

# pensar JUSBAIRES

| Revista de distribución gratuita | año VIII N° 27 | septiembre 2021 | Dirección: Dra. Alicia Pierini |

OPINIÓN

## SALUD PÚBLICA, PANDEMIA Y SALUD MENTAL

ALEJANDRA PETRELLA

EDITORIAL  
PALABRAS DE LA DIRECCIÓN  
ALICIA PIERINI

OPINIÓN  
JUSTICIA DE CONSUMO EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES  
ALBERTO BIGLIERI Y ROMINA LARA

OPINIÓN  
DERECHO ELECTORAL Y LA ETICA  
CLAUDIA GÓMEZ CHIAPPETTA

INFORME  
DERECHOS A LA LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA,  
Y SU RELACIÓN CON OTROS DERECHOS, CON PERSPECTIVA DE GÉNERO  
OPINIÓN CONSULTIVA – CORTE IDH



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires  
Consejo de la Magistratura

JUS  
BAI  
RES  
EDITORIAL



## AUTORIDADES



**Vicepresidente**  
Dr. Francisco Quintana



**Presidente**  
Dr. Alberto Maques



**Vicepresidenta 2º**  
Dra. Fabiana Haydeé Schafrik

### Consejeros/as



Dr. Juan Pablo Zanetta



Dr. Alberto Biglieri



Dra. Anabella Hers Cabral



Dra. Ana Florencia Salvatelli



Dra. María Julia Correa



Dr. Gonzalo Segundo Rua

# Contenido

**pensar**JUSBAIRES  
AÑO VIII. Nº 27 | SEP. 2021

## **EDITORIAL**

PALABRAS DE LA DIRECCIÓN ..... 5

**ALICIA PIERINI**

## **OPINIÓN**

JUSTICIA DE CONSUMO EN LA CIUDAD  
DE BUENOS AIRES ..... 6

**ALBERTO BIGLIERI Y ROMINA LARA**

## **OPINIÓN**

SALUD PÚBLICA, PANDEMIA  
Y SALUD MENTAL .....14

**ALEJANDRA PETRELLA**

## **OPINIÓN**

DERECHO ELECTORAL Y LA ETICA .....26

**CLAUDIA GÓMEZ CHIAPETTA**

## **INFORME**

DERECHOS A LA LIBERTAD SINDICAL,  
NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA,  
Y SU RELACIÓN CON OTROS DERECHOS,  
CON PERSPECTIVA DE GÉNERO .....34

**OPINIÓN CONSULTIVA/CORTE IDH**

REVISTA

**pensar**JUSBAIRES

AÑO VIII. Nº 27 | SEP. 2021

directora

Dra. Alicia Pierini

comité asesor

Dr. Horacio Corti

Dr. Gustavo Ferreyra

correctora

Nancy Sosa

diseño y producción

Editorial JusBaires

Diag. Julio A. Roca 530

[www.editorial.jusbaires.gob.ar](http://www.editorial.jusbaires.gob.ar)

Pensar JusBaires

Bolívar 177, 1º piso

[www.pensar.jusbaires.gob.ar](http://www.pensar.jusbaires.gob.ar)

Desarrollado por la Dirección de Informática y Tecnología del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

RL -2020-89023101-APN-DNDA

DNDH Nº 44106861



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires  
Consejo de la Magistratura





En el presente número de la revista **pensarJUSBAIRES** tenemos la oportunidad de acercar a nuestros lectores los análisis de temas diversos pero no por ello carentes de actualidad. Todo lo contrario, cada uno de ellos aborda una cuestión que atañe a derechos de distinta índole ya sea que se reflejen como conflictivos o con sus soluciones a la vista.

Así, la doctora Claudia Gómez Chiapetta se abocó esta vez a verificar los niveles de ética en el Derecho Electoral, no solo en base al Código Modelo Interamericano sino también, y sobre todo, a la imparcialidad, la independencia y la transparencia de su ejecución.

Por su parte, los doctores Alberto Biglieri y Romina Lara, en su trabajo a duo, hacen a nuestro órgano de difusión un poderoso aporte respecto de la Justicia de Consumo en la ciudad de Buenos Aires para evitar las relaciones conflictivas del intercambio, mientras incitan paralelamente a profundizar sobre la educación financiera y la educación del consumo, pues advierten que existe un relativo conocimiento de esos derechos básicos.

La doctora Alejandra Petrella decidió hablarnos de la Salud pública, la pandemia y la salud mental, así como de la necesidad de colocar en sintonía al Estado con los ciudadanos en cuanto a la unidad de mente y cuerpo, especialmente en estos momentos prolongados de la pandemia del Covid 19.

Finalmente, **pensarJUSBAIRES** rescató un informe reciente, del 5 de mayo de 2021, emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del pedido de una Opinión Consultiva en respuesta a la consulta realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para actualizar conceptos referidos a los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y de huelga, y la relación que guardan con otros derechos con perspectiva de género.

Esperamos que estos contenidos sean de especial interés de los habituales lectores del órgano de difusión del Consejo de la Magistratura porteña.

ALICIA PIERINI

DIRECTORA DE **pensarJUSBAIRES**

# JUSTICIA DE CONSUMO EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

ALBERTO BIGLIERI\* Y ROMINA LARA\*\*

*Los autores de este análisis especial para la revista **pensar**JUSBAIRES sostienen que para que todo funcione de la manera pertinente y se evite avanzar en relaciones conflictivas, es prioritario profundizar sobre la educación financiera y la educación para el consumo, consagrada en nuestra máximo texto legal, y que tan precariamente aparece hoy en nuestro país. Los consumidores argentinos poco conocen sobre sus derechos básicos y aún menos sobre conceptos como finanzas, cálculos de tasas de interés y costos, entre otros.*

El derecho de consumo moderno se encuentra forjado sobre la necesaria e integral protección del consumidor frente a una relación jurídico-comercial notablemente desequilibrada. Sin ser del todo una rama del derecho público ni del derecho privado, en la actualidad *-luego de muchos años y de diversas controversias-*, refleja una materia jurídica, autónoma y funcional, dedicada al estudio de las normas que regulan las relaciones consumeriles y orientada a la búsqueda de soluciones ágiles y eficaces para lograr una armónica equidad entre los

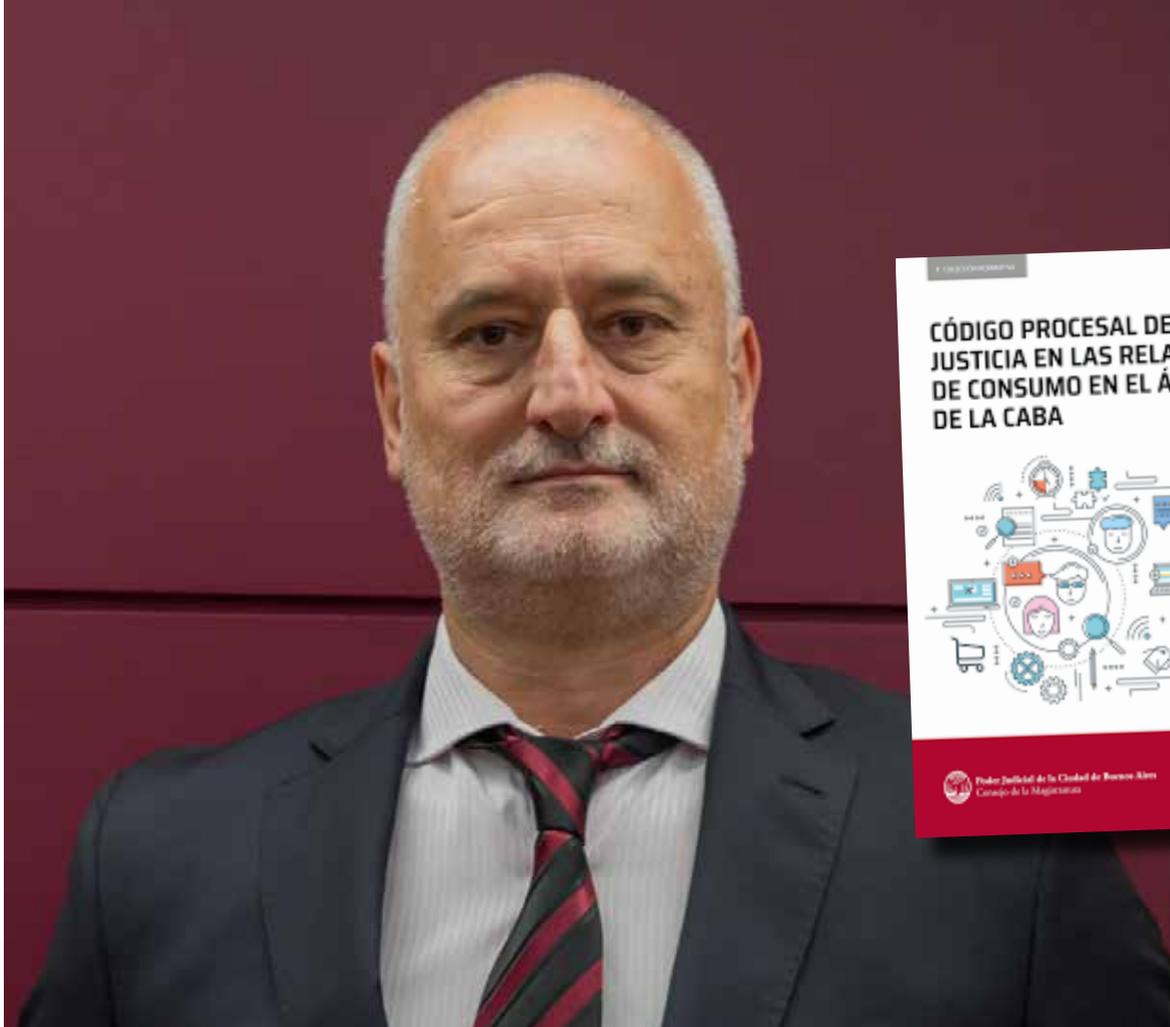
polos opuestos de esta tan peculiar relación comercial.

