

Título: COVID-19 y protección de derechos: el gran ausente institucional

Autor: Darcy, Norberto C.

Publicado en: La Ley Online;

Cita Online: AR/DOC/1568/2020

(*)

La pandemia lo ha cambiado todo. Las relaciones sociales, los hábitos, el trabajo, la atención de la salud, la macroeconomía, la microeconomía, las preocupaciones, los miedos, las expectativas, los proyectos colectivos, los proyectos personales. Cambió la vida. Y nadie sabe, a ciencia cierta, qué mundo quedará cuando todo pase.

La Argentina, que en las últimas décadas se acostumbró a vivir declarando emergencias, pareciera haber alcanzado un consenso generalizado en cuanto a que, esta vez, estamos ante una situación verdaderamente de emergencia. El 19 de marzo pasado, el gobierno nacional dictó el DNU 297/2020 por el cual dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio, tomando en cuenta la indicación principal que prescribe la comunidad científica internacional para enfrentar y minimizar los efectos del nuevo coronavirus COVID-19. Sin embargo, cabe recordar que apenas en diciembre de 2019 —cuando la pandemia parecía un relato de ficción— el Congreso había sancionado la ley 27.541 que declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, delegando facultades en el Poder Ejecutivo Nacional, en los términos del art. 76 de la CN, hasta el 31 de diciembre de 2020.

Toda situación de emergencia —como la actual— supone la restricción de algunos derechos y libertades fundamentales. En el marco de la inédita pandemia, la adopción de medidas dirigidas a proteger centralmente la salud pública y, en definitiva, la vida de las personas, resultan a priori razonables, aun cuando se resientan o afecten temporalmente otros derechos. Ahora bien, todas las medidas restrictivas que se dictan en contextos de emergencia, bajo el imperio del Estado de Derecho, exigen una adecuada ponderación de los derechos que entran en colisión, tamizados por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido, para mantener la plena vigencia del Estado de Derecho resulta imperioso que las instituciones funcionen, aun con las limitaciones que pueda imponer la situación de emergencia. El sistema republicano de frenos y contrapesos de los poderes constituidos y los mecanismos de garantía y de control son indispensables para evitar desvíos autoritarios, decisiones arbitrarias o medidas contrarias a la Constitución.

En Argentina, sin embargo, la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio trajo aparejado la cuasi paralización de dos de los tres poderes. Por un lado, la inexplicable situación del Congreso Nacional que quedó enredado en un debate tan estéril como inconducente acerca de cómo debe cambiar su reglamento interno para poder sesionar. Recordemos que el Congreso no solo es un órgano de producción legislativa, sino que también cumple funciones de contralor sobre el Ejecutivo, por ejemplo, en lo que respecta a la validez o invalidez de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes que emite el PEN (conf. art. 99, inc. 3º y la ley 26.122). Por su parte, el Poder Judicial decidió una suerte de asueto o feria judicial mientras dure el aislamiento que reduce su actuación a la

mínima expresión.

Pero, además, por si faltara algo, la institución que debiera encargarse de velar por la defensa y protección de los derechos humanos y fundamentales de los habitantes frente al Estado, se encuentra —para decirlo en términos médicos— en un estado vegetativo desde hace más de una década: me refiero al Defensor del Pueblo.

La reforma constitucional de 1994 introdujo la figura al Defensor del Pueblo como una institución independiente, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad, con características de órgano extrapoderes, a la que le encomendó la misión de defender y proteger los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. Y le confió al Congreso la potestad de designarlo, por periodos de cinco años, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras (art. 86, CN). Se trata de la única institución de garantía legitimada para asumir la defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales, así como también, la de garantizar su efectividad y plena vigencia. Bidart Campos enseña que, para el cumplimiento de su función, el Defensor del pueblo "está habilitado a recibir y seleccionar denuncias y quejas, a informar, a investigar, a criticar, a hacer propuestas y recomendaciones, a articular proyectos y, especialmente, a acceder a la justicia en virtud de su legitimación procesal. En todo este conjunto de posibilidades damos por cierto que su acción no se debe limitar a los actos u omisiones ya consumados, sino que ha de tener a la vez carácter preventivo. En ninguna de sus competencias posee facultades de decisión con naturaleza vinculante y efectos obligatorios"[\(1\)](#).

En otra oportunidad, hemos señalado que las actuales defensorías del pueblo —en particular aquellas que responden al llamado modelo iberoamericano— han abandonado aquel rol de "comisionados parlamentarios" (prototípico del primigenio ombudsman escandinavo) para reconvertirse en instituciones estatales independientes que proyectan su accionar hacia una decidida tutela de los derechos humanos frente a situaciones de vulnerabilidad, desprotección y/o discriminación tanto individual como colectiva. Sin perder de vista su función clásica, la de ser una herramienta de los ciudadanos para controlar a la Administración frente a las arbitrariedades, abusos, y/o irregularidades que ésta o sus agentes pudieran cometer, el ámbito de sus incumbencias, se han ensanchado notablemente, pudiendo incluso intervenir en algunos casos donde la vulneración de los derechos proviene de particulares o agentes privados [\(2\)](#).

Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Declaración "COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales"[\(3\)](#) en la cual fijó, como criterio general, que "Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos" y

seguidamente desarrolló una serie de prevenciones que los Estados deben observar de acuerdo con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, a saber:

a) Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

b) Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) deben ser garantizados sin discriminación a toda persona, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad: adultos mayores, niñas y niños, personas con discapacidad, migrantes, refugiados, personas privadas de la libertad, personas LGBTI, mujeres embarazadas o en período de post parto, comunidades indígenas, personas afrodescendientes, personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, personas en situación de calle, personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia.

c) Se debe garantizar, con especial énfasis, y de manera oportuna y apropiada, los derechos a la vida y a la salud de todas las personas sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores, las personas migrantes, refugiadas y apátridas, y los miembros de las comunidades indígenas.

d) El derecho a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia.

e) Por lo señalado, las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.

f) Se advierte que las medidas de aislamiento social pueden redundar en el aumento exponencial de la violencia contra las mujeres y niñas en sus hogares, por eso se recalca el deber estatal de debida diligencia estricta respecto al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y adoptarse todas las acciones necesarias para prevenir casos de violencia de género y sexual; disponer de mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, y reforzar la atención para las víctimas.

g) Se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad, dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado.

h) Se debe velar por la preservación de las fuentes de trabajo y el respeto a los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo e ingresos de todos los

trabajadores y trabajadoras y asegurar el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana.

i) Se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle, con motivo del impacto que las medidas de aislamiento social generan en las economías personales y familiares.

j) El acceso a la información veraz y fiable, así como a internet, es esencial. Deben disponerse las medidas adecuadas para que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus COVID-19, sea limitado y proporcional a las necesidades sanitarias y no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales, y a la observancia del principio general de no discriminación.

k) Es indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como se proteja particularmente la actividad de las y los periodistas y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o restricción de derechos humanos, con el objeto de ir evaluando su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos, así como sus consecuencias en las personas.

Deviene claro que, conforme surge de la Constitución Nacional, el órgano que resulta más apto para supervisar el cumplimiento de este conjunto de directrices fijadas por la Corte IDH es el Defensor del Pueblo. Empero, cómo hemos dicho, hace más una década que ese cargo se encuentra vacante. Situación que debilita, aún más, el frágil sistema institucional argentino.

Su presencia actual sería de suma utilidad no sólo para controlar a la Administración y observar que las medidas que se adopten, en el marco de la emergencia sanitaria, no excedan los límites razonables, sino también para ejercer un rol de colaborador crítico en la implementación y corrección de dichas medidas. Piénsese, p. ej., en la posibilidad de recomendar o sugerir modificaciones en las actividades exceptuadas del aislamiento; o en la posibilidad de gestionar reclamos ante los organismos administrativos que deniegan beneficios o ayudas económicas a personas o grupos vulnerables; o en controlar que las empresas prestatarias de los servicios públicos esenciales cumplan con la prohibición de corte de suministro por falta de pago a aquellos usuarios contemplados en el dec. 311/2020 (4); o proponer mecanismos que faciliten el acceso de los adultos mayores, jubilados y pensionados, al cobro de sus haberes y al pago de los servicios y/o mejorar la atención que estos reciben de las entidades bancarias; o activar los resortes estatales disponibles para la efectiva protección a las víctimas de violencia de género o de violencia intrafamiliar; o intervenir en la búsqueda de soluciones razonables para asegurar condiciones adecuadas de aislamiento a las personas que viven en villas o las que están privados de su libertad; o verificar que los instituciones de salud y el personal de dichos establecimientos cuenten con las condiciones adecuadas de bioseguridad; o propiciar políticas públicas que aseguren durante y, sobre todo, después de la pandemia, el derecho a la alimentación adecuada, al trabajo, a la vivienda y al acceso a bienes y servicios indispensables; o coadyuvar al monitoreo de los precios máximos fijados sobre alimentos y productos de limpieza e higiene personal. Obsérvese, en este último punto, que el

mismo Congreso Nacional, que hace más de diez años no logra ponerse de acuerdo en designar un Defensor del Pueblo, es el que, en 2017, modificó su ley orgánica, con motivo de la sanción de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, para incorporar al Defensor Adjunto de la Competencia y los Consumidores que "tendrá por misión exclusiva la defensa de los intereses de los consumidores y las empresas frente a conductas anticompetitivas o decisiones administrativas que puedan lesionar sus derechos y bienestar" (art. 86 de la ley 27.442) (5).

