* de otras consideraciones que pueden resultar objetivamente poco benévolas, el

avance es algo complejo y rebuscado³, pero acerca soluciones sobre todo para la necesaria cobertura frente al riesgo del coronavirus profesional de los sectores que trabajan por la salud de toda la población.

Parfraseando a Ackerman, más que reproche al sistema de la LRT, cabría un reproche en todo caso a la histórica omisión de construir un verdadero sistema de Seguridad Social que, gestionado monopólicamente por el Estado, y apoyado en el auténtico y sincero principio de solidaridad, cumpla verdaderamente con el mandato del tercer párrafo del artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Los alcances y el impacto que tiene el COVID-19 en las relaciones laborales es incuestionable. Lo es también en relación a la vida misma, desde casi cualquier óptica desde que la miremos. En lo que concierne al ámbito laboral, la probabilidad de contagio en el lugar de trabajo es altísima (respecto de aquellas actividades excluidas —esenciales o permitidas— del A.S.P.O). Desde y hacia el lugar trabajo también.

El DNU 367/2020 aparece en el mundo jurídico como instrumento que de alguna manera llegó a adecuar de un modo circunstancial pero necesario el Sistema de Riesgos del Trabajo, declarando al coronavirus

... presuntivamente una enfermedad de carácter profesional —no listada— en los términos del apartado 2, inciso b) del artículo 6 de la Ley 24557, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos

mediante dispensa legal y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el Decreto 297/2020 y sus normas complementarias, y mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta por esas normativas, o sus eventuales prórrogas, salvo el supuesto previsto en el artículo 4° del presente decreto.

El coronavirus importa un riesgo del trabajo que, cumplidos ciertos presupuestos, cae en la órbita de la LRT y dispara la responsabilidad de los empleadores y de las ART.

Por las presunciones que, en materia de enfermedades profesionales, juegan un rol fundamental para tener probado *per se* el nexo causal para determinadas profesiones o actividades, se presume de origen laboral al contagio del coronavirus. En otros casos, el damnificado deberá probar el nexo causal entre la patología eventualmente contraída y el trabajo. No obstante, también podrá operar a su favor la inversión de la carga probatoria.

La solución mediata importa una respuesta que demandaba —con justicia— brindar soluciones posibles a la cobertura frente al riesgo del coronavirus profesional de los sectores, sobre todo que trabajan por la salud, que merecen prioritaria atención por desarrollar tareas esenciales e imprescindibles, y que como héroes que son frente a esta pandemia, lo merecen más que nunca.

El DNU 367/20 y las demás medidas tomadas en el marco de la emergencia sanitaria y el aislamiento preventivo obligatorio, responden

³ En el sentido que la ya señalada ingeniería jurídica permite que resulte operativo obligar al sistema a brindar respuesta sin posibilidad de articularse un rechazo *in limine*, logrando del mismo modo que el mismo sistema no sufra una suerte de desarticulación con una nueva categoría no prevista en la LRT. De esta manera, se produce la obligada aceptación del ingreso de la contingencia al sistema de forma inmediata, pero condicionada por el trámite del art. 6.

a una línea de implementación de políticas laborales y de seguridad social tendientes a tutelar la salud de trabajadores y trabajadoras con riesgo de exposición al coronavirus por el hecho o en ocasión de su trabajo, en consonancia con las disposiciones de la OIT al respecto.

Ojalá la pandemia nos deje un amplio abanico de enseñanzas como sociedad que permita valorar y priorizar el derecho a la vida y a la salud por sobre todas las cosas, como siempre debió ser. Y del mismo modo, y en el marco del derecho laboral, admita la tarea fundamental que algunos sectores brindan a la población, y que, a la hora de ser retribuidos, ocupan los estamentos más bajos de las prioridades.

Es indiscutible que la pandemia gestó un debate en el núcleo central del sistema previsto por la Ley de Riesgos del Trabajo, debate

que recién comienza y que aún tiene mucha tela para cortar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ackerman, M. (2020). El coronavirus abre un debate en el núcleo duro del sistema de la LRT. Rubinzal Culzoni Editores. Revista Rubinzal Online, RC D 1462/2020.

Arese, C. (2020). La compleja condición del coronavirus como enfermedad profesional según DNU 367/20. Rubinzal Culzoni Editores. Rubinzal Online, RC D 1598/2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia n° 367/20, disponible en www.boletinoficial.gob.ar

Ramírez, L. E. (2020). Los riesgos del trabajo en tiempos del coronavirus. Rubinzal Culzoni Editores. Revista Rubinzal Online RC 1434/2020.

Reseñas

Reseña del libro *Niños y niñas en situación de calle*, de V. Toledo, F. A. De Singlau y S. Abud Rodríguez¹

Laura Noemí Lora²

El libro, escrito por Víctor F. Toledo, Silvana V. Abud Rodríguez y Federico de Singlau, nos aporta los resultados de un proyecto de investigación acreditado por el Consejo de Investigación de la Universidad Católica de Salta, titulado “El papel de los actores locales e internacionales en el diseño de políticas públicas destinadas a paliar la situación de los niños y niñas en situación de calle en la Ciudad de Salta”, que surgió en el marco de un programa de investigación denominado “La calle como espacio urbano: escenario de experiencia de vida. Niños y adolescentes en riesgo”.

En la introducción, Víctor Toledo menciona que el principal objetivo del estudio fue el de evaluar las capacidades del municipio de la ciudad de Salta para atender la problemática

de la niñez en situación de calle, analizando las políticas públicas implementadas por el Gobierno municipal y el rol que cumplen las organizaciones locales e internacionales en su diseño o implementación (p. 15).

En el capítulo I, titulado “Hacia una conceptualización de las políticas públicas”, Toledo desarrolla conceptualmente qué se entiende por política pública, sus definiciones, nociones y alcances. Citando a Ruiz López y a Cárdenas Ayala, dice que una primera aproximación relaciona las políticas públicas con las acciones que los gobiernos encaran para dar respuestas a las demandas de la sociedad. Inmediatamente después aclara que resulta necesario no identificar las políticas públicas con las acciones gubernamentales, dado que en la conceptualización y

Sociedad / reseña descriptivo-crítica

Citar: Lora, L. N. (2020). Reseña del libro *Niños y niñas en situación de calle*, de V. Toledo, F. A. De Singlau y S. Abud Rodríguez. En *Omnia. Derecho y sociedad*, 3 (3), pp. 123-127.

¹ Toledo, V.; De Singlau F. A. y Abud Rodríguez, S. (2019). *Niños y niñas en situación de calle. Análisis de las políticas públicas en la ciudad de Salta*. Salta, EUCASA.

² Universidad de Buenos Aires (UBA). Abogada por la Facultad de Derecho de la UBA. Doctora en el área Derecho Social; Especialista en Sociología del Derecho y de las Instituciones y Especialista en Administración de Justicia, títulos expedidos por la UBA. Profesora regular en el Área de Ciencias Sociales, especialidad en Sociología, en la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Docente del curso Metodología de la Investigación Social y Derecho y Sociedad, válido para el Doctorado de dicha Facultad de Derecho. Miembro permanente del Comité Internacional de Investigación en Sociología del Derecho *Research Committee on Sociology of Law of ISA* 2018-2021. Miembro integrante de la Junta de Gobierno del Comité Internacional de Investigación en Sociología Jurídica (RCSL). Vicepresidenta de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU) 2018-2020. Investigadora de la UBA. Directora del Seminario sobre Sociología Jurídica Instituto de Investigaciones Gioja, Facultad de Derecho (UBA) lauranoemilora@derecho.uba.ar

entramado de una política pública intervienen otros actores, tales como el sector privado, la sociedad civil, la empresa, y otros actores internacionales u organizaciones internacionales.

El autor de este capítulo señala que las políticas públicas conllevan un proceso, y en esta investigación identifica las siguientes etapas: 1) diagnóstico político (problemática); 2) planteo de objetivos; 3) formulación de alternativas de solución; 4) adopción de una de esas alternativas; 5) implementación de la solución; 6) evaluación permanente. Luego de estas etapas se focaliza en tres instancias básicas de las políticas públicas: el problema, la implementación y la evaluación, y les da contenido.

En el capítulo II titulado «¿Niños, niñas y adolescentes “de la calle”, “en la calle”, o “en situación de calle”? Una aproximación conceptual», el autor, Federico A. de Singlaur, señala que en la década de los 90 se intensificó la preocupación que generó el fenómeno de las niñas, niños y adolescentes en situación de calle, y que su visibilidad hace surgir modelos de abordaje y utilización de expresiones en la producción académica latinoamericana, acerca de las cuales destaca lo problemático de su elección, señalando que aunque pueda parecer superficial, no lo es, ya que trae aparejadas implicancias que pueden influir en los resultados de la investigación.

Refiere que en el proyecto se considera “calle” al espacio urbano utilizado por niños, niñas y adolescentes para el despliegue constante o frecuente de sus estrategias de sobrevivencia, que combinan actividad lúdica y económica.

Luego identifica y diferencia los conceptos: niños de la calle o niños callejeros; niños en la calle, niños con experiencia de vida en la calle; niños, niñas y adolescentes en situación de calle.

Sostiene que en América Latina prevaleció la conceptualización escogida por Unicef, se-

gún la cual niños de la calle son los habitantes de los grandes centros urbanos cuyos vínculos familiares son muy débiles o nulos, que se desenvuelven en el espacio de la calle, donde desarrollan estrategias con el objeto de obtener ingresos, y encuentran también en ella un ámbito de socialización.