A diferencia del resto, **el derecho del consumidor es un área en constante movimiento que acompaña -sin lugar a dudas- insoslayablemente la evolución tecnológica y presta especial atención a los cambios sociales y económicos mundiales.**

Si bien, para la década del '70 ya muchos países contaban con tutela específica, a nivel nacional la protección consumeril obtuvo el máximo nivel de jerarquía normativa

\* Abogado de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, con especialidad en Derecho Administrativo. Consejero en el mismo organismo en representación de la Legislatura porteña. Director del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Vicepresidente de la Caja Previsional de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, ex Director de Asuntos Jurídicos del CM de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

\*\* Abogada por la Universidad de Morón. Especialista en Derecho de la Empresa (UB) y en Derecho de Consumo (UCA). Actualmente Cámara de Apelaciones Fuero CATyRC. Previamente Asesora en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



con la reforma de la Carta Magna de 1994, con el texto expreso en el artículo 42, que tenía como precedente la Ley Nacional N° 24.240 de 1993.

La Ciudad de Buenos Aires, en 1996 y en concordancia con lo establecido en el máximo texto legal de nuestro país, imprime en su artículo 46 una total garantía para la *“defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten”*.

Cuando hacemos referencia a una relación de consumo nos es inevitable visualizar a un protagonista mucho más débil y vulnerable: *el consumidor*. En este punto, es sustancial recordar el punto de inicio *-por supremacía*

*el más importante-* que dio origen al paradigma de protección al consumidor.

El mismo, se arraiga junto al discurso del presidente John F. Kennedy, frente al Congreso Norteamericano del 15 de marzo de 1962, con motivo de la Defensa de los Derechos de los Consumidores. Es allí, donde se origina la frase ya mundialmente conocida *“todos somos consumidores”*, no obstante, por su contenido, me permito destacar un fragmento crucial para la evolución de este particular derecho: *“El Gobierno -por su condición el principal portavoz en nombre de todos- tiene la especial obligación de estar alerta en lo que se refiere a las necesidades de los consumidores y de hacer progresar sus intereses”*. Significativas y valiosas palabras que delinearón una nueva y prometedora etapa.

Abordada desde el credo capitalista, aquel discurso constituyó una avanzada filosófica relacionada con una forma del ejercicio de la ciudadanía en la mayor democracia de occidente, donde el mercado elige y selecciona en “primarias”, todos los días, sus preferencias comerciales y reserva solo para un supermartes bienal la votación para autoridades.

**Corresponde mencionar que el derecho constitucional de los consumidores y usuarios necesita de herramientas y de procedimientos administrativos y procesos judiciales que aseguren la plena eficacia en el desarrollo y defensa de sus derechos e intereses.** El acceso a la justicia es un derecho humano que debe ser garantizado en toda sociedad. Afianzar el funcionamiento de un sistema judicial ágil e innovador, diseñado específicamente para la defensa de los derechos de los consumidores, debe ser un compromiso sustancial y un trabajo mancomunado entre todos los sectores de la sociedad.

Las construcciones jurisprudenciales de otrora no bastan para organizar esta nueva tutela constitucional. No se puede esperar a un recorrido como el del amparo para independizar en el ámbito procesal a las cuestiones del consumo de los principios generarles del derecho civil o del derecho comercial. La gran tarea de la unificación del código civil y comercial incluyó algunas normas procesales, que hemos criticado y que, igualmente son insuficientes.

Si bien se han logrado derribar muchos obstáculos, más de medio siglo después del discurso ya mencionado, las *Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor*, aún proponen a los Estados

Miembros “lograr o mantener una protección adecuada de sus habitantes en calidad de consumidores”. Una serie de recomendaciones (soft law) que se hace complicado adoptar armónicamente en nuestro sistema federal.

A pesar del avance dispar que el sistema constitucional provoca y de los errores conceptuales de algunos proyectos que buscan la reforma judicial desde el Congreso Nacional que hemos criticado en varias oportunidades, ha sido determinante el avance realizado por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pasado 11 de marzo de 2021 con la sanción del primer “Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo”.

**La Ciudad de Buenos Aires, innovadora y precursora, no solo cuenta con su propia Justicia en Relaciones de Consumo, sino que en la búsqueda de una efectiva tutela de los derechos de los usuarios y consumidores creó el primer código procesal de consumo no solo a nivel nacional, sino de toda Latinoamérica.**

En lo personal, celebro el gran trabajo realizado por mis colegas, por los legisladores y por los especialistas que, una vez más, en el camino al fortalecimiento de la autonomía marcan el rumbo en pos del beneficio de los justiciables, creando un gran aporte para toda la sociedad.

Con el objetivo de cumplir con lo indicado por las Directrices de las Naciones Unidas, ya sea por adecuarse a la evolución o por la adopción de las decisiones políticas necesarias, corresponde que todo Estado comience a saldar de a una, las incontables deudas que persisten en materia de derecho de consumo. Es insignificante el beneficio de

---

La Ciudad de Buenos Aires, innovadora y precursora, no solo cuenta con su propia Justicia en Relaciones de Consumo, sino que en la búsqueda de una efectiva tutela de los derechos de los usuarios y consumidores creó el primer código procesal de consumo no solo a nivel nacional, sino de toda Latinoamérica.

---

las “medidas parche” -o medidas aspirina- destinadas al consumidor, si las mismas no se encuentran sustentadas en proyectos a largo plazo y fortalecidas con políticas públicas acorde a un diseño de largo plazo y que sobrepasen las necesidades coyunturales provocadas por la crisis socioeconómica que atraviesa nuestra región.

Desde el abordaje jurídico, **la independencia doctrinaria de las relaciones del consumo es parte de ese horizonte de búsqueda.** La mejor de las soluciones en un conflicto consumeril en los fueros históricos del derecho privado, donde la igualdad de armas es una arista constituyente de ese sistema, solo sirve de justificación a la unicidad de un sistema que el constituyente en el siglo pasado y el codificador en el presente han abandonado.

Como ya se indicó en los párrafos precedentes, la Ciudad de Buenos Aires comenzó una nueva etapa en materia de derecho de consumo con la sanción de su código procesal. No obstante, este fructífero camino se ha iniciado mucho tiempo atrás. **Un hito fundamental se gestó junto con la sanción de la Ley N° 6.286, el 5 de diciembre de 2019. En ella se estableció la jurisdicción de la Ciudad de**

### **Buenos Aires sobre las relaciones de consumo.**

Desde aquel momento, fielmente involucrado, el Consejo de la Magistratura trabajó mancomunadamente con especialistas para la elaboración, *-en un principio y hasta tanto se sancione la correspondiente ley adjetiva-* de un protocolo de gestión para guiar el proceso judicial derivado de un conflicto de consumo.

Posteriormente, ya con el proyecto de ley procesal en el recinto legislativo se trabajó en modificaciones, a efectos de mejorar su articulado, potenciar la celeridad y afianzar la autonomía porteña, junto con la Justicia y la defensa de los intereses de los ciudadanos porteños.

Previo a la Ley N° 6.286, si bien existía en la Ciudad un evolucionado sistema administrativo de protección al consumidor, la vía judicial para sanear los daños acaecidos y para ejecutar los acuerdos incumplidos en las relaciones de consumo carecía de desarrollo, transformando el acceso a la justicia de los consumidores y usuarios en un camino minado de burocracia y con demasiados obstáculos por sobrepasar.

Dentro del territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires coexisten diversos sistemas administrativos (tanto nacionales como locales), que buscan brindar una solución a los conflictos y reclamos de los consumidores. No obstante, dichos procedimientos se encuentran orientados hacia la imposición de sanciones administrativas a los proveedores por las conductas ilegítimas.

Esto, si bien es una solución no jurisdiccional altamente efectiva, desnaturaliza plenamente la protección establecida en el plexo normativo del consumidor y condena al olvido el principal y legítimo interés, la reparación del daño acaecido.

No importa si es a través de la elección de la mediación establecida por el servicio de COPREC (Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo) dependiente de la Dirección de Defensa del Consumidor Nacional, Ley N° 26.993 o la dispuesta por la Dirección de Defensa y Protección al Consumidor del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (Ley N° 757 CABA), una vez finalizada la instancia prejudicial, sin acuerdo alcanzado o por incomparecencia del proveedor, para obtener una solución acorde a su denuncia, el consumidor dentro del territorio porteño sólo podía optar por iniciar un proceso judicial en el Fuero Civil o en el Fuero Comercial Nacional *-al día de hoy ninguno de los dos fueros se encuentran transferidos a la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires-*.

Por lo hasta aquí mencionado, hasta antes de la sanción de la Ley N° 6.286, una gran cantidad de conflictos de consumo, por su

bajo monto, por abandono de instancia o por su escasa complejidad, quedaban a mitad de camino y sin encontrar el reparo pertinente. Corresponde mencionar que durante las últimas décadas y a través de cada convenio de traspaso de competencias penales de la Justicia Nacional Ordinaria al Poder Judicial local, *-siendo que las mismas no fueron acompañados de las partidas presupuestarias necesarias-* nuestra justicia ha demostrado su óptimo y eficaz nivel para el justiciable porteño.

La institucionalización de la justicia autónoma de Buenos Aires, su alto grado de profesionalización y su avanzado sistema de expedientes digitales facilitará la aplicación del nuevo código procesal a los reclamos del ciudadano consumidor. **Una justicia específica con el correspondiente equilibrio procesal que otorgue soluciones justas y eficientes a los consumidores dañados, luego de fallidas conciliaciones, busca hacer valer sus derechos ante la vía judicial pertinente y la tan necesitada reparación efectiva del menoscabo ocasionado.**

## Nuevo Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de consumo

El innovador plexo procesal establece que la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tendrá competencia para entender en las causas que se inicien a partir de su puesta en funcionamiento *-30 días de su publicación-* y que versen sobre, *“conflictos en las relaciones de consumo, regidas por las normas nacionales de defensa del consumidor y de lealtad comercial, los artículos 1092 y 1096*

---

Una justicia específica con el correspondiente equilibrio procesal que otorgue soluciones justas y eficientes a los consumidores dañados, luego de fallidas conciliaciones, busca hacer valer sus derechos ante la vía judicial pertinente y la tan necesitada reparación efectiva del menoscabo ocasionado.

---

*del Código Civil y Comercial de la Nación, y toda otra normativa general o especial, nacional o local, que se aplique a las relaciones de consumo”.*

De conformidad con las directrices del derecho de consumo, el texto indica que el proceso se regirá por *los principios que emergen de las normas constitucionales y legales de protección del consumidor y, en particular, por los de informalidad procesal, celeridad, inmediatez, concentración, economía procesal, oralidad, gratuidad y digitalización.*

Por otra parte, este texto adjetivo establece que las causas previstas se regirán por las normas del proceso “ordinario”, no obstante, también se podrá solicitar el proceso ampliado según la complejidad que manifieste el conflicto consumeril. Será necesario que junto con la interposición de la demanda, el actor acredite el cumplimiento de una instancia de conciliación previa siempre bajo la certificación correspondiente emitida por autoridad competente.

Es importante destacar que el nuevo código crea una *Oficina de Gestión Judicial*, la cual se encuentra encargada de asistir a los jueces del fuero y que conlleva la responsabilidad de administrar el despacho de las

causas y procurar el buen funcionamiento del tribunal bajo la tangente de separación de funciones preparatorias de las específicamente jurisdiccionales. Su implementación y regulación corresponde a la órbita del Consejo de la Magistratura de CABA.

Para finalizar, **quiero destacar que es de vital importancia que sigamos avanzando con la tutela innovadora en materia de consumo, sin ir más lejos, es necesario recordar que el panorama económico crítico que atraviesa nuestro país pone en jaque y extrema la vulnerabilidad de miles de consumidores.** Lamentablemente, siempre, el gran perjudicado es el último eslabón en la cadena comercial. Por ello, se deben enfrentar todas las desventajas que día a día afloran en materia de derechos económicos que vulneran intereses y afectan la dignidad de millones de compatriotas.

En un futuro próximo, será imprescindible trabajar en pos de ofrecer soluciones legales a los consumidores sobreendeudados, *-que aún en el año 2021 carecen de proceso concursal específico y que siguen quedando a su suerte en ese proceso de insolvencia diseñado solamente para empresas-* para

evitar su drástica y eterna exclusión del sistema financiero nacional.

No se escapa a este análisis que para que todo funcione de la manera pertinente y se evite avanzar en relaciones conflictivas, es prioritario profundizar sobre la educación financiera y la educación para el consumo, consagrada en nuestro máximo texto legal, y que tan precariamente *-casi inexistente-* aparece hoy en nuestro país.

Los consumidores argentinos poco conocen sobre sus derechos básicos y aún menos sobre conceptos como finanzas, cálculos de tasas de interés y costos, entre otros. **De nada sirve la obligatoriedad de la información prevista en la Ley de**

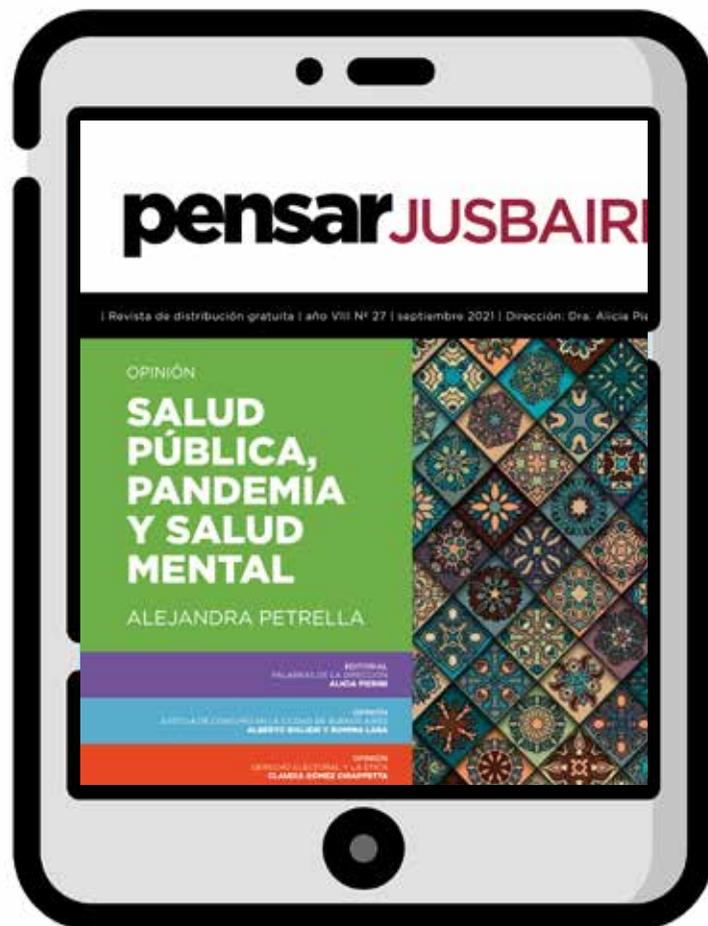
**Defensa al Consumidor (N° 24.240), si no se cuenta con las herramientas necesarias -que se brindan a través de la educación- para poder comprender, evaluar, elegir y actuar en consecuencia.**

No obstante, como verán, aún queda mucho por hacer. Hoy celebramos el gran avance de la Ciudad de Buenos Aires junto a su nuevo código procesal de consumo y revalorizamos nuestro compromiso, junto con el de todos los sectores de la sociedad, en pos de seguir fortaleciendo la normativa actual, reforzar la protección y conseguir que cada usuario y consumidor encuentre respaldo legal en la tutela de sus derechos fundamentales.

## Notas

1. Constitución Nacional, art. 42 “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.  
Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.  
La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.
2. Ley Nacional N° 24.240  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/textact.htm>
3. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, art. 46 “La Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten.  
Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas.  
Debe dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación.  
Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos.  
El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamentamente la ley”.
4. “Normas procesales del código civil y comercial en el marco de la transferencia de la justicia nacional”. En el diario La Ley. 20 de Julio de 2017.
5. Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor [https://unctad.org/es/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1\\_es.pdf](https://unctad.org/es/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf)
6. CAPITALISMO SANITARIO. Editorial EJ Eduardo Lecca Editor. 2020. Buenos Aires. p. 48.
7. Consejeros de la Magistratura que han impulsado y presentado proyectos y correcciones a la redacción final del código en los últimos años: Silvia Bianco, Francisco Quintana, Alberto Maques, Juan Pablo Zanetta, y mis compañeros en la Comisión de Transferencias Darío Reynoso, Anabella Hers Cabral y Gonzalo Rúa.
8. Ley N° 6.286  
<http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley6286.html>
9. Ley Nacional N° 26.993  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235275/norma.htm>
10. Ley N° 757  
<http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley757.html>

# Leenos en digital en la web



**pensar.jusbaires.gov.ar**

 pensar.jusbaires.gov.ar  pensar@jusbaires.gov.ar  pensar jusbaires

# SALUD PÚBLICA, PANDEMIA Y SALUD MENTAL

ALEJANDRA PETRELLA\*

*En este análisis especial para pensar JUSBAIRES, la autora manifiesta que sería loable esperar que la pandemia permita un profundo despertar y coloque al Estado y a los ciudadanos en sintonía, entendiendo la unidad entre mente y cuerpo; comprendiendo finalmente el concepto psicobiosocial de la salud mental. Para Petrella consiste en “el derecho de cada uno de nosotros a gozarlo y la obligación del estado a garantizarlo”.*

En el último año y debido a la emergencia sanitaria, declarada como consecuencia del COVID 19, todos nos hemos convertido en opinólogos, lo que -enmarcado en un país agrietado- coadyuvó muy poco a superar la situación de vulnerabilidad por la que atravesamos, especialmente la que transitan muchos argentinos no solo por la salud sino también por las consecuencias que la cuarentena significó en las vidas de los que menos tienen.

Sin embargo, todavía no hemos evaluado suficientemente el daño y las consecuencias a futuro que todo lo ocurrido generará -en mayor o menor medida- en nuestra salud mental; y menos aún, las implicancias que la pandemia ocasiona a las personas con padecimientos mentales. La gestión de la salud mental en pandemia ha sido un tema secundario, cuyos efectos impactan en la

salud pública y también en el mercado laboral y en la vida cotidiana de los ciudadanos.

El aislamiento social y la incertidumbre en torno al virus pueden provocar pensamientos depresivos, desesperación, ansiedad y soledad. En consecuencia, pueden surgir síntomas psiquiátricos en personas sin antecedentes de enfermedad mental, pero con condiciones psiquiátricas preexistentes pueden empeorar.

Ese impacto de la pandemia de COVID-19 en la salud mental de personas con trastornos preexistentes no está claro. Por caso, los controles de psiquiatría han detectado el impacto percibido en la salud mental, el afrontamiento y los cambios en los síntomas depresivos, la ansiedad, la preocupación y la soledad, antes y durante la pandemia de COVID-19, en personas con y sin



depresión, ansiedad u obsesión de por vida, así como trastornos compulsivos.

En este marco, desde que se informó el primer caso confirmado de COVID-19 en los Países Bajos el 27 de febrero de 2020, **se comprobó el gran impacto que ha tenido la enfermedad en todos los aspectos de la sociedad holandesa, conforme un estudio que publica *Intramed*, conocida revista de divulgación científica.**

El filósofo coreano Byung-Chul Han publicó un ensayo en el diario español *El País* en el que acuña el término *corona blues* para

hacer referencia a las consecuencias que la pandemia produjo en la psiquis social. Refiere que el virus SARS-CoV-2 es un espejo que refleja las crisis de nuestra sociedad y que hace que los síntomas de las enfermedades que nuestra sociedad padecía ya antes de la pandemia se vean agravados.

Uno de estos síntomas es el cansancio. Se trata de un cansancio fundamental, que permanentemente y en todas partes acompaña nuestra vida como si fuera nuestra propia sombra. No es la ociosidad, sino el cansancio, lo que impera en tiempos de pandemia”, aseguró el filósofo.

---

**Si bien la pandemia impone ámbitos de mucha soledad, el ejercicio social que propone -de cuidado personal y cuidado del otro- impone acciones colectivas en tanto, y como se ha repetido una y otra vez, nadie se salva solo.**

---

**El reconocimiento del propio espacio en el que se habita constituye un determinante social de la salud mental.**

Para mantener una vida digna -y en este contexto- mentalmente sana, el entorno vital hace al reconocimiento del propio ser, y a su vez constituye un gran aliado o un gran enemigo en materia de salud mental. Soy en tanto “soy en determinado entorno en el que me reconozco”.

La pandemia ha modificado el entorno en el que cada uno de nosotros se identificaba y ello implica un ejercicio mental de aceptación de nuevas condiciones vitales, formas de relacionamiento, espacios y modos de trabajo y básicamente un cara a cara cotidiano con el cuidado y la preservación de nuestra salud. Si bien la pandemia impone ámbitos de mucha soledad, el ejercicio social que propone -de cuidado personal y cuidado del otro- impone acciones colectivas en tanto, y como se ha repetido una y otra vez, nadie se salva solo.

Para proteger la salud como bien colectivo -máxime en situación de emergencia sanitaria- hacen falta personas comprometidas con el otro y un estado presente, no solo desde las regulaciones públicas y las garantías sino a partir de acciones concretas.

No todos tenemos la misma capacidad de realizar las adecuaciones necesarias, y las personas con padecimientos mentales

tienen una fragilidad emocional que los expone a la vulnerabilidad extrema. Ello debe ser atendido a tiempo a fin de evitar consecuencias irreparables en los aparatos psíquicos y los efectos del estrés postraumático.

A un año de la aparición del coronavirus, **el mundo está al borde de otra crisis de salud: el trauma psicológico generalizado que provocó la pandemia que -según los expertos- generará una pandemia de lesiones psicológicas y sociales que recibe poca atención en comparación con la enfermedad, a pesar de que también devasta familias, daña y mata.**

Tengo para mí que resultaría un buen momento para poner en práctica una dimensión de la salud poco utilizada en nuestro país que es la medicina preventiva y la consecuente atención primaria, a fin de evitar daños que a la larga resulten irreparables. La atención a tiempo de los trastornos mentales debe ser un problema de la salud pública, y ello implica un estado presente con políticas públicas y presupuestos acordes ya que la manda legal referida al aumento de partidas para esta temática se encuentra incumplido (art. 32 de la Ley Nacional de Salud Mental Nro. 26.657).

Para profundizar mi propuesta, me parece interesante hacer un repaso por la situación sanitaria del país, máxime en el marco de

---

## La gestión de la salud mental en pandemia ha sido un tema secundario, cuyos efectos impactan en la salud pública y también en el mercado laboral y en la vida cotidiana de los ciudadanos.

---

los posibles cambios que se pretenden realizar y en momentos en los que se evalúa modificar el sistema existente.

### 1.- El sistema de salud argentino

En nuestro país cabe resaltar a Ramón Carrillo como el primer ministro que diseñó los ejes de una política de salud del Estado hacia el ciudadano. Elaboró un plan de salud pública para el período 1952/8, que aún resulta vigente, en tanto vincula la política sanitaria con la política social.

**Su política sanitaria argentina se basaba en tres principios: que todos los hombres tienen igual derecho a la vida y a la sanidad, que no puede haber política sanitaria sin política social y que de nada sirven las conquistas de las técnicas médicas si éstas no pueden llegar al pueblo por medio de dispositivos adecuados.** El “Plan” detalla en más de cuatro mil fojas sus ideas acerca del sistema de salud y el desarrollo hospitalario.

Actualmente, el sistema sanitario argentino se caracteriza por su complejidad, fragmentación y descentralización. Cada una de las provincias que compone el territorio nacional tiene su propio régimen -toda vez que el derecho administrativo es local- a través de secretarías o ministerios que controlan las decisiones políticas en salud. Carece de

mecanismos eficaces, lo que perjudica la provisión de salud para el conjunto de la sociedad. Lo mismo ocurre con la salud mental, y en ambos casos su financiación surge principalmente de deducciones salariales.

El sistema está fundamentalmente orientado hacia la atención médica reparativa de la enfermedad y centrado en la institución hospitalaria. Es público y abierto a todos los habitantes del país, extranjeros e inmigrantes, característica que no es común en los países de la región, pero existen asimetrías muy marcadas en los servicios de salud directamente vinculadas a la posición individual en el mercado de trabajo y el nivel de ingresos de cada familia. Ello genera una cobertura múltiple para un grupo reducido y una cobertura sólo del hospital público para la gran mayoría de la población, lo cual produce una desigualdad social.

**Por caso, el 55 % del país está cubierto por obras sociales, el Programa de Adultos Mayores Integrados (PAMI) del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) que reciben aportes del Tesoro Nacional, y empresas de medicina prepagas (9 %); el resto se atiende en hospitales públicos.**

Luego de la crisis económica sufrida por el país en el año 2000 y como respuesta a ella se hicieron modificaciones en el sistema de

---

**La atención a tiempo de los trastornos mentales debe ser un problema de la salud pública, y ello implica un estado presente con políticas públicas y presupuestos acordes ya que la manda legal referida al aumento de partidas para esta temática se encuentra incumplido (art. 32 de la Ley Nacional de Salud Mental Nro. 26.657).**

---

salud destinadas a mejorar la accesibilidad de la población a la salud, con eje en tres pilares: la prescripción de medicamentos por nombre genérico, el Plan Médico Obligatorio y el Plan Remediar.

El gasto de Argentina en salud alcanzó en 2017 el 9,4% del Producto Bruto Interno (PBI), de acuerdo con los resultados de un trabajo realizado por la Dirección de Economía de la Salud del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, con la cooperación de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS), que llevó más de un año de desarrollo. De la cifra total del gasto, el 2,7% corresponde al Gasto Público; el 3,9%, al Gasto de la Seguridad Social -incluyendo PAMI, la obra social de los jubilados y pensionados del país-, mientras que el Gasto Privado representó en 2017 el 2,8% restante, según el análisis iniciado en 2018.

Pese a ello, todavía resulta notable la inequidad existente en el país en punto al gasto *per capita* en materia de salud: mientras que en Formosa es de \$ 360, en la Ciudad de Buenos Aires asciende a \$ 1500; sin embargo, y debido a la existencia de otros problemas, ello no es sinónimo de efectividad.

Aún faltan herramientas que atemperen la magnitud de este diagnóstico y ellas implican necesariamente el fortalecimiento de los sistemas públicos de salud, aumentando los segmentos de población con cobertura.

Con la premisa de que la salud es un servicio, cabe agregar que el servicio puede ser público o social. Estos últimos -si bien son prestados por el Estado- permiten la participación concurrente de terceros. **Satisfacen de modo directo derechos básicos fundamentales y dentro de esta categoría se encuadra el servicio de salud. Así, los servicios públicos y los sociales, si bien tienen rasgos comunes, tienen un distinto régimen jurídico.**

Por caso, comparten las características de acceso continuo e igualitario y la regulación estatal. Pero el servicio social es obligatorio por mandato constitucional, en tanto reconoce derechos fundamentales y es concurrente entre el Estado y los particulares. El Estado debe participar en sus prestaciones y de modo directo, necesario y gratuito; caracteres éstos que no se dan en los servicios públicos.

Hablar de salud pública importa -se reitera, desde una visión colectiva- referirse a

---

## De acuerdo con la OMS, los gobiernos tienen una responsabilidad en la salud de sus pueblos, la que sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

---

los problemas de salud que afectan a las poblaciones y las intervenciones estatales o privadas socialmente organizadas conducentes a modificar el curso natural de esos problemas y mejorar su calidad de vida. El desarrollo de la salud pública está íntimamente vinculado al de la medicina.

Desde la perspectiva de la medicina social, la salud pública abarca el amplio espectro que se inicia con la prevención de las dolencias y las discapacidades, la prolongación de la vida y el fomento a la eficiencia física y mental, y se extiende a la educación del individuo en los principios de la higiene personal, la organización de los servicios para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación, así el desarrollo de la estructura social que le asegure a cada miembro de la comunidad un nivel de vida adecuado para el mantenimiento de la salud.

De acuerdo con la OMS, los gobiernos tienen una responsabilidad en la salud de sus pueblos, la que sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas. Se trata de una función que debe cumplir el Estado, a través de sus tres roles del poder: dictando leyes (vacunación generalizada, etc.), haciendo campañas de prevención (desde el Ministerio de Salud) y ejecutando ese derecho para los ciudadanos (mediante la concesión de

amparos, etc.) y en las distintas jurisdicciones: municipal, provincial y nacional.

Dentro del sistema nacional, cada jurisdicción provincial y la Ciudad Autónoma tiene sus propios regímenes.

### 2. La salud pública en la política de Estado

Se debe partir de la premisa básica que indica que la política sanitaria es una política de Estado. Del Artículo 12 del PIDESC surge que garantizar el derecho a la salud es obligación de los Estados. Esta garantía hace al Estado social de Derecho y encuadra a la salud como un servicio público social. La LSM promueve una salud mental enfocada desde la salud pública. Así, **entendiéndose que la salud es un bien colectivo con protección constitucional. Tal protección, además de la basada en la normativa ya citada, deriva del Artículo 42 de la CN reformada en el año 1994, que establece como un derecho difuso vinculado a los consumidores y usuarios.**

Además, por conducto de las normas vigentes -y siendo el Estado el garante último del derecho a la salud- es el propio Estado el que presta el servicio público de salud de manera directa (por sí) o indirecta (pero concesionando y fiscalizando y/o regulando).

---

## ... la salud constituye un bien jurídico tutelado por la Administración, entendiéndose por tal algo considerado valioso para la mayoría de la población y por ello merecedor de tutela judicial.

---

Así, hablar de salud pública en el marco de las políticas de Estado importa determinar si dentro del programa de gobierno se han fijado objetivos vinculados al tema. En este orden, la salud puede estar completamente en manos del Estado, en manos privadas, puede haber un sistema mixto, o por caso, tal lo que sucede en Argentina, coexisten una pluralidad de sistemas.

Por un lado, **el Estado actúa como controlador -en ejercicio del poder de policía-, regulador de la actividad, que puede ejercer por sí o por terceros.** En nuestro país conviven -básicamente- la atención en salud que dispensa el Estado en hospitales públicos, la que delega en obras sociales -en general manejadas por los gremios- y las que prestan las empresas de medicina privada o prepagas.

Si bien el concepto constitucional -y particularmente el previsto por la Constitución de la Ciudad- establece la atención gratuita para todos los habitantes, dependerá de cada programa político la implementación de esta manda constitucional mediante la instrumentación del respectivo programa de gobierno.

Ahora bien, una política de Estado debe tener como piso las pautas constitucionales. Por ende, luego, el programa de gobierno -cualquiera sea el partido político que gobierne- deberá formular los planes y las previsiones presupuestarias dentro de este

marco. Sin embargo, ello no deja de ser un planteo teórico por cuanto en la realidad de los hechos pocos fueron los gobiernos que dieron a conocer políticas públicas en materia de salud. **Los anglosajones distinguen entre los términos *policy* y *politics*; tal diferenciación no existe en nuestro sistema.**

El primero alude a las políticas públicas o a lo que sería la política más el correspondiente adjetivo. En el marco del tema en análisis, serían “políticas sanitarias” haciendo referencia a la acción pública y al aspecto programático de la acción gubernamental. El segundo alude a la política en tanto lucha de poder, por ejemplo, fuerzas políticas, instituciones, etc.

**En un Estado de Derecho, las políticas públicas deben ser la traducción de las leyes de una determinada materia** (regulación, educación, desarrollo social, salud, seguridad pública, infraestructura, comunicaciones, energía, agricultura, etc.). Éstas deben buscar el logro de los objetivos planteados en el documento de política pública. En su acepción tradicional, se asocian al ejercicio del poder por parte de las autoridades públicas.

Debido a la importancia creciente de la noción de corresponsabilidad de los diferentes actores sociales, la definición moderna señala que las políticas públicas son flujos de información y cursos de acción

---

Ahora bien, tal como sostiene Alexy, los derechos fundamentales atribuyen al ciudadano un derecho contra el Estado para obtener de él la protección contra intervenciones o ataques provenientes de otros ciudadanos, y además, tienden a que se implemente la organización y los procedimientos necesarios y adecuados para su disfrute.

---

relacionados con un objetivo público definido en forma democrática. Una definición que compromete al ciudadano como protagonista en la consecución de los objetivos políticos definidos en las esferas de decisión social.

En términos normativos, las políticas deben garantizar la traducción de las ideas individuales de todos los actores en acciones siempre que exista una discusión participativa e informada alrededor de las prioridades sociales.

**No obstante, existen desbalances de poder que convierten los referentes normativos en retórica y las decisiones importantes terminan reflejando la búsqueda de un interés particular antes que las preferencias ciudadanas.**

### **3. Salud mental y su tratamiento como bien jurídico tutelado por la Administración pública.**

No cabe duda, a la luz de lo hasta aquí expuesto, que la salud constituye un bien jurídico tutelado por la Administración, entendiéndose por tal algo considerado valioso para la mayoría de la población y por ello merecedor de tutela judicial.

Este derecho -directamente entroncado con el derecho a la vida o a su preservación- tiene hoy raigambre constitucional, y el Estado debe garantizarlo. Así, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema, el Estado es el garante último de la salud.

En este marco, **la salud mental también constituye un bien jurídicamente protegido.** Particularmente, en la Ciudad, a tenor del Artículo 21, inc. 12), de la CCABA, el derecho a la salud mental constituye un derecho operativo. Por otra parte, la Ley de Salud Mental también así lo prevé, por ende, el Estado debe velar por su tutela.

El Artículo 2º de la Ley de Salud Mental fija el criterio referido a que los instrumentos internacionales que la ley hace propios resultan “orientadores” de la planificación de políticas públicas.

Ahora bien, tal como sostiene Alexy, los derechos fundamentales atribuyen al ciudadano un derecho contra el Estado para obtener de él la protección contra intervenciones o ataques provenientes de otros ciudadanos, y además, tienden a que se implemente la organización y los procedimientos necesarios y adecuados para su disfrute.

Sin embargo, cuando se trata de derechos sociales fundamentales, la cuestión aun es

---

## La interdependencia de los derechos es evidente, pues, por ejemplo, resulta difícil pensar de qué manera puede estar protegido el derecho a la salud si no se tiene techo o si se vive en condiciones inhumanas de hacinamiento.

---

controversial y allí es donde hay acuerdo sólo en punto al mínimo existencial. Ahora bien, cuando el Estado no cumple con ese piso incurre en una omisión de actuación, y ello importa una responsabilidad del poder administrador (si es en la ejecución de una política de Estado), legisferante (si es el Legislativo quien omite dictar las leyes a las que Argentina se comprometiera) o judicial (ante la falta de dictado de una sentencia útil vinculada a las omisiones anteriores).

Una asignación inadecuada de recursos para la salud mental puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta pero lesione el ejercicio de ese derecho. En la materia se observa que el mínimo esencial -del que hablan los tratados- no está garantizado por el Estado, toda vez que, entre las distintas personas, se da una distribución desigual: desde el nulo ejercicio hasta el pleno, en función del nivel adquisitivo.

Por caso, los Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de junio de 1986, señalan: ‘en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación y promoción de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales’ (principio 3).

La interdependencia de los derechos es evidente, pues, por ejemplo, resulta difícil pensar de qué manera puede estar protegido el derecho a la salud si no se tiene techo o si se vive en condiciones inhumanas de hacinamiento. Si bien la cuestión es evidente, puede recordarse aquí una concreta situación histórica vivida en la Ciudad, en ocasión de la fiebre amarilla de 1871, las condiciones insalubres en que vivían los habitantes de conventillos e inquilinatos gravitaron en la proliferación de enfermedades epidémicas.

La interdependencia de los derechos muestra que, desprotegido uno de ellos, se pierden los restantes, en un proceso de creciente vulnerabilidad jurídica que tiende a consolidar la desigualdad social, que pasa a convertirse en persistente.

Asimismo, los citados Principios establecen sobre el particular: ‘*Los Estados partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas*’ (principio 25).

Por su parte, las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales (enero de 1997), en su punto 9º, indican: ‘*Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina una*

---

**Pero el abordaje del daño a la salud mental debe ser una política de estado, consecuente con la propia política pública referida a la epidemia, ya que solo en dicho marco -con un estado presente que diseñe las necesidades y propicie el cumplimiento por parte del sistema- podrá lograrse efectividad a corto plazo y evitar consecuencias a futuro con los altos costos que ello acarrearía.**

---

*obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]*

Todo ello solo resulta posible con una clara estrategia en salud pública que incluya el tema de la salud mental como política de Estado. Tal estrategia debe responder a un modelo sanitario que responda a los siguientes caracteres:

- El sistema debe ser público (independientemente de que sea prestado por el Estado o por particulares).
- Comunitario: sin desinsertar al individuo de la sociedad en la que vive, de su comuna o de su barrio.
- Universal y equitativo, o sea proporcional al grado de necesidades; los trastornos mentales tienen especificidades.
- Atención integral, multidisciplinar, y territorializada.

En definitiva, más que nunca la pandemia impone re pensar las estrategias que

propone la Ley de Salud Mental para atenuar sus efectos en las personas con padecimientos mentales y mitigar las consecuencias a futuro.

Todos estamos atravesados de una u otra manera por la pandemia y precisamos herramientas que nos permitan gestionarla de la mejor manera posible. Pero el abordaje del daño a la salud mental debe ser una política de estado, consecuente con la propia política pública referida a la epidemia, ya que solo en dicho marco -con un estado presente que diseñe las necesidades y propicie el cumplimiento por parte del sistema- podrá lograrse efectividad a corto plazo y evitar consecuencias a futuro con los altos costos que ello acarrearía.

### **Conclusión**

Un ordenamiento social básico en la sociedad moderna es que el individuo tiende a dormir, jugar y trabajar en distintos lugares y con diferentes coparticipantes. Sin embargo, en las instituciones totales (también llamadas manicomios u hospitales psiquiátricos monovalentes), esta lógica se quiebra dándose la ruptura de las barreras que

---

Por su parte, las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales (enero de 1997), en su punto 9º, indican: *‘Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]’*

---

separan ordinariamente estos tres ámbitos de vida.

La pandemia nos puso a todos en el mismo lugar y bajos las mismas reglas. Ello debe conducirnos a reflexionar respecto de dos circunstancias: la primera, qué sienten las personas que están encerradas desde hace años por transitar un padecimiento mental; y si resulta razonable el encierro por esa causa.

La siguiente, vinculada a las consecuencias de uno y otro encierro, es que ambos tienen como denominador común severas consecuencias sobre la salud mental que imponen repensar de qué manera pueden gestionarse nuevas herramientas preventivas para paliar la situación, estrategias que desde la salud pública planifiquen abordajes de tratamiento e inclusión de la temática de la salud mental dentro del diseño de las políticas públicas referidas a la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia generada por el virus COVID19.

Existen instrumentos legales suficientes como para atemperar el impacto de la crisis en la salud mental generada por la pandemia. Para lograr efectividad hace falta un

fuerte compromiso de todos los operadores del sistema de salud y el diseño de una política pública en la materia que acompañe a las estrategias trazadas hasta ahora para enfrentar la pandemia.

La emergencia sanitaria no hizo más que poner de manifiesto que:

- 1 **La salud pública está enferma.** Ante las situaciones de crisis social el Estado debe tener presencia. Ello importa ampliar la doctrina clásica del control judicial de la Administración para posibilitar el acceso a la tutela efectiva a todos los ciudadanos.
- 2 La CN, la local y los tratados otorgan un marco de referencia que hace exigibles judicialmente los derechos sociales por ella reconocidos. **El derecho a la salud mental es un derecho social operativo.** La CSJN establece la prioridad de tutela de las personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad social, tales como las personas con padecimientos mentales

---

## Existen instrumentos legales suficientes como para atemperar el impacto de la crisis en la salud mental generada por la pandemia.

---

- 3 Ahora bien, **los recursos no son ilimitados**; ergo, el límite debe ser la razonabilidad. Debe darse un marco de necesario equilibrio ya que, si los mecanismos sólo están disponibles para algunos, la tutela puede ser importante para el caso particular, pero puede agravar la desigualdad en su efecto general.
- 4 **La responsabilidad del Estado en materia de derecho a la salud** -y el marco de la emergencia sanitaria- **debe atender no sólo a criterios de reparación propios de la justicia conmutativa sino también a pautas de justicia distributiva** operando como herramienta de redistribución del producto social. Así, la atención igualitaria no solo de la gestión de la pandemia sino de la salud mental de sus ciudadanos como consecuencia de ella, importa.

El virus SARS-CoV-2 además de ser el virus del cansancio ha distorsionado -a veces de manera patológica- el modo de ver la realidad. Pero a su vez, configura una crisis *-krisis-* en el sentido etimológico que implica **'punto de inflexión'**, que propone cambiar nuestra forma de vida.

Ojalá la pandemia permita un profundo despertar y coloque al estado y a los ciudadanos en sintonía entendiendo la unidad entre mente y cuerpo; comprendiendo

finalmente el concepto psicobiosocial de la salud mental. **El derecho de cada uno de nosotros a gozarlo y la obligación del estado a garantizarlo.**

### Referencias

1. Confr. Revista Intramed. <https://www.intramed.net/contenidover.asp?contenido=97249>
2. V. resumen de la Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, que contiene las directivas para preparar el Plan Sanitario Sintético para el período 1952-1958. Ref. Dip.: DG 109.05.00.
3. Ley Nacional N° 25.649, Decreto N° 486/2002, Resolución del Ministerio de Salud N° 201, del 2-4-2002 y N° 310/2004 y Decreto N° 486/2002 y N° 808/2002, que aprueba el Convenio con el Banco Mundial.
4. Según informe OPS OMS 2018 [https://www.paho.org/arg/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10420:cuanto-gasta-argentina-en-salud-un-analisis-de-las-cuentas-en-el-sector-publico-privado-y-de-la-seguridad-social&Itemid=225](https://www.paho.org/arg/index.php?option=com_content&view=article&id=10420:cuanto-gasta-argentina-en-salud-un-analisis-de-las-cuentas-en-el-sector-publico-privado-y-de-la-seguridad-social&Itemid=225)
5. Confr. Tesis Doctoral de la autora aprobada en 2015 y publicada en 2016.
6. Ley N° 24.061, del 19-12-1991, Artículo 25: "A partir del 1° de enero de 1992 y en el transcurso de dicho año calendario, la Nación transferirá a la jurisdicción de las respectivas provincias y de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, la administración y financiamiento de los hospitales e institutos que dependen actualmente de la Nación y que estén a cargo del Ministerio de Salud y Acción Social que se detallan en la planilla anexa al presente artículo". Asimismo y por conducto de lo establecido en el Artículo 28 del mismo cuerpo legal se transfieren los bienes muebles e inmuebles destinados a tal fin.
7. Ley Nacional de Salud Mental Nro.26.657.
8. Confr. Goffman Erving, Internados 2007, Ed. Amorrortu, 2° ed., p.19.

# DERECHO ELECTORAL Y LA ÉTICA

**CLAUDIA GÓMEZ CHIAPETTA\***

*La autora de esta nota especial para **pensar**JUSBAIRES propone aquí verificar los niveles de la ética en el derecho electoral, y analiza no solo los principios en base al Código Modelo Iberoamericano, sino particularmente los de independencia, imparcialidad y transparencia en los procesos e implementación electorales.*

## I. Presentación

El trabajo que hoy nos convoca pretende abordar el tema de la ética judicial desde la mirada específica del juez electoral. Para ello, tomaremos las enseñanzas impartidas por el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial y los Principios de Bangalore de ONU, ya que han servido de meta y ejemplo en la realización de los códigos locales en procura de alcanzar la excelencia profesional.

El desafío será debatir cómo serían aplicables los altos estándares éticos que guían la función de un magistrado, en este caso al juez electoral, con las particularidades características de la temática electoral. Posteriormente, detallaré los principios que se consideran “universales” desde la ética judicial, mencionados en el Código Iberoamericano de Ética Judicial, de entre

ellos los de independencia, imparcialidad, transparencia.

A la postre, a partir de describir los principios éticos judiciales mencionados, intentaremos advertir en qué medida podrían ser posibles de asimilarlos al derecho electoral, de manera que se vean reflejados en la tarea específica del juez electoral.

## II. Los Principios Éticos de El Código Modelo Iberoamericano<sup>1</sup>

Han señalado los creadores de este Código, los Dres. Manuel Atienza y Rodolfo Vigo, que la importancia de la ética en la función judicial sirve como estímulo para desempeñar su cargo; para así delinear el comportamiento del magistrado haciendo referencia a las exigencias centrales, como núcleos concentrados de ética, a las que han convenido en llamar Principios.

\* Secretaria Administrativa del Consejo de la Magistratura CABA. cgomezchiappetta@mail.austral.edu.ar



Coincidimos con los autores en que los principios son conductas ordenadas que implican prácticas de excelencia en la prestación del servicio de justicia, bajo un perfil intrínseco muy valioso y ejemplar, los cuales van puntualizando la aparición de normas, que luego redundan en conductas que producen hábitos de buenas conductas sociales.

### **Principio de independencia**

Bien podemos entender al principio de la independencia judicial como la autonomía de los jueces frente a otros individuos o instituciones, generalmente, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. El Código Modelo Iberoamericano nos refiere que esta

independencia debe ser entendida como la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al derecho, provenientes del sistema social.<sup>2</sup>

Por lo tanto, la independencia jurisdiccional significa que los jueces no se encuentran sometidos a ninguna instancia jerárquica, política, administrativa, económica, burocrática o de cualquier orden, pues la esencia del ejercicio de su función es la libertad para actuar, sin tomar en cuenta ningún elemento que no sea la ley.

Estos argumentos tan sostenibles los vemos reflejados en un documento llamado “Compilación de Instrumentos Internacionales” presentados por la ONU.<sup>3</sup>

En una brevísima síntesis de su alcance se concientiza a los estados garantizar la independencia económica de los jueces, mediante la asignación del presupuesto adecuado para cubrir sus necesidades.

Ello se consigue a través del desembolso oportuno de las partidas presupuestarias, ya que el juzgador deberá estar ajeno al influjo, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquier sector o por cualquier motivo.

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido en varias ocasiones al respecto. En efecto, ha señalado -como una de las garantías de la independencia judicial- la protección contra presiones externas, lo que implica además de la situación del juzgador como persona, el aspecto como institución.

De esa forma, esa ausencia de “presiones externas” se debe tener presente no sólo frente a otros órganos o poderes, sino también dentro del Poder Judicial, por lógica, al interior de los Estados. Por ejemplo, las de los tribunales inferiores hacia los superiores.

## 2. Principio de imparcialidad

Esta situación se presenta frente a las influencias ajenas al derecho, proveniente de las partes en los procesos sometidos a su facultad, toda vez que al colocar al juzgador por encima de la litis y sometido sólo al imperio de la ley, se conecta con una exigencia de justicia en relación con los sujetos implicados.

El Código Modelo Iberoamericano lo describe en su Capítulo II, cuando refiere que el principio de imparcialidad prohíbe, en términos generales, la comunicación privada entre el juez y cualquiera de las partes o

con sus representantes legales, los testigos o los jurados.

Sobre casos especiales de imparcialidad, podríamos citar “el alegato de oreja”, costumbre judicial en México: “Diariamente y a la vista del público, una de las partes puede reunirse en privado con el Juez que tiene que dirimir su contienda, sin la participación de la contraparte. Esta usanza ya se encuentra institucionalizada, y a nadie sorprende...”.

Sostenemos que la percepción de que un juez no es imparcial puede dejar una sensación de agravio e injusticia.

Tiene que ver con el equilibrio cuando se confrontan intereses opuestos, poniendo el acento sobre un sentido colateral de imparcialidad: la ausencia de favoritismo o de partidismo.

Por ello la imparcialidad tiene relación con la objetividad del juez, pues si es imparcial, sus sentencias serán objetivas. Y como último fin, el Juez en tanto constituyente de uno de los Poderes del Estado debe comprometerse -en los hechos y el derecho- en la defensa de los postulados consagrados en nuestra Constitución.

## El principio de transparencia

La transparencia de las actuaciones del juez es una garantía para los ciudadanos. Es por ello que debe ser claro y conciso al manifestar sus decisiones. El Código Modelo Iberoamericano interpreta que el Magistrado debe tener mucha diligencia en el manejo con los medios de comunicación, de manera de comportarse equitativamente. Siempre para salvaguardar los derechos de las partes.

---

**En cuanto a la transparencia de la justicia electoral, para los estándares del manual de la OEA, se resalta que con ello se asegura la publicidad, la rendición de cuentas, la seguridad y la certeza jurídica, la responsabilidad, la gestión de la actividad jurisdiccional, la profesionalización y el fortalecimiento de las capacidades.**

---

Hemos referido ya que el Juez del siglo XXI está en un proceso de cambio. Los desafíos que le propone la sociedad de la comunicación son legítimos requerimientos, que en muchos casos lo dejan sin respuesta. Por lo que sería muy beneficioso realizar alianzas estratégicas con los medios de comunicación y con la prensa, de manera de instruir a los funcionarios judiciales para estar preparados.

Desde realizar media training, hasta evaluar situaciones de crisis posibles, contar con periodistas que sean confiables, ensayar escribiendo alguna columna y generar editoriales, y sobretodo expresarse a modo de docencia.

Otro aspecto fundamental en la realización de la transparencia es la publicidad. La publicidad de los actos públicos permite vigilar la actuación de las autoridades, cuando ellos solo se sujeten al mismo. En efecto; todo lo que implique el fortalecimiento de los mecanismos de rendición de cuentas es visto como un activo para la democracia.

#### **Otros instrumentos internacionales**

El Manual de la OEA referido a los Estándares Internacionales de Justicia

Electoral, realizados a través de la observación de los sistemas de Justicia Electoral en los países miembros, alude a las garantías orgánicas: la independencia del órgano jurisdiccional, la Independencia e imparcialidad de sus miembros, y el régimen de rendición de cuentas.

Todo ello como parte del catálogo de derechos humanos y de acceso a la justicia; el sistema interamericano pone en cuestión al exigir la tutela judicial, o sea, que siempre haya una vía judicial ultima, para la revisión.

También hay países sin un tribunal electoral, pero deben respetar los estándares mencionados. Ej. Uruguay.

El tribunal independiente e imparcial garantiza integración, autonomía, y garantías para el ejercicio de la jurisdicción. Así lo vemos reflejado en la objetividad en la asignación de casos, la responsabilidad de los magistrados cuando deben dar cuenta de sus actos, en la adecuada defensa de los jueces, y el hecho de no ser juzgados por el contenido de sus sentencias.

En cuanto a la transparencia de la justicia electoral, para los estándares del manual de la OEA, se resalta que con ello se asegura la publicidad, la rendición de cuentas, la

seguridad y la certeza jurídica, la responsabilidad, la gestión de la actividad jurisdiccional, la profesionalización y el fortalecimiento de las capacidades.

### III. Los Principios y el Juez Electoral

Recordemos las enseñanzas vertidas en el Código Modelo de Ética Judicial Iberoamericano acerca de que un código que contenga los principios y reglas éticas que gobiernan la conducta funcional de los jueces, debería ajustarse al sistema jurídico del país correspondiente, y en especial al marco jurídico- constitucional dentro del cual los jueces ejercen su cargo, y también su cultura jurídica y política.

Podríamos pensar que los principios judiciales sirven como columna vertebral al sistema electoral, como así también que conducen la actuación judicial de las autoridades electorales. Estos principios igualmente se utilizan para la interpretación e integración de las normas, colmando las lagunas jurídicas existentes.

En Argentina sólo se contempla el principio de igualdad del voto y el de oportunidades entre hombre y mujeres (artículo 37). Los principios de autonomía, jurisdicción, imparcialidad, legalidad e independencia electoral son los más recurrentes en otras jurisdicciones, a pesar de que existen diversas constituciones que no inscriben principios electorales.

Pero si diremos que los principios electorales son fundamentales para la consolidación del sistema democrático. Y entonces veremos la ética pública entendida como un valor que debe guiar la conducta del individuo encargado de una función pública

específica, en este caso la judicial en materia electoral.

Sobre la ética pública rescataré un fallo que mencionan las circunstancias de las personas que se desempeñan en la función pública, y el deber del Tribunal de velar para que reúnan las condiciones de idoneidad suficiente para ser candidatos al cargo público que se pretende. (Argentina. CNE. RODOLFO E. MUNNE - ALBERTO R. DALLA VIA - SANTIAGO H. CORCUERA RODOLFO E. MUNNE - ALBERTO R. DALLA VIA - SANTIAGO H. CORCUERA Causa: “Partido Nuevo distrito Corrientes s/oficialización de listas de candidatos a senadores y diputados nacionales - elecciones del 23 de noviembre de 2003” (Expte. N° 3790/03 CNE) - CORRIENTES.- Sentencia 3275-03).

#### 1. El principio de independencia desde la óptica electoral

Vamos a mencionar, como nota distintiva, el Código Modelo de Ética Judicial Electoral de México, donde el juzgador bien puede ser objeto de una influencia del exterior de las partes en conflicto, o incluso desde el propio seno de la institución en que trabaja.

Se impone aquí el análisis del alcance de este principio ético de independencia para el derecho electoral, toda vez que -más allá del aspecto individual- se debería garantizar la independencia institucional, ya que el magistrado cumple su rol dentro de los márgenes democráticos.

También podría verse afectada la función judicial, desde la incidencia de cualquier situación proveniente de las presiones de la política.

---

## Siendo la transparencia un tema ineludible para cualquier agenda institucional, todas las regulaciones basadas en ella asumen la disponibilidad pública de la información que suministran los órganos del estado, en forma de rendición de cuentas.