No desconocemos que, afortunadamente, existe una fuerte presencia de defensorías del pueblo locales, provinciales y municipales, que vienen desarrollando una intensa tarea de protección y promoción de derechos en el sentido apuntado. Del mismo modo, la actividad desplegada por la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina (ADPRA) (6) ha venido a ocupar —aunque de manera oblicua— el vacío dejado por el Defensor del Pueblo de la Nación, mediante distintos pronunciamientos y gestiones ante las autoridades nacionales que reflejan, con acento provincial, una mirada federal de los problemas y quejas que se receptan por parte de los habitantes de todo el país. Sin embargo, por más loable que resulte la actuación de ADPRA, ello no logra suplir la gravedad institucional que significa la vacancia del Defensor del Pueblo de la Nación. Recordemos que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en sus observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina —noviembre de 2018— subrayó expresamente que "lamenta que la vacante del Defensor del Pueblo, quien tiene responsabilidades clave para los derechos, económicos, sociales y culturales, no se haya resuelto a pesar de una recomendación de este Comité en 2011 (E/C.12/ARG/CO/3, párr. 7º) (art. 2º, párr. 1º)" y a su vez "recomienda al Estado parte que active el mecanismo de selección y proceda a la nominación del Defensor del Pueblo... que incluye la aplicación de un proceso claro, transparente y participativo de selección y nominación..."(7).

Por otra parte, si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) exhortó —en el fallo "CEPIS"— (8) al Congreso de la Nación para que proceda a su designación, ha sido la misma CS la que, por otro lado, ha cercenado recurrentemente la legitimación procesal de las defensorías del pueblo provinciales para cuestionar decisiones de autoridades nacionales, con una interpretación restrictiva y de exceso rigorismo formal (9).

En suma, estamos transitando un tiempo excepcional, donde reina la incertidumbre acerca del futuro inmediato. En cualquier caso, albergamos alguna ilusión para que el Congreso se predisponga —una vez superada la pandemia— a saldar su ya añeja deuda institucional y proceda, por fin, a designar al Defensor del Pueblo y sus adjuntos conforme se lo ordena la Constitución Nacional. Pues como sentencia el Prof. Constenla "La defensoría del pueblo no es una institución que puede existir o no, al gusto de una mayoría política. Así como Cicerón decía que sin tribuno de la plebe no hay república, se puede afirmar que sin defensoría del pueblo no hay democracia. Cuidar su vitalidad, su prestigio y su eficacia es tanto como cuidar de la vida misma de la democracia"(10).

(*) Abogado y Procurador (UBA). Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, Universidad de Alcalá, España. Docente universitario de grado y posgrado. Director del Área de Defensa de Usuarios y Consumidores del Instituto

Latinoamericano del Ombudsman-defensorías del pueblo (ILO). Actual Subsecretario de Promoción y Protección de Derechos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(1) BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución reformada", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997, t. III, p. 326.

(2) DARCY, Norberto, "Las defensorías del pueblo y el mandato implícito de proteger los derechos humanos, también, frente a las agresiones de los agentes privados" en La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo, ESCOBAR ROCA, Guillermo (ed.), Ed. Dykinson SL, Madrid, 2013, p.1083.

(3) http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf.

(4) Dec. 311/2020 - DECNU-2020-311-APN-PTE - Abstención de corte de Servicios en caso de mora o falta de pago, publicado en BO el 25/03/2020 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227120/20200325>.

(5) DARCY, Norberto C., "La nueva ley de defensa de la competencia: otra buena razón para designar al Defensor del Pueblo", publ. en elDial.com - DC260E, el 08/10/2018.

(6) Se pueden consultar las actividades de ADPRA en <http://www.adpra.org.ar/>.

(7) Se puede consultar el informe en <https://acnudh.org/comite-onu-sobre-derechos-economicos-sociales-y-culturales-emitio-informe-sobre-argentina/>.

(8) "Que, por otra parte, no puede dejar de señalarse que el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus arts. 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios. En las condiciones reseñadas, y habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, corresponde exhortar al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo con lo establecido en el art. 86 citado" CS, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", 18/08/2016, publicado en: LA LEY 23/08/2016 - LA LEY 2016-E, 46.

(9) CS, Fallos: 329:4542, Fallos: 340:745.

(10) CONSTENLA, Carlos R., "Las instituciones defensorías del pueblo: pasado presente y futuro", en Revista Voces en el Fénix, 59, Año 8, marzo 2017 https://www.vocesenelfenix.com/sites/default/files/pdf/2_24.pdf.

Información Relacionada

Voces: PANDEMIA ~ EMERGENCIA SANITARIA ~ ENFERMEDADES ~
ENFERMEDAD CONTAGIOSA ~ DERECHO A LA SALUD ~ SALUD PUBLICA ~
DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA