

PRESENTACIÓN
José Thompson J

DIREITOS HUMANOS INTERGERACIONAIS NA
LITIGÂNCIA CLIMÁTICA LATINO-AMERICANA
Elisa Fiorini Beckhauser
Valeriana Augusta Broetto
Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville

RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN ARGENTINA:
“UN PAÍS FEUDERAL”
Juan Cruz Fanin

LA DIGNIDAD HUMANA COMO UN EJE RECTOR
EN LA INTERPRETACIÓN NORMATIVA EN LA DEFENSA Y PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO
Juan Carlos Galicia López

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y ANÁLISIS DE LA
“SISTEMATICIDAD” EN EL MARCO DEL
SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
Javier A. Galindo P.

LA CIENCIA DEL DERECHO COMPARADO.
NOTAS INTRODUCTORIAS PARA SU COMPRENSIÓN
A PARTIR DE ALGUNAS VOCES DE ILUSTRES
IUSCOMPARATISTAS
Marcos Geraldo Hernández Ruiz

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES
(DESCA) EN LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE IDH Y LA REINTERPRETACIÓN
DEL ARTÍCULO 26 DE LA CADH
Juan Carlos Hitters

HEALTH, GENDER AND CLIMATE CHANGE:
TOWARDS A SUSTAINABLE DEVELOPMENT
Camila Mies

APROXIMACIÓN AL DERECHO A LA SALUD AMBIENTAL EN PERÚ:
¿ES NECESARIO SU RECONOCIMIENTO PARA PROTEGER
A LOS PUEBLOS INDÍGENAS, EN CASOS DE CONTAMINACIÓN
POR METALES PESADOS?
Sofía Diana Isabel Rodríguez Yupanqui

LOS DERECHOS DEL NIÑO, EL LITIGIO ESTRATÉGICO
EN DERECHOS HUMANOS Y EL MEDIO AMBIENTE:
UN ESTUDIO DE CASO
Ana Claudia Santano

A APATRIDIA DE CRIANÇAS NO SISTEMA INTERAMERICANO
DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
Estela Cristina Vieira de Siqueira
Vinicius Villani Abrantes

74

Julio - Diciembre 2021

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

74

Julio - Diciembre 2021



Embajada de Noruega
Ciudad de México



REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

*Corrección de estilo: Español: Jacinta Escudos
Portugués: María Gabriela Sancho Guevara
Inglés: Charles Moyer*

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Imprenta Versalles

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación..... 7

José Thompson J.

Direitos humanos intergeracionais na litigância climática latino-americana 13

Elisa Fiorini Beckhauser

Valeriana Augusta Broetto

Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville

Restricción de la libertad de circulación en Argentina: “un país feudal” 49

Juan Cruz Fanin

La dignidad humana como un eje rector en la interpretación normativa en la defensa y protección de los derechos humanos en México 81

Juan Carlos Galicia López

Aproximación al concepto y análisis de la “sistematicidad” en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 113

Javier A. Galindo P.

La ciencia del derecho comparado. Notas introductorias para su comprensión a partir de algunas voces de ilustres iuscomparatistas 143

Marcos Geraldo Hernández Ruiz

Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en la jurisprudencia de la Corte IDH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH	189
<i>Juan Carlos Hitters</i>	
Health, gender and climate change: towards a sustainable development	223
<i>Camila Mies</i>	
Aproximación al derecho a la salud ambiental en Perú: ¿Es necesario su reconocimiento para proteger a los pueblos indígenas, en casos de contaminación por metales pesados?	245
<i>Sofía Diana Isabel Rodríguez Yupanqui</i>	
Los derechos del niño, el litigio estratégico en Derechos Humanos y el medio ambiente: un estudio de caso	283
<i>Ana Claudia Santano</i>	
A apatridia de crianças no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: análise da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos	307
<i>Estela Cristina Vieira de Siqueira</i>	
<i>Vinicius Villani Abrantes</i>	

Presentación

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es motivo de gran satisfacción la salida a la luz pública de su Revista IIDH número 74, la más reciente de una tradición que comenzó en 1985, y que durante 36 años continúa difundiendo doctrina y debates especializados en materia de derechos humanos. En esta edición hay una serie de artículos que abordan situaciones contemporáneas. Por una parte, en continuación a la Revista número 73, se repasan los impactos de la pandemia COVID-19 en los derechos humanos. Por otro lado, se aborda el fenómeno del cambio climático y su influencia en la vigencia de los derechos. Asimismo, se incluyen contribuciones relacionadas con la protección de los derechos de las personas y grupos en especial situación de vulnerabilidad. El IIDH espera que esta publicación contribuya a ahondar en el debate en este campo y a propiciar el desarrollo de nuevos conocimientos.

Brevemente, a continuación se reseñan los artículos que contiene esta edición, comenzando con la contribución de Elisa Fiorini Beckhauser, Valeriana Augusta Broetto y Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville, titulada *Direitos humanos intergeracionais na litigância climática latino-americana*. En esta se aborda la amenaza que significa el cambio climático para los derechos humanos, especialmente de la niñez, juventudes y las generaciones futuras del Sur Global. El artículo aborda la perspectiva intergeneracional de los derechos humanos en litigios de América Latina, a través del análisis de casos de la región. Al respecto, se identifica una tendencia hacia el reconocimiento

de los derechos de la naturaleza, destacando la vulnerabilidad conectada de la niñez y los ecosistemas latinoamericanos al cambio climático.

Por su parte, Juan Cruz Fanin, autor de *Restricción de la libertad de circulación en Argentina: “un país federal”*, estudia la suspensión de derechos fundamentales (particularmente, la libertad de circulación y tránsito) que tuvo lugar en Argentina a propósito del Decreto de Necesidad y Urgencia No. 297/20 con motivo de la pandemia. La falta de un criterio federal unificado y discrepancias entre las provincias sobre las medidas de emergencia se analiza no solo como un factor en las violaciones a los derechos antes mencionados, sino que también se cuestiona en sí un sistema político federal que, en la práctica, no parece resultar eficaz para la garantía de derechos en este escenario.

En *La dignidad humana como un eje rector en la interpretación normativa en la defensa y protección de los derechos humanos en México*, Juan Carlos Galicia López realiza un profundo repaso de la doctrina, de la norma constitucional, de relevante jurisprudencia nacional y de los instrumentos universales e interamericanos de derechos humanos más emblemáticos. El análisis visibiliza el contenido del concepto de la dignidad humana con el fin de destacar la importancia que tiene dicho principio como un eje rector en la interpretación normativa de los derechos humanos. La sólida argumentación se vincula con las posibilidades que ofrece la aplicación de los estándares de derechos humanos para el acceso a la justicia y garantía de los derechos humanos, pero también cuestiona desafíos pendientes, particularmente en cuanto a la protección de los pueblos indígenas en el país.

En el artículo *Aproximación al concepto y análisis de la “sistematicidad” en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Javier A. Galindo realiza un profundo estudio de la doctrina y jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano con la finalidad de conceptualizar la sistematicidad como un elemento de las violaciones de derechos humanos e, incluso, crímenes de lesa humanidad. El estudio facilita la identificación de las características de la sistematicidad, lo que resulta revelador y de gran utilidad para las personas litigantes y operadoras de justicia.

El artículo *La ciencia del derecho comparado. Notas introductorias para su comprensión a partir de algunas voces de ilustres iuscomparatistas*, de Marcos Geraldo Hernández Ruiz, presenta el Derecho Comparado como una ciencia jurídica moderna que posibilita a las personas juristas perfeccionar el Derecho en beneficio de la sociedad. El estudio da cuenta de una metodología que transita desde la definición del Derecho Comparado, su función, el objeto, el método y la finalidad. En definitiva, se presenta el Derecho Comparado como una herramienta de reflexión, toda vez que el derecho doméstico coexiste con otros órdenes, como lo es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En su artículo *Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) en la jurisprudencia de la Corte IDH y la reinterpretación del artículo 26 de la CADH*, Juan Carlos Hitters estudia y repasa los principales estándares interamericanos para la protección de los DESCAs, incluyendo la transformación jurisprudencial de la Corte IDH sobre la justiciabilidad directa de artículo relacionado con el Desarrollo Progresivo de la Convención. La sistematización

de estándares que realiza el artículo visibiliza los desarrollos jurisprudenciales más emblemáticos en la materia, con el fin de evidenciar los cambios argumentativos del Tribunal y, con ello, la interdependencia, indivisibilidad, progresividad y exigibilidad inmediata de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Camila Mies en su artículo denominado *Health, gender and climate change: towards a sustainable development*, analiza el derecho humano a la salud bajo una sólida perspectiva de género. El estudio revela como la garantía de este derecho se materializa de forma distinta para hombres y mujeres debido a las relaciones de poder y jerarquía que sustentan la inequidad de género en nuestra sociedad. Por ello, el artículo plantea la necesidad de identificar y estudiar la relación que existe entre salud, género y cambio climático y cómo ello afecta la consecución de un desarrollo sostenible.

En el artículo *Aproximación al derecho a la salud ambiental en Perú: ¿Es necesario su reconocimiento para proteger a los pueblos indígenas, en casos de contaminación por metales pesados?*, Sofía Diana Isabel Rodríguez Yupanqui hace referencia al concepto de salud ambiental. El análisis parte de un repaso a los antecedentes de la protección al medio ambiente en los casos de pueblos indígenas, desde el marco internacional y en el contexto normativo peruano. El estudio destaca la relevancia que tienen el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente en los desarrollos normativos y jurisprudenciales actuales, pero también explica y argumenta la necesidad de que sea reconocido un derecho en específico a la salud ambiental con un enfoque desde el pluralismo jurídico.

Ana Claudia Santano, en *Los derechos del niño, el litigio estratégico en Derechos Humanos y el medio ambiente: un estudio de caso*, estudia un caso bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionado con la responsabilidad de los Estados frente al cambio climático. Dos aspectos esenciales se destacan: por una parte, que la denuncia está dirigida a más de 30 países, por otro lado, que involucra los derechos de las juventudes e infancias. El artículo repasa los aspectos más emblemáticos del caso hasta sus más recientes instancias y destaca las posibilidades de una eventual sentencia con un fuerte enfoque de interseccionalidad en un caso relacionado con cuestiones medio ambientales. Sin duda, el análisis invita a permanecer con atención al desarrollo de este caso.

En *A apatridia de crianças no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: análise da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Estela Cristina Vieira de Siqueira y Vinicius Villani Abrantes realizan un amplio estudio jurisprudencial de los criterios de la Corte IDH relacionados con el derecho a la nacionalidad. El estudio evidencia una construcción social excluyente que perpetúa el racismo estructural, y que a la fecha sostiene prácticas estatales en donde se priva a las personas de sus derechos más elementales con motivo de su origen étnico. La omisión de inscripción en registro nacionales y las expulsiones colectivas son algunas situaciones que se examinan, con el fin de evidenciar la dimensión *de facto* de la apatridia, especialmente en las infancias.

Concluyo esta presentación con el agradecimiento de siempre a la cooperación noruega, sin cuyo apoyo no sería posible la

producción y difusión de nuestra Revista IIDH, al Consejo Consultivo Editorial por sus valiosos aportes, y a las autoras y autores por sus relevantes contribuciones.

José Thompson J.

Director Ejecutivo, IIDH
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Restricción de la libertad de circulación en Argentina: “un país feudal”

*Juan Cruz Fanin**

Introducción

El COVID-19 ha puesto en jaque no solo a los sistemas de salud de todo el mundo, sino también a los sistemas jurídicos. Nada estaba preparado para afrontar esta crisis, ni la salud, ni los sistemas jurídico-legales de nuestros países. En Argentina, el 19 de marzo de 2020, el Presidente de la Nación, Dr. Alberto Fernández, en medio de una conmoción social marcada por el temor y el desconcierto, brindaba una conferencia de prensa, ya anticipada por los medios y con amplia legitimación social, en la que informaba que había dictado un Decreto de Necesidad y Urgencia, por el cual dispuso que a partir de las 0:00 horas del día siguiente (20 de marzo de 2020), toda la sociedad argentina quedaba sometida al aislamiento social preventivo y obligatorio, en virtud de razones de salud pública.

Específicamente dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia No. 297/20, con plazo hasta el 31 de marzo de 2020 inclusive, con los siguientes fundamentos:

* Argentino. Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba y Escribano. Maestrando en Ambiente. Docente. Sec. de Modernización de Just Posse. Lidera el Foro de la Juventud. Es abogado de niños, niñas y adolescentes. Defensor de los derechos humanos desde el ejercicio profesional, dedicándose al Derecho de Familia. Ha participado en foros internacionales, siendo delegado por Argentina en el Foro de Jóvenes de las Américas de la OEA 2018 y en el Youth Forum del Ecosoc de Naciones Unidas en 2017.

A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado Nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo, por el tiempo que considere necesario en atención a la situación epidemiológica¹.

Desde entonces, y en segundos, quedaron suspendidos derechos tan fundamentales como la libertad de circulación, de comerciar, de transitar, el derecho de los niños y niñas de mantener contacto con su otro progenitor no conviviente, el derecho a trabajar, entre otros, derechos que llevaron años en ser conquistados por nuestra sociedad. Donde los encontrara a los ciudadanos, las 0:00 horas del 20 de marzo de 2020, debían quedarse –en principio hasta el 31 de marzo–. No podían ni salir a su vereda, salvo para comprar alimentos indispensables.

Desde el 31 de marzo de ese mismo año, surgieron Decretos presidenciales que fueron prorrogando cada quince o veinte días, el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO), todo dictado mediante Decretos de Necesidad y Urgencia, con flexibilizaciones que se fueron dando en virtud de los reclamos sociales: familias que quedaron divididas, con niños que quedaron sin ver a sus padres o madres, cuando tenían regímenes compartidos de cuidado personal. Adultos mayores solos, cuyos hijos no podían ir a sus casas a hacerle las compras o levantarlos de la cama. Productores que no podían cruzar de provincia para ir a su campo.

1 Decreto de Necesidad y Urgencia No. 297/20 [Poder Ejecutivo Nacional]. Por medio del cual se ordena el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio en Argentina. Marzo 19 de 2020.

Al igual que en la Berlín del 1961, se crearon muros, algunos visibles y otros invisibles –principalmente– de normas jurídicas, que impedían a las personas salir de sus casas, todo basado en Decretos de Necesidad y Urgencia presidenciales, que se prorrogaron durante todo el 2020, suspendiendo derechos fundamentales de los ciudadanos. Es a partir de esta realidad vivida, que cabe analizar el método adoptado por Argentina para ordenar el aislamiento, las herramientas utilizadas, partiendo de la necesidad de sopesar por un lado la salud, la importancia de tomar medidas para ordenar que los ciudadanos se confinen, y por el otro, el valor de la república, el valor de tomar decisiones tan trascendentales sobre la vida de los ciudadanos para suspenderle derechos en virtud de garantizar otros; debemos preguntarnos si ante la emergencia, es el presidente quien puede hacer el juicio de valor sobre priorizar la salud o la libertad, o si por el contrario, es el parlamento, aún en situaciones de emergencia, que debe constituirse de forma inmediata y como sea, en caso de tener que suspender derechos fundamentales, como lo es la libertad de circulación. Además, debemos entender, luego de este análisis, la importancia que tiene para quienes interpretamos el derecho, la generación de un antecedente de esta envergadura: decretos presidenciales que suspendieron derechos y garantías constitucionales fundamentales.

Profundizaremos estos temas, no para discutir de la pandemia o el COVID-19, sino para entender si el fin justificó los medios legales utilizados, si entonces los derechos humanos y libertades conquistadas son tan endeble como para que la sociedad las entregue al mandatario de turno y las pierda tan fácil, y la incidencia que tiene el “miedo” infundado en la sociedad, para perder derechos fundamentales.

I. El dictado de decretos de necesidad y urgencia

La Constitución Nacional, en su primer artículo establece: “Art. 1 (Forma de Gobierno): La Nación Argentina, adopta para su gobierno la forma representativa, republicana *federal*², según la establece la presente constitución”. El Federalismo, se encuentra estructurado con 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dentro de cada una de ellos, hay miles de municipios. (se estiman 2.500 municipios en el país). Cada provincia es Autónoma para dictar su propia constitución, siempre respetando la Constitución Nacional³ y principios básicos como la Autonomía Municipal, educación primaria, administración de justicia, entre otros.

El Federalismo sostenido en el Artículo 1 de la Constitución, unido al republicanismo, implica que la división tripartita de poderes se encuentra en cada nivel político de gobierno, y por derivación existe un sistema de jerarquía de las normas, según el órgano que la emita.

Durante la cuarentena argentina, el republicanismo se vio afectado; no funcionó con la claridad que se espera de este sistema de gobierno, debido a que el Presidente de la Nación, utilizó herramientas constitucionales a su alcance para cercenar derechos como la libertad de circulación, en beneficio de la salud.

La serie de decretos presidenciales dictados fue constante durante todo el año 2020. De hecho, el Presidente, en su primer año de gestión, dictó 76 Decretos de Necesidad y Urgencia⁴, de los cuales 37 fueron ratificados por el Congreso de la

2 Énfasis del autor.

3 Constitución de la Nación Argentina (Const). Art. 5 de 1860 (Argentina).

4 <https://www.lanacion.com.ar/politica/balance-en-ano-gestion-fernandez-dicto-76-nid2558779> (3 de enero de 2001).

Nación. Este tipo de decretos son posibles, gracias a que fueron introducidos en Argentina con la Reforma Constitucional del año 1994. Un decreto de necesidad y urgencia (DNU) es un tipo de norma existente en la Argentina que, a pesar de ser sancionada por el Poder Ejecutivo, tiene validez de ley. Una vez promulgado el DNU, el Congreso *debe analizarlo* y determinar si continúa vigente o no. Este tipo de legislación está contemplado en el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional. El Congreso debe evaluar cualquier decreto de necesidad y urgencia. Como su nombre lo indica, los DNU *solo deben sancionarse en situaciones excepcionales*, cuando sea imposible seguir los trámites para sancionar leyes mediante el Congreso. Además, *no pueden sancionarse decretos que legislen sobre materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos*. Al igual que los decretos comunes, son sancionados por el presidente, pero en acuerdo general de ministros. Esto significa que todos los ministros y el jefe de Gabinete deben participar en la creación del DNU. Una vez dictado el decreto de necesidad y urgencia, el jefe de Gabinete *debe dirigirse a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso en un plazo no mayor de 10 días*. Y en esto es elemental tener en cuenta el plazo acotado, debido a que por tratarse de una facultad extraordinaria del Presidente, esta comisión tiene que elevar un dictamen y enviarlo a cada Cámara legislativa para su tratamiento, también en no más de 10 días. Cabe destacar que, en este tiempo, el DNU tiene plena vigencia. Cada cámara del Congreso deberá emitir una resolución expresando su apoyo o rechazo al DNU. *Si ambas cámaras rechazan el decreto, éste pierde validez de forma permanente. No obstante, quedan a salvo los derechos adquiridos mientras la norma estaba en vigencia*.

En mayo de 2020, el Congreso de la Nación aprobó 20 finalmente DNU que habían sido dictados por el Presidente

de la Nación⁵. Hasta entonces, *los ciudadanos estuvieron prácticamente dos meses, con sus libertades cercenadas por decisión presidencial*; luego continuó por decisión del Congreso de la Nación, tal como establecía el “trámite” fijado por la Constitución Nacional. Es decir que desde marzo a mayo, los argentinos vieron limitadas sus libertades, principalmente la libre circulación, por una medida de un DNU y sus prórrogas, que expresamente dice:

Artículo 4º. Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, *se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal*. El Ministerio de Seguridad deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y *procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus*⁶.

Es decir, que el Ejecutivo dictó un Decreto de Necesidad y Urgencia, debido a una situación excepcional que se encontraba, de lo cual no hay duda de su excepcionalidad, pero tampoco hay duda que *tipificó una conducta a los fines de hacerla penalmente reprochable*, a pesar de encontrarse prohibido dictar un DNU en materia penal. Dos meses después, el Congreso terminó aprobando estos Decretos de Necesidad y Urgencia y convalidando la tipificación del delito en los términos del artículo 205 y 239 del Código Penal.

5 <https://www.senado.gob.ar/prensa/18376/noticias> (13 de mayo de 2020).

6 Énfasis del autor.

II. Un país “feudal”

El Poder Ejecutivo Nacional, además de haber cercenado la libertad de circulación por Decreto de Necesidad y Urgencia, a los fines de su aplicación y control, intentó ser sumamente federal, y delegó en las jurisdicciones provinciales los controles sanitarios y de tránsito, de tal forma que, al no existir un criterio unificado, las discrepancias entre los criterios de cada jurisdicción *terminaron convirtiendo a la Argentina en un país feudal más que federal*: cada ciudad pasó a convertirse en una especie de feudo, donde los ciudadanos entregaron todas sus libertades, y los intendentes y/o jefes comunales se convirtieron en verdaderos señores feudales. Es que las semejanzas son tales que al igual que en la Edad Media, amurallaron sus comunidades, con montículos de tierra y piedra, para impedir que ingresaran a su localidad por distintos accesos, y solamente dejaron uno o dos ingresos, al cual debía tenerse permiso especial para acceder, tramitado en cada municipio de forma anticipada, y siendo el señor feudal (su intendente), quien decidía si la persona podía ingresar o no a su feudo-ciudad. Además, el poderío fue mucho más allá, al restringir otras libertades: a nivel nacional se cerraron todos los comercios no esenciales, y a los esenciales se le limitó el horario de apertura. El derecho a comerciar del art. 14 de la Constitución Nacional, y el derecho a trabajar del art. 14 bis de la Constitución Nacional, quedaron suspendidos y solamente fueron habilitados a medida que los intendentes lo decidieron, de forma progresiva y con criterios muchas veces no explicitados de forma clara y objetiva.

Ciudades amuralladas con tierra y piedra para que no ingresaran vecinos externos, y criterios dispares en los más de 2.000 municipios argentinos, llevaron a una violación sistemática de derechos y garantías constitucionales. Ante ciudades que tenían la misma situación epidemiológica (por ejemplo, ningún

caso de COVID-19 activo), una persona que tenía una tienda de ropa en una ciudad, podía abrir; pero a 20 kilómetros en la otra no podía, porque su intendente no se lo permitía, o le permitía medio día, por más que en ambas no hubiera casos de COVID-19.

En una ciudad los residentes podían salir y viajar a la capital de la provincia para realizar trámites o ir a un médico especialista que en su pueblo no encontraban y en la ciudad de al lado, los habitantes no podían gozar de ese derecho de viajar a la capital, porque su intendente no se los permitía o les obligaba a hacer cuarentena obligatoria. En una ciudad, todos los comercios cerraban a las 20:00 horas. Y en la de al lado a las 22:00. En una se encontraban habilitados los bares y en la otra no; en una ciudad la gente podía salir a caminar por las plazas, y en la otra no; en una ciudad los albañiles podían trabajar y en la otra no.

Ocurrieron diferencias sustanciales que afectaron la vida de las personas, que veían cómo sus derechos, esos que a la sociedad le costó sudor y sangre conquistar, se veían perdidos, y era su intendente (que en las ciudades chicas, suele ser un vecino conocido), quien decidía las libertades de sus vecinos, quien se convirtió en la autoridad absoluta para “emitir permisos” para ingresos y egresos de su ciudad, para impedir que los comercios abrieran, para impedirle a la gente que fuera a trabajar, mientras que a pocos kilómetros se vivía detrás de otra muralla, en la ciudad vecina una realidad distinta, como si se tratara de otro país, con otras leyes.

Estas diferencias afectaron directamente el principio de igualdad personal receptado en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales, pero además afectó los principios más elementales de la república: la división de poderes. El mismo intendente era quien permitía salir o no de su ciudad; en caso de incumplimiento, enviaba inspectores y

policías para que clausuraran e incluso procesaran a las personas por incumplimiento de un decreto presidencial, o de un mismo decreto que él había dictado para regular horarios de comercios durante la cuarentena en su localidad.

Los Intendentes obtuvieron un poder que desde la constitución de 1853 nunca antes se había visto y los ciudadanos por temor, sin conciencia de las garantías constitucionales del sistema de gobierno y las funciones que cada uno tiene, se sometieron a situaciones de vulneración constante de derechos. Muchos de los jefes comunales se sintieron en una posición de Leviatán, como si se tratara de un nuevo contrato social. Eran ellos quienes otorgaban las libertades. Así algunos comenzaron a entender que tenían el poder de decidir sobre derechos fundamentales: la libertad de circular, de comerciar, de trabajar. Entonces, existieron intendentes que proclamaron a viva voz, como líderes de la revolución libertadora, que en su ciudad por ejemplo “los albañiles iban a poder trabajar” a pesar que a nivel nacional se encontraba prohibida dicha actividad por decretos presidenciales, lo que llevó que intendentes firmaran decretos autorizándolos y luego fueran imputados judicialmente⁷. Todo resultado de la incertidumbre y desorganización en el manejo de nada más y nada menos que derechos fundamentales de los ciudadanos argentinos.

*Cada ciudad terminó convirtiendo sus accesos en verdaderas fronteras; en algunas era imposible ingresar, por decisión del intendente*⁸. Los criterios para obtener un permiso no eran claros;

7 <https://www.infobae.com/politica/2020/04/24/el-intendente-de-una-localidad-cordobesa-fue-imputado-por-habilitar-la-construccion-privada-durante-la-cuarentena/> (24 de abril de 2020).

8 <https://viapais.com.ar/cordoba/1665061-la-justicia-de-cordoba-advirtio-a-los-municipios-que-es-delito-penal-cerrar-accesos-a-los-poblados/> (27 de marzo de 2020).

por lo tanto, nadie sabía si realmente iba a poder acceder. La justicia, informada de esta situación, advirtió a los municipios que era un delito penal cerrar los ingresos, pero igualmente continuó sucediendo. Los intendentes sintieron que podían hacerlo, y crearon fronteras en los ingresos de cada ciudad, a pesar de que se encuentra prohibido constitucionalmente.

Ante tanta incertidumbre, falta de criterios unificados y claridad, cualquier integrante de los gobiernos municipales entregaba un permiso de circulación. En los municipios, los intendentes lo delegaron a sus empleados públicos: la bibliotecaria que con las escuelas cerradas estaba sin trabajo, la empleada del registro civil, que no tenía casamientos, pasaron a ser quienes decidían si una persona tenía o no la posibilidad de ingresar a su ciudad y detrás del derecho a la circulación, se encuentran historias, personas: abuelos que quedaron solos en sus camas sin salir, y que sus hijos no pudieron viajar a su ciudad para ayudarlos; enfermos que tuvieron que arreglárselas solas; progenitores que no pudieron viajar a buscar a sus hijos y verlos por un año; personas con todo tipo de problemas, que sufrieron por falta de unificación de criterios, por falta de criterios claros, por falta de personal calificado en la toma de decisiones, y también por abuso de autoridad. Los Intendentes no pueden cerrar sus ciudades, como si se tratara de una propiedad privada, no se está ingresando a otro territorio, no existen fronteras internas en Argentina, por lo que el abuso de poder fue una constante que costó la depresión y el dolor de muchas personas y familias.

Al igual que el Leviatán, es como si se hubiera hecho un nuevo contrato social, y entregado al Intendente las libertades a cambio de seguridad “sanitaria”.

III.23 provincias

El exceso de funciones en el poder ejecutivo, debido al aprovechamiento de la situación y la incertidumbre, no se dio solamente en los municipios, también se vio reflejado en los límites interprovinciales con casos sumamente graves en virtud de la limitación de la libre circulación. A modo de ejemplo, citamos tres casos de trascendencia nacional, para entender que no son solo números, sino personas:

Abigail Jiménez: Abigail tiene 12 años, vive en Santiago del Estero (Argentina) y desde los 7 padece cáncer por un tumor en su pierna izquierda (Sarcoma de Ewing). En 2016 fue trasplantada, en 2019 tuvo una recaída, y desde entonces se encuentra en quimioterapia, para lo cual debe viajar a Tucumán (Argentina) donde se hace el tratamiento. En noviembre, cuando viajaba a realizar su tratamiento, fue impedida de volver a la provincia donde reside (Santiago del Estero) de parte de la policía que se encontraba en el límite interprovincial, aduciendo “no tener autorización para dejarlos pasar”. Su padre, Diego Jiménez, tomó a su hija en brazos y caminó 5 kilómetros con altas temperaturas hasta llegar a su casa⁹. Luego de este episodio tuvo una recaída, que repercutió en su salud¹⁰.

Solange Musse: 35 años, cordobesa. Se encontraba realizando un tratamiento por sufrir un cáncer teminal. Su padre Pablo Musse obtuvo todos los permisos para poder ir a ver a su hija, que se encontraba en una situación de salud sumamente delicada, cuando intentó cruzar de provincia en Huinca Renancó. La

9 <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/viral-dibujo-abigail-brazos-padre-ingresando-santiago-estero.phtml> (20 noviembre 2020).

10 <https://www.infobae.com/sociedad/2020/12/10/es-desesperante-el-estado-de-salud-de-abigail-jimenez-la-nena-a-la-que-le-negaron-el-ingreso-a-santiago-del-estero/> (10 diciembre 2020).

policía le impidió el ingreso en el mes de agosto de 2020 y lo escoltó de vuelta hasta Neuquén, donde él vivía (en el recorrido de cuatro provincias). Cinco días después su hija murió¹¹. Entre los argumentos, conforme cuenta el señor Pablo Musse:

Intenté hablar con el COE local, y me dijeron que solo respetan el permiso local del COE, no el permiso nacional. El permiso nacional dice que la gente con domicilio en Córdoba lo tienen que alojar y hacerle el hisopado, todo eso no sucedió. Le pido que mi cuñada tenía que ir al baño con quien viajaba, y me dijeron que ya venía el patrullero y nos sacaban de Córdoba, nos dicen que nos van a patrullar todo el camino de regreso (40 horas) y les pedí que tenía que bajar a comprar agua, y me dijeron que no podía bajarme nunca del auto¹².

En una carta abierta que publicó Musse al Presidente de la Nación. luego de la muerte de su hija, menciona: “Las últimas palabras de mi hija fueron *hasta el último suspiro tengo mis derechos*”¹³. Musse volvió viajando acompañado durante 40 horas por una patrulla, sin poder incluso bajar a un baño, con su cuñada, quien según comenta solamente podían hacer sus necesidades en las orillas de la ruta.

Carmen Acosta: Viajó 3.000 kilómetros desde Rawson a Formosa, para despedir a su mamá que se encontraba enferma de cáncer. En el límite de provincias para acceder a Formosa le impidieron ingresar. Permaneció cinco días acampando en una estación de servicio, esperando la respuesta de las autoridades.

11 <https://www.lanacion.com.ar/comunidad/el-peor-final-murio-hija-del-hombre-nid2427309/> (21 de agosto de 2020).

12 “Desgarrador relato de un padre que no pudo entrar a Córdoba para ver a su hija enferma de cáncer” Link: <https://www.youtube.com/watch?v=YODfKukFg9o> (18 de agosto 2020).

13 <https://www.facebook.com/pablo.musse.522/posts/197065705388827> (30 de agosto de 2020).

Luego de que los medios le dieran relevancia nacional, le permitieron ingresar a la provincia de Formosa, pero no la llevaron a ver a su madre, que ya había muerto, sino que la llevaron a un hotel. Junto a Carmen se encontraba su cuñada y su hija menor de edad. Cinco días esperando un hisopado para ver a su mamá por última vez¹⁴.

Los casos mencionados de Abigail, Carmen y Solange tienen el mismo denominador común: *La restricción a la libertad de circulación* garantizada en la Constitución.

Ahora bien, sabemos que la circulación y la posibilidad de tránsito es un derecho y una garantía, y también sabemos que los derechos no son absolutos, y pueden ser limitados. Debemos entonces analizar la envergadura del derecho a libre circulación de los ciudadanos, para comprender su posibilidad de ser limitado.

IV. Derecho humano a la libre circulación

La Constitución Nacional Argentina, en su artículo 31, establece su supremacía, como norma máxima; luego en el artículo 75, inciso 22, incorpora una serie de tratados de Derechos Humanos a los cuales les otorga Jerarquía Constitucional. De esta conjunción de normas, surge el derecho humano a la libre circulación.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 13, menciona: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

14 https://www.youtube.com/watch?v=Ajefx_abYpg – (15 de octubre de 2020).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) recoge en su artículo 12, inciso 1, el derecho a “... circular libremente...”; y el artículo 12.3 establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados “no podrá ser objeto de restricciones, a no ser que éstas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos sostiene en su artículo 22, inciso 3 que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado consagrados en el artículo 22.1 “... no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable, en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, en su artículo 5 menciona: “los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: d) Otros derechos civiles, en particular: i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Artículo 15.4: “Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio”.

El Principio 22 de Yogyakarta, Derecho a la libertad de movimiento:

Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. La orientación sexual y la identidad de género nunca podrán ser invocadas para limitar o impedir el ingreso de una persona a un Estado, su salida de este o su retorno al mismo, incluyendo el Estado del cual la persona es ciudadana. Los Estados: A) Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que se garantice el derecho a la libertad de movimiento y de residencia, con independencia de la orientación sexual o la identidad de género.

La Observación General No. 27 del Comité de Derechos Humanos, establece la libertad de circulación en su artículo 12: “La libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. También está relacionada con otros derechos consagrados en el Pacto, como se observa a menudo en la práctica del Comité al examinar los informes de los Estados Partes y las comunicaciones de los particulares”. Además, el Comité, en su Observación general número 15 (“La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, de 1986) hizo referencia al vínculo especial entre los artículos 12 y 13. 2. Las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12 no deben anular el principio de la libertad de circulación, y se rigen por las exigencias establecidas en el artículo 12, párrafo 3, de que sean necesarias y además compatibles con los otros derechos reconocidos en el Pacto.

Los Derechos Humanos son, según la Organización de Naciones Unidas, “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad,

origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición”¹⁵. Estos derechos son una conquista de la sociedad, que tienen el carácter de “Fundamentales”, y que representan ideales comunes para las sociedades. Dentro de la tipificación de sus características, podemos decir que los Derechos Humanos son universales, innatos por el simple hecho de ser persona, indivisibles, inviolables, irrenunciables, permanentes, progresivos, irrevocables y obligatoriamente deben ser respetados y protegidos.

No hay duda que el mayor respaldo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue creada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Desde entonces, el derecho a la Libre Circulación tiene un carácter de derecho humano internacional, de aplicación en todos los territorios, y como se ha entendido, a nivel interno de país, el derecho a la libre circulación se comprende dentro de todo el territorio nacional.

Circular, desplazarse, moverse, son sinónimos; todo lo que implica movimiento en el espacio físico. Replantarse la importancia que tiene para los seres humanos, no es solamente saber que es un Derecho Humano, por estar comprendido en tratados de jerarquía constitucional, sino en cuestiones que son conocidas por todos, que le inciden directamente al ciudadano. La circulación, la posibilidad de desplazarse y moverse, va de la mano de la Libertad, es justamente la Libertad de circular. La libertad de desplazarse y moverse es la principal restricción que ordenan los sistemas penales cuando una persona comete un delito, condenando con pena de prisión y/o reclusión, lo que implica la pérdida de la libertad. Pero de todas las libertades, ¿cuál es la que afecta? Justamente la libertad de moverse, de

15 <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html> (20 de enero 2021).

circular, de desplazarse, que es exactamente lo que uno no puede hacer en prisión. Otras libertades, como la libertad de pensar, nunca se limita, la libertad de expresarse, e incluso de elegir con quien contraer matrimonio, nunca se pierde, solo por mencionar algunas. La doctrina más calificada de Argentina lo explica así: “El Código penal, prevé como penas privativas de libertad la reclusión y la prisión. Ambas son penas de encierro, esto es, privativas de la libertad ambulatoria, pero no de la libertad de movimiento corporal, pues los grillos, el cepo y la estaca están prohibidos por ser torturas o malos tratos (Ley penitenciaria Nacional Art. 9)¹⁶.”