Refiere también que la expresión “niños en la calle” suele asimilarse a niños trabajadores y, por lo tanto, al tipo de actividad que desarrollan. Por este motivo y dado que la investigación pretende alcanzar un objetivo referido a las vivencias de los niños y adolescentes en relación con la calle, este concepto es descartado.

Respecto de la expresión “niños con experiencia de vida en la calle”, dice que hace referencia a niños que, si bien tienen experiencia de vida en la calle, en algunos casos prolongada y en otros transitoria, no viven en ella.

La expresión “niños, niñas y adolescentes en situación de calle” es caracterizada a partir de la referencia a distintos especialistas en niñez y adolescencia, entre estos Forselledo (2001), Méndez (2005), Bulgach y Flores (2011). A partir de estos autores, menciona que la expresión es amplia en su significado y que vincula, en general, niños, niñas y adolescentes que viven, deambulan o trabajan en la calle y que provienen de familias en situación de pobreza e indigencia. Son niños, niñas y adolescentes que presentan altos niveles de violencia, con nula o baja atención afectiva y que, en general, han interrumpido la escolaridad; se encuentran expuestos a malos tratos y abusos, y poseen una baja expectativa de vida a causa de los riesgos a los que se exponen a diario.

En la conclusión del capítulo, sostiene que lo más adecuado es el uso de la categoría “niños en situación de calle” para referirse a todos los menores de dieciocho años de edad, sean niñas, niños o adolescentes, sin recurrir a un lenguaje que puede ser estigmatizante o descalificador.

Además, es un término amplio que engloba diversas situaciones que pueden modificarse.

Mi experiencia en la temática —que se remonta a la década de 1990 y coincide con la época en que su conceptualización, como bien señala de Singlau, se intensificó y ganó espacio en la agenda de temas preocupantes para las sociedades latinoamericanas— permite reafirmar lo sostenido por el autor.

En el capítulo III, “La pobreza y sus múltiples dimensiones”, Víctor Toledo desarrolla, a través de una visión panorámica, el tema de la pobreza como variable contextual y estructural en la que se inserta la problemática de niños y niñas en situación de calle.

Haciendo referencias a estadísticas obtenidas a través de distintas fuentes, busca responder si los niños y niñas en situación de calle son un “problema” en Salta.

Considera los datos brindados por el Barómetro de la Deuda Social de la Infancia de la Universidad Católica Argentina (UCA), dado que le resultan de utilidad para analizar la evolución de la pobreza y la indigencia por región y por grupos de edad en el país. Observó, sin embargo, la ausencia de algunos datos, especialmente oficiales, para abordar la problemática de la pobreza y la niñez de manera integral.

En el capítulo IV, “Entramado institucional para el abordaje de la problemática de niñez y adolescencia”, Toledo indaga sobre el entramado institucional, tanto en el nivel provincial como en el municipal, diseñado para el abordaje de las distintas problemáticas relacionadas con la niñez y la adolescencia. Básicamente, refleja las estructuras gubernamentales, sus organigramas y competencias, entre las que se destacan la elaboración de normas, programas vinculados a la protección integral, cuidado integral, diseño, coordinación y ejecución de políticas sociales, capacitación, comunicación, inclusión de la comunidad, monitoreo, inclu-

sive la concreción de convenios con Unicef. También se hace referencia a la relevancia que adquiere el Poder Judicial, por la estrecha relación que tiene con la problemática en cuestión. Se afirma que este constituye una de las fuentes más relevantes de datos estadísticos para la elaboración de políticas públicas.

El autor realiza una crítica a los informes elaborados por las instituciones administrativas, dado que no contienen información completa ni integral, y atribuye esto, como posible factor, a la falta de implementación completa de la Ley 26061, Ley de Protección Integral de Niñas Niños y Adolescentes. No comparto esta afirmación, ya que el autor describe muy detalladamente la descentralización administrativa que se produjo tanto a nivel nacional, provincial y municipal, y que debería, dentro de sus funciones, producir información necesaria para las políticas públicas porque forma parte de las competencias que fueron enunciadas detalladamente.