Es decir que la sociedad, hace cientos de años, se dio cuenta del valor que tiene la libertad de circulación ambulatoria para las personas, para ser la sanción estrella, y a la cual más temer. El bien preciado, que es la posibilidad de circular libremente sin restricciones. El tiempo de restricción de este derecho fundamental ambulatorio de las personas, se restringe de forma proporcional al delito cometido: “Así lo exige el principio de proporcionalidad. Y por eso no resulta extraño que algunos autores postulen un derecho penal de dos velocidades y reserven la pena de prisión y las garantías propias del derecho penal para las infracciones más graves, y propongan enfrentar las infracciones más leves con penas distintas de la prisión y la flexibilización de los criterios de imputación de responsabilidad penal”¹⁷.

La circulación es regulada desde diversas ramas del derecho, debido a la amplitud que dicho derecho conlleva:

16 Ricardo C. Núñez. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Pág. 306. Ed. Lerner. Quinta edición. 2009.

17 Iván Meini. “La Pena: Función y Presupuestos”. Pág. 144. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32497.pdf> (29/08/2013).

El tránsito o circulación vehicular, constituye un fenómeno cuyo grado de generalización, incorporación en la vida cotidiana de las personas e importancia personal, social, cultural y económica difícilmente puedan ser sobrestimados. La sociedad contemporánea es inconcebible sin la intensa circulación vial que constituye el basamento material de la vida urbana, el turismo y los canales de comercialización y de comunicación. El fenómeno del Tránsito es posible de estudio por diversas disciplinas, algunas de ellas con pretensiones normativas (como el derecho y la seguridad vial)¹⁸.

La libre circulación se encuentra vinculada íntimamente con la libertad y autonomía de las personas, por lo que como ya viene sosteniendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos casos, es una “condición indispensable para el libre desarrollo de toda persona”, entendiendo esto como la libertad de trasladarse libremente, de un lugar a otro, sin necesidad de brindar motivos, o razones por los cuales se circula. Ha dicho expresamente la Corte Interamericana:

115. La Corte coincide con lo indicado por el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General No. 27, en el sentido de que el derecho de circulación se trata del derecho de toda persona a trasladarse libremente de un lugar a otro y a establecerse libremente en el lugar de su elección. El disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Se trata de una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. 117. El derecho de circulación y de residencia, incluido el derecho a salir del país, pueden ser objeto de restricciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la Convención. Sin embargo, es necesario que dichas restricciones se encuentren expresamente fijadas por ley, y que

18 Maximiliano R. Calderón. *Derecho de Tránsito*. Pág. 11. Ed. Advocatus. 2018.

estén destinadas a prevenir infracciones penales o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática¹⁹.

Las condiciones en que pueden limitarse esos derechos deben estar determinadas por ley, por lo que las restricciones no previstas en la ley o que no se ajusten a los requisitos establecidos en el artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, serían violatorias de los referidos derechos. Asimismo, el Comité indicó que al aprobar leyes que prevean las restricciones permitidas, los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho; así como, también, deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación.

En primer término, la Corte destaca la importancia de la vigencia del principio de legalidad en el establecimiento de una restricción al derecho de salir del país en una sociedad democrática, *dada la alta incidencia que dicha restricción tiene en el ejercicio de la libertad personal*. Por ello, es necesario que el Estado defina de manera precisa y clara mediante una ley, los supuestos excepcionales en los que puede proceder una medida como la restricción de salir del país. *La falta de regulación legal impide la aplicación de tales restricciones, puesto que no se encontrará definido su propósito y los supuestos específicos en los cuales se hace indispensable aplicar la restricción para cumplir con alguno de los fines indicados en el artículo 22.3 de la Convención, así como también impide al procesado presentar los alegatos que estime pertinentes sobre la imposición de tal medida. No obstante, cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad de tal forma*

19 Ricardo Canese vs. Paraguay. Serie C No. 111, Parágrafo 115-117 (2004).

que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad²⁰.

La Corte Interamericana ha sido clara y dirimente, respecto a la libertad de circulación y lo ha venido sosteniendo en otros casos²¹ a lo largo del tiempo, por lo que no quedan dudas de su importancia como derecho fundamental. También ha dejado clara la importancia de ser cautelosos en su limitación, en que sea por Ley, y que no deje lugar a ambigüedades, por lo tanto, a partir de la lectura de los fallos de la Corte podemos inferir su posición: la libertad de circulación constituye un derecho humano fundamental, y su limitación debe ser excepcional, solamente en los casos que la ley establezca.

V. El delito: circular

El Principio de Legalidad, tiene su recepción en el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina, debido a que nadie en nuestro país puede ser sancionado, “por una ley anterior”²² al

20 Ricardo Canese vs. Paraguay. Serie C No. 111, Parágrafo 124 - 125 (2004.) Destacados del autor.

21 Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie CN No. 111. 2005. Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. No. 134. 2005.

22 Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos

hecho del proceso, es decir, debe existir una *ley previa*, que se reputa conocida por todos, debido a que el error de derecho es inexcusable en Argentina.

El Código Penal Argentino, es una norma infraconstitucional, con incidencia en todo el territorio argentino, que establece en su artículo 202: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”; y el artículo 205 del mismo cuerpo normativo, establece: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

En base a estos dos artículos del Código Penal Argentino, se estructuró todo el sistema punitivo de esta pandemia. Los inconvenientes que presentan, son la determinación de una enfermedad peligrosa y/o contagiosa, el momento que lo es y lo deja de ser, y la autoridad competente para determinarlo, debido a que como ya conocemos, todo lo que no encuadra en el “tipo penal” queda fuera de ser punible.

Ambos artículos se enmarcan en los delitos contra la seguridad pública, o salud pública, y dentro del título “*Propagación de una enfermedad peligrosa o contagiosa*”. La diferencia entre el artículo 202 y 205, reside en que el 202 tipifica la acción de propagar una enfermedad (que podría ser el COVID-19 en este caso) por acción individual. “Es un mero delito de peligro, no es necesario que efectivamente se contagien las personas”, sostiene

podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Núñez, pero este artículo tipifica una acción que solo admite el dolo; la persona sabe que está propagando una enfermedad que afectaría a un grupo indeterminado de personas. El autor penalmente culpable del artículo 202 es una persona enferma –de COVID– que contagia sabiendo que va a hacerlo. Imaginemos el caso entonces: Me diagnostican positivo de COVID-19, y voy al cumpleaños de mi abuela, contagiando a 20 familiares y amigos de ella.

En cambio, el artículo 205 del Código Penal Argentino, se ocupa de un sujeto que viola medidas contra epidemias (y por derivación también aplicable a pandemias). En este caso puede ser una persona que no se encuentre enferma de COVID, sino que por ejemplo viole el aislamiento y se junte con amigos. Estos delitos son los que se llaman “leyes penales en blanco”²³.

Es entonces un tipo penal en blanco, porque debe ser completado, debido a que obviamente el código penal en el 1921 no estableció las epidemias que iban a existir en el mundo, por eso su posibilidad de “completitividad”. Ahora bien, esa potestad de completitividad, no deja de ser materia penal, debido a que entender lo contrario sería también delegar facultades penales en poderes que no lo tienen, pero la doctrina no es unánime en su opinión.

Por un lado, se sostiene que: “las penas, según la constitución, sólo se imponen por infracciones legales y no son tales las que prevee el artículo, que no se refiere a ley alguna, sino a medidas que puedan adoptar otras autoridades, poder ejecutivo,

23 “Se entiende por ley penal en blanco, aquella que es sólo formalmente una ley. Ella sólo es el requisito de punibilidad, que requiere la especie y la medida de la pena, lo que vendría a ser la norma de sanción. Pero la concretización del mandato o de la prohibición depende de otra ley, en especial otra disposición legal”. Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo II-C. Pág 218. Ed. Rubinzal Culzoni. 2015.

municipalidades, policiales, Consejo Nacional de Higiene”²⁴. Mientras que por otro extremo tenemos autores que sostienen que:

Estas leyes se justificarían, debido a una especie de estado de necesidad legislativo, en sus palabras. Y en segundo lugar de una desobediencia que se agrava por las circunstancias y no admite el cuestionamiento de constitucionalidad. Esta es la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables, que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo”²⁵.

A pesar de que la doctrina más calificada de nuestro país se encuentra dividida, tenemos cuestiones objetivas para analizar (un artículo 18 que establece la necesidad de una ley previa, la imposibilidad de delegar materia penal al ejecutivo), y la realidad (una serie de decretos dictados por el presidente de la nación que han regulado actividades de todo tipo, prohibiendo la libertad de circulación, de reunión, etc. Cuando su potestad para hacerlo es discutible, por lo menos a *prima facie*).

VI. Reflexiones finales: desafíos pendientes

Argentina ha sido el claro ejemplo de la falta de previsión para el manejo de situaciones de crisis, como lo fue esta pandemia, al

24 Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo II-C. Pág 220. Ed. Rubinzal Culzoni. 2015.

25 Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo II-C. Pág 221. Ed. Rubinzal Culzoni. 2015.

igual que si un enemigo externo nos hubiera declarado una guerra de la noche a la mañana. Y en esto no hacemos referencia a la infraestructura hospitalaria, respiradores, sistemas de salud, etc., sino por el contrario, a lo que nos aboca: al sistema jurídico-legal y político de nuestro país y su funcionamiento.

La pandemia vino a visibilizar en muchos aspectos lo que es cada uno, lo que es un país, una provincia, una ciudad, una familia, una persona, acentuó las virtudes y los defectos, y así, visibilizó un sistema de gobierno con falencias, que pusieron en tela de juicio, las bases de nuestro Estado: ¿funciona en Argentina el Federalismo? ¿Somos realmente Republicanos?

Estas preguntas que fueron respondiéndose a lo largo de este ensayo, nos permiten hacer algunas aproximaciones: estas falencias del Estado siempre afectan primero a los más vulnerables. Abigail tuvo que ir sobre el hombro de su padre, ya que los policías no tuvieron las órdenes de dejar pasar su auto mientras hacía un tratamiento –que nada tenía que ver con el COVID–; o el padre de Solange no pudo despedirse en los últimos momentos de su hija enferma terminal –no de COVID–. Por otro lado, famosos y con alto nivel adquisitivo en sus aviones privados pudieron “obtener permisos” que les permitieron irse a vacacionar a sus fincas privadas, a pasar de forma placentera el confinamiento. Es decir, lo cuestionable en primera medida es la desigualdad que se manifestó, dada la incertidumbre, la falta de criterios claros para poder obtener esos “permisos” que cambiaban cada día, y en cada jurisdicción. Incluso el caso de Carmen, que recorrió todo el país, miles de kilómetros para ver a su madre, atravesando varias provincias argentinas, y a la única que no pudo entrar, fue a Formosa, donde quería despedirse de su madre; estuvo cinco días acampando sin respuesta, hasta que la repercusión de los medios hicieron que le dieran el “permiso” para Formosa, aunque ya era tarde:

su madre había muerto. El caso de Carmen es el ejemplo de esa falta de unificación de criterios y el daño que produce, porque esta arbitrariedad y discrecionalidad en el manejo de la libertad de circulación, en pos de proteger la salud, no tiene el resultado esperado, debido a que si Carmen, por ejemplo, hubiera sido un caso positivo de COVID-19, podría haber contagiado a lo largo de varias provincias a otras personas, y solamente fue limitada en Formosa.

El permiso de circulación nacional, provincial, el interprovincial, y el de cada municipio que cercó sus ingresos, convivieron todos bajo un mismo sistema pero con criterios y requisitos totalmente distintos, muchos de los cuales, ni los mismos que lo emitían tenían claro. La incertidumbre, acentuada por el miedo, dio como resultado situaciones sumamente gravosas y preocupantes para los ciudadanos, que como mencionamos, afectaron sus derechos, siendo el Derecho, la Constitución, las normas, las que surgieron en el mundo para organizar a las sociedades, y proteger a sus ciudadanos, frente a los Estados, frente al monopolio del poder punitivo del Estado.

La Ley es la que regula las formas y los casos en que procede, para evitar otro Zar como “Iván IV”²⁶ de Rusia, o la innumerable cantidad de monarcas que a lo largo de la historia concentraron los poderes del Estado en uno solo. Ser una República, por el contrario, implica la división de poderes, pero no como algo caprichoso, sino como garantía de un correcto funcionamiento del país que da seguridad a sus ciudadanos. Así como también, el Federalismo, que pudo –pero no fue– haber sido correctamente implementado. Coexistieron –o pudieron coexistir– durante este tiempo, más de 2.500 permisos en nuestro país, entendiéndose que cada municipio emitió el suyo, algunos con otros nombres, como

26 Iván IV, Zar de Rusia (1547-1584). Conocido como “Iván el Terrible” por la sangre que fue derramada bajo su reinado.

“Declaración Jurada de Ingreso” para disimular lo que realmente eran: autorizaciones para entrar a las ciudades. Y aquí debemos concluir que los Intendentes, jefes comunales y municipios, no tienen bajo ningún aspecto, la potestad para poder hacerlo, como tampoco se puede dejar librado a cualquier jurisdicción: hablamos del Derecho Humano a la Libre Circulación, a la libertad ambulatoria, ése que solo es restringido a los prisioneros por cometer delitos graves.

Es por eso, que partiendo del análisis que hemos efectuado, concluimos que se trata de un derecho fundamental, que resulta necesario entenderlo, para comprender el concepto de Libertad que rige en nuestro país. Tenemos que afirmar que los ciudadanos –argentinos al menos– no se encuentran en un proceso de realizar un nuevo contrato social, no han decidido entregarle su libertad al presidente, o al intendente, para que hagan con ella lo que quieran, por el contrario, desde el primer Decreto de Necesidad y Urgencia dictado por el Presidente de la Nación, esta autoridad, se auto proclamó con la potestad para restringir un derecho humano fundamental: La libertad de circulación.

Ahora bien, entendiendo la situación de emergencia y excepcional, única, que el mundo atravesaba, debemos pasar a analizar si el presidente podía restringir la circulación por DNU. Y arribamos a la conclusión que de la conjunción de normas analizadas, y en base al sistema legal argentino, donde por encima de todo, está el bloque de Constitucionalidad, integrado por la Constitución Nacional y los Tratados de DD.HH, la potestad, en virtud de restringir algo tan pero tan fundamental para la vida como es la libertad de circulación, debe ser de carácter restrictiva su interpretación y su aplicación: siendo clara, y limitada en el tiempo, tal como hemos visto del propio análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo que en primer lugar es el Congreso de la Nación el facultado a hacerlo,

el Poder Legislativo que representa a toda la sociedad, a todo el pueblo y a las 23 provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ante una situación de emergencia como la que se le presentó al Presidente, pudo utilizar lo que se conocen como “medidas de emergencia”, de las cuales entendemos que se debió optar por la declaración de Estado de Sitio, receptado en el art. 23 de la Constitución Nacional²⁷, justamente porque se trataba de una situación de conmoción interior, y en virtud de proteger la salud, se suspendían garantías constitucionales. Ese era el método constitucional que debía adoptarse. Por la Declaración de Estado de Sitio, primero debió hacerlo el Congreso; ante su imposibilidad de reunirse, pudo hacerlo el presidente y ordenar la inmediata reunión del Congreso, debido a que se trataba de derechos fundamentales los que quedaban suspendidos. Pero en Argentina se eligió otra medida de emergencia: el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia, por el Ejecutivo Nacional. Entendemos que el Decreto de Necesidad Y Urgencia, en primer lugar, no tiene jerarquía superior a la Constitución para poder suspender derechos en ella reconocidos y garantizados, y menos aún poder decretar en materia penal, como finalmente ocurrió con el DNU, ordenando que ante su incumplimiento se apliquen las penas del Código Penal Argentino. Es decir, el Presidente, por un Decreto de Necesidad Urgencia en el cual expresamente se encuentra vedado en materia penal, amparándose en la “excepcionalidad”,

27 Art. 23 de la Constitución Nacional: “En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino”.

tipificó conductas penales: circular, transitar, reunirse con amigos y familiares no convivientes, pasaron a ser delitos penales.

La incongruencia que arrojó esta realidad es mayor aún, porque suponiendo que el presidente lo que hizo fue “completar la ley penal en blanco”, como sabemos la Constitución Nacional le da un plazo de diez días para que se remita al Congreso como máximo desde dictado el DNU. En ese tiempo debe el Congreso decidir si continúa o no vigente. En Argentina eso sucedió dos meses después del primer DNU, donde el Congreso se reunió para finalmente debatirlo. Es entonces donde quedan claras las falencias de las instituciones, porque aun cuando quisiéramos ser proclives a darle la facultad al Presidente para dictar por medio de un Decreto de Necesidad y Urgencia la suspensión de un derecho y garantía constitucional como lo es circular, por el grado de fundamental que tiene, el Congreso *debió* analizarlo y reunirse de forma inmediata, incluso de manera virtual –como aún se encuentra sesionando–, porque se trata de la suspensión de derechos fundamentales que hacen a nuestra República.

¿Qué sucede entonces con los ciudadanos que fueron imputados por violar un DNU que restringe un derecho constitucional antes de que el mismo sea aprobado por el Congreso? Debemos preguntarnos las situaciones que se presentaron, debido a que encontrar una respuesta nos permite saber que las formas no deben perderse ni aún en emergencia, porque es ahí donde se vulneran los derechos de los más débiles, porque además deja abierta la posibilidad a que frente a una “excepcionalidad” por la situación que se atraviesa el Presidente siga restringiendo derechos por Decretos.

Argentina tiene una larga historia de ser irrespetuosa con su Constitución Nacional. Las dictaduras cívico-militares son el fiel reflejo de la suspensión de derechos constitucionales,

y esa memoria de lo vivido hace que debemos ser aún más responsables que otros países, porque sabemos cómo nos ha ido cuando no se ha respetado. Es que entregar el poder al Presidente, como si se tratara de un super presidencialismo con facultades para suspender derechos fundamentales, nos hace recordar momentos de nuestra historia reciente que terminaron con 30.000 desaparecidos. No queremos decir con esto, que el COVID lleve a que desaparezcan ciudadanos por abuso de autoridad de los gobiernos, pero sienta un precedente: los ciudadanos le entregaron su libertad al poder ejecutivo (nacional, provincial y municipal), ése que se elige cada cuatro años, en donde no está representado el pueblo ni hay debate como en el Parlamento, porque justamente el Ejecutivo, administra, ejecuta y gobierna.

El desafío de Argentina en primera medida es respetar las normas existentes, y entender la función que tiene cada uno de sus poderes. Hay garantías y derechos que son indiscutibles en el siglo XXI. La libertad es una, la libertad ambulatoria, y si bien no existen derechos absolutos, tampoco puede limitarse o restringirse de la misma forma un derecho constitucional que un derecho de tercera generación, por ejemplo. El COVID-19 ha venido a romper esquemas y acelerar tiempos; entonces será momento de acelerar la eficiencia del Estado y la comunicación: es necesario la unificación de criterios, la claridad de conceptos y organización. No puede volver a suceder que existan permisos dispares, no puede suceder que los intendentes decidan sobre la libertad de circulación. Los gobiernos nacionales *deben* estructurar las políticas sanitarias de forma unánime, y si es necesario, generar diferencias entre provincias, y también clarificarlo. Si se deben suspender garantías constitucionales se debe Declarar el Estado de Sitio, de forma temporal y restringida, incluso como lo dice la Constitución, pudiendo hacerlo de forma parcial en algunas provincias. La Declaración del Estado de Sitio es una medida extrema para un gobierno, pero no hay dudas que

restringir Derechos Fundamentales Constitucionales, requiere de medidas extremas.

Argentina debe utilizar todas las herramientas que eviten que, a la incertidumbre del virus y su infecciosidad, se le sume la incertidumbre de un sistema político sin respuestas y que diferencia a los ciudadanos, porque según el lugar en el que se viva, será el derecho de circulación que se tenga, en virtud del intendente que le toque.

El Leviatán fue publicado en 1651 por Hobbes pero pareciera que estas teorías políticas están más vigentes que nunca. Necesitamos Estados fortalecidos y conscientes que protejan a sus ciudadanos, porque cuando hablamos de Derechos Humanos no importan las cifras, sino las historias que hay detrás de cada violación de dichos derechos. Necesitamos que nuestro país afronte esta crisis del COVID-19 como cualquier otra, sin poner en juego garantías que son las bases de nuestro Estado. Si decide limitarlas, debe ser de forma excepcional y restringida, para que cuando se presenten nuevas situaciones de crisis como estas o similares, no se opte por suspender derechos de formas que no corresponden, ya que cualquier mandatario podría incluso inventar una enfermedad, para suspender derechos básicos como la libertad, la vida, la propiedad privada, etc. Llegando a límites inimaginables. ¿O alguien pudo imaginar el COVID-19 y sus consecuencias?

El fin nunca justifica los medios, y si bien estamos de acuerdo con decir que la salud es el principal bien jurídico protegido por nuestra sociedad, no pueden justificarse los medios, ni la violación de derechos humanos. Argentina debe buscar que sus ciudadanos sientan que esas garantías y derechos que tanto les costó conseguir, son tan fuertes como creen, y que solamente serán suspendidas ante un caso extremo –como el COVID-19–

pero con garantías, para que no vuelva a existir más casos como el de Abigail, Solange y Carmen. Detrás de estas historias, hay personas a las cuales se les han violado derechos humanos fundamentales, con una arbitrariedad inimaginable. El destino hizo que algunos de ellos ya no estén más en este mundo, por lo que la vida no les dio la posibilidad de una segunda oportunidad para gozar de sus derechos, ellos ya lo perdieron. Es momento entonces de no permitir que más ciudadanos sigan transitando este mundo viendo sus derechos vulnerados.