En el capítulo V de la obra, bajo el título “La inversión social”, Víctor Toledo expone las dimensiones relativas a las erogaciones presupuestarias, cifras y análisis sobre la inversión social por parte de la nación, de la provincia y del municipio de Salta. Con esa información aborda el tema de los recursos financieros destinados a la problemática de niñez y adolescencia, aportando datos cuantitativos. Respecto del análisis presupuestario, destaca una vez más lo segmentado de la información y su difícil acceso especialmente en el período 2013-2016. Concluye diciendo que no se muestra en detalle el destino de los fondos, motivo por lo cual no puede identificar los recursos destinados a paliar la situación de niños y niñas en situación de calle. También señala la fuerte dependencia que existe de parte de las jurisdicciones locales con respecto a los fondos federales. Destaca también que la mayoría

de los recursos del Ministerio de Derechos Humanos, del gasto social, a grandes rasgos están orientados a la cuestión alimentaria. A nivel municipal, gran parte del presupuesto está destinado a los salarios del personal. Por último, afirma que Salta fue una de las provincias que más incrementó el gasto social destinado a la niñez y, sin embargo, presenta una de las tasas de mortalidad infantil más altas del país, por lo que advierte la necesidad de reforzar el control de la gestión.

El último capítulo, titulado “Niños y Niñas en situación de calle en Salta”, está escrito con la participación, como coautores, de Toledo, Abud Rodríguez y De Singlau. Los tres integrantes del equipo describen el trabajo de campo de la investigación. Analizan información de dependencias gubernamentales, así como del rol que tienen las ONG en relación con los casos de los niños y niñas en situación de calle. Mencionan el detalle, no menor, respecto de la conceptualización de la situación de calle, concepto que, al ser tan abarcativo, hace que esta no sea visibilizada como tal en tanto el niño o la niña no vivan “en” la calle.

Acerca de las situaciones descriptas en los capítulos anteriores, refieren que son difíciles de comprender, como por ejemplo, el hecho de la constatación de planes o actividades que no responden a necesidades o demandas, y que no hay carencias que las justifiquen ni peticiones que las expliquen y, sin embargo, han sido elaboradas e implementadas. También señalan que hay necesidades que quedan sin atender, porque no derivan de demandas explícitas, como es el caso de los niños y niñas en situación de calle.

Los autores mencionan que debido a las dificultades en el acceso a los datos, han recurrido en busca de información a la División de Protección al Menor y la Familia de la Policía de la provincia de Salta, a la que consultaron

por derivación de los Defensores de Menores e Incapaces. Detallan las instituciones hacia las cuales los casos de menores son derivados con finalidades de “guarda” y que dependen de organismos oficiales, y también de la labor intensa de las ONG. A través de entrevistas que realizaron en algunas de estas instituciones, pudieron relevar información, aunque esta no se focaliza en la temática objeto de estudio del equipo debido fundamentalmente a que no es visibilizada como problemática.

Las conclusiones finales son un recuento de las conclusiones provisorias que fueron obteniendo en cada capítulo del libro. Son relevantes los obstáculos que se mencionan con respecto al acceso a la información estadística, más precisamente respecto de la denegación de datos que en principio no se sabe si están elaborados. En efecto, los autores afirman “... los organismos públicos, tanto municipales como provinciales, se abstuvieron de facilitar los datos estadísticos que solicitamos de forma reiterada, lo cual impidió que este trabajo reflejara dicha información de manera integral o completa...” (p. 146).

Los autores expresan que existe una falta de adecuación de las instancias políticas de la provincia de Salta a los compromisos internacionales asumidos por la Argentina en materia de derechos de la niñez y la adolescencia, y que el tema de la niñez en situación de calle no es considerado un problema por el municipio de la capital salteña.

Con relación a las entrevistas que realizaron en las instituciones, plantean resultados en relación con la falta de recursos humanos capacitados, dado que se trata de una problemática multidimensional, y por el hecho de que muchas de las instituciones están vinculadas a las fuerzas de seguridad.

Respecto del trabajo que realizan las ONG, observan que este tiene baja repercusión en

la elaboración de políticas públicas. A nivel provincial, los convenios de cooperación, especialmente con Unicef, están orientados a la capacitación, pero no se pudo mensurar su impacto en la formulación de políticas públicas. En el ámbito de la gestión, se advierte falta de articulación en el nivel endógeno y falta de control externo, en el nivel exógeno.

En cuanto a lo macroeconómico, sobre la base de los resultados que aporta el Observatorio de la Deuda Social de la UCA, afirman que Salta se encuentra en un contexto de alto índice de pobreza y que ello repercute en la situación de niñas y niños, a la par que son elevados los índices de riesgo y vulnerabilidad.

Esta vulnerabilidad de los niños y sus familias dificulta las demandas efectivas para que estas se vuelquen luego en políticas públicas.

Antes de finalizar, quiero felicitar a los autores por la edición y publicación del libro colectivo, ya que visibiliza la problemática a través de experiencias del equipo de trabajo que fueron reseñadas aquí. El desafío de la realización de diagnósticos a partir de los cuales pensar y diseñar políticas públicas para los niños y niñas en situación de calle está explícito. Sin lugar a dudas, mucha información disponible en este libro se convierte en un antecedente valioso para elaborar políticas públicas de manera urgente.