---

Pensemos por ejemplo que, por su actividad, el juez electoral debe estar en contacto con los partidos políticos, por ejemplo, que tienen sus intereses creados. Cabe aquí reflexionar como se podría mantener la imparcialidad del juez que debe dialogar con múltiples actores, a la vista de un “observador razonable”.

Nos valemos de la figura del “observador razonable” tomada del Código Modelo Iberoamericano de Ética judicial,<sup>4</sup> por la cual el magistrado debe asegurar que su conducta esté por encima de cualquier reproche.

En referencia a la independencia de los jueces, citare un fallo acerca de los requisitos para preservar la independencia de los magistrados, aún con los jueces electorales que tienen que asegurar la imparcialidad del juzgador, citando normativa de la ley 19.108. (Argentina. CNE. Sentencia 105-85. HECTOR RODOLFO ORLANDI - ENRIQUE VICTOR ROCCA - RODOLFO EMILIO MUNNE- “Incidente de recusación en los autos “Nedda Coppola de Mones Ruiz y otros s/impugna convocatoria (Trámite sumarísimo art. 321 del C.P.N.) contra Juez Federal Ad-Hoc Omar Esteban Uría” (Expte. N° 891/85) SAN LUIS. Disponible archivo: AE 105-85 PDF).

Entonces, cómo podría hacer ese magistrado en materia electoral para reunirse con todas las partes al mismo tiempo, para que no haya tensión entre las mismas.

Una cuestión a debatir -en la que se podría ver mermado este principio de imparcialidad si alguien se viera perjudicado- sería la de la afiliación partidaria, y el trato del juez con los afiliados. Tal vez se canalizaría a través de la relación que establezca el juez con el apoderado de cada partido, la cual debería ser en forma individual o convocar todos ellos.

Debemos advertir para el desarrollo del principio de imparcialidad, que el juez electoral debe en todo momento garantizar con su conducta responsabilidad institucional.

En otro supuesto se vería afectada la imparcialidad de un juez electoral frente a los candidatos que pretenden paridad de género. Estos cuestionamientos deben ser recibidos con sumo cuidado, y respetando los principios éticos mencionados.

### **El principio de transparencia en materia electoral.**

En la mención de la transparencia en materia electoral deberemos tener en consideración el acceso a la información pública.

Para el principio de transparencia citaremos un fallo de la CNE que se refiere a los derechos de participación y control, acompañados de eficaz información y publicidad de la gestión de gobierno, como pilar fundamental de una sociedad democrática y la publicación en Internet de los padrones provisorios y definitivos.

Criterios concordantes con la incorporación del Código Nacional electoral, art. 26, 30, reforma ley 26.571 de diciembre de 2009, creando el sitio [www.electoral.gob.ar](http://www.electoral.gob.ar) para procedimientos administrativos de contratación del Tribunal. (Argentina. CAMARA NACIONAL ELECTORAL. ACORDADA EXTRAORDINARIA NÚMERO CIENTO SIETE: 30-11-2017, los doctores Santiago Hernán Corcuera y Alberto Ricardo Dalla Vía. Sentencia 107-17. Disponible en AE: 107-17 PDF.).

Siendo la transparencia un tema ineludible para cualquier agenda institucional, todas las regulaciones basadas en ella asumen la disponibilidad pública de la información que suministran los órganos del estado, en forma de rendición de cuentas.

Sostenemos que la sociedad en su conjunto, a través de sus organizaciones políticas y sociales, la acción de voto, las autoridades jurisdiccionales bien articuladas, debe participar activamente en el proceso de fortalecimiento de la transparencia en el ejercicio público, pues solamente la presión social hará de la transparencia un asunto de curso cotidiano.

Como ejemplo, vale mencionar que las normas específicas que regulan la transparencia de los ingresos y gastos de los partidos políticos, debería crear condiciones más equitativas y de control de los recursos de la competencia política. Ello debería completarse con el acceso de la información a los medios de comunicación masiva.

En el caso del juez electoral, entonces, deberíamos pensar el mejor procedimiento para dar a conocer sus actos y resoluciones, y que ello fuera compatible con su labor.

Y dado que el magistrado en su jurisdicción es también un administrador de la elección, debe velar por la tutela administrativa y judicial del derecho del sufragio, el efectivo acceso a la justicia electoral, y en general que la constitucionalidad y legalidad en los actos y resoluciones electorales estén garantizados.

La materia electoral merece especial atención por la importancia, cercanía e inmediatez de sus decisiones, allí es donde concluimos que se hace necesario incluir en este sistema legal, valores que normen la conducta de dichos funcionarios.

En suma, los principios de la ética judicial de imparcialidad, objetividad, igualdad, independencia, publicidad, legalidad, certeza, entre otros, ofrecen en su conjunto seguridad jurídica a los justiciables en materia electoral.

## Referencias

1. El Código Iberoamericano de Ética Judicial fue adoptado en la XIII Cumbre judicial Iberoamericana de 2006. Está compuesto por la Exposición de motivos, sus 13 principios y la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.
2. Código Iberoamericano Modelo de Ética Judicial. Capítulo. I. Art.2: "Independencia: el juez independiente es aquel que determina, desde el derecho vigente, la decisión justa sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al mismo".
3. ONU: Oficina Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra. Nueva York Y Ginebra. 2002. "Compilación de Instrumentos Internacionales".
4. Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial. Cap. II. "El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba de la verdad de los hechos".
5. Código Modelo Iberoamericano De Ética Judicial. Cap. VIII. Integridad.

rial.jusbaire.gob.ar

534

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires  
Consejo de la Magistratura

EDITORIAL JUSBAIRES

# pensar JUSBAIRES

| Revista de distribución gratuita | año VIII N° 27 | septiembre 2021 | Dirección: Dra. Alicia Pierini |

OPINIÓN

## SALUD PÚBLICA, PANDEMIA Y SALUD MENTAL

ALEJANDRA PETRELLA

EDITORIAL  
PALABRAS DE LA DIRECCIÓN  
ALICIA PIERINI

OPINIÓN  
AJUSTES DE CONSUMO EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES  
KLEBERTO BIELLER Y ROSINA LARA

OPINIÓN  
DERECHO ELECTORAL Y JUSTICIA  
CLAUDIA GÓMEZ CHAPPETTA

OPINIÓN  
DERECHOS A LA LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA, FAMILIA  
Y RELACIONES CON LOS SERVIDORES PÚBLICOS  
OPINIÓN CONSULTIVA - CONTE ICH



JUSBAIRES EDITORIAL

www.editorial.jusbaire.gob.ar  
editorial@jusbaire.gob.ar

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires  
Consejo de la Magistratura

JUSBAIRES EDITORIAL

# DERECHOS A LA LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA, Y SU RELACIÓN CON OTROS DERECHOS, CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

*Este es el Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 5 de mayo de 2021, en respuesta a un pedido de Opinión Consultiva de Oc-27/21 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

El 5 de mayo de 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “el Tribunal”) emitió una Opinión Consultiva en respuesta a la consulta realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana”) sobre “el alcance de las obligaciones de los estados, bajo el sistema interamericano, sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y aplicación desde una perspectiva de género”.

La Comisión Interamericana planteó distintas preguntas en su consulta, las cuales fueron reformuladas por la Corte en tres cuestiones generales y englobantes, para ser abordadas en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta los artículos 26, 13, 15, 16, 24, 25, 1.1 y 2 de la Convención Americana, 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención Belém Do

Pará, 34, 44, y 45 de la Carta de la OEA, y II, IV, XIV, XXI, y XXII de la Declaración Americana:

- 1) **¿Cuál es el alcance de los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, y cuál es su relación con los derechos a la libertad de expresión, la libertad de asociación, el derecho de reunión y el derecho al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias?;**
- 2) **¿Cuál es el contenido del derecho de las mujeres de ser libres de toda forma de discriminación y violencia en el ejercicio de sus derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga?;**
- 3) **¿Cuál es el alcance del deber del Estado para proteger la**



## Comisión Interamericana de Derechos Humanos

**autonomía sindical y garantizar la participación efectiva de las mujeres como integrantes y lideresas sindicales?, y ¿cuál es el alcance de las obligaciones del Estado respecto a garantizar la participación de los sindicatos en el diseño de las normas y políticas públicas relacionadas al trabajo en contextos de cambios en el mercado de trabajo mediante el uso de nuevas tecnologías?**

### I. Introducción

Previo al análisis de las cuestiones sustantivas planteadas por la Comisión Interamericana, a manera de introducción, la Corte resaltó que el combate a la pobreza y a la desigualdad, y la garantía de los derechos humanos, resultan un componente

esencial para el pleno desarrollo democrático de los pueblos.

En este sentido, recordó que los propósitos establecidos en la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador, y la Carta Democrática Interamericana, se dirigen a la consolidación de un régimen de protección de los derechos humanos y de justicia social, dentro del cuadro de instituciones democráticas. Asimismo, la Corte resaltó que la protección de los derechos humanos resulta de particular importancia debido al impacto de la pandemia causada por el coronavirus COVID-19, razón por la cual los Estados deben garantizar todos los derechos humanos, sin discriminación.

En el marco de la presente opinión consultiva, la Corte enfatizó la necesidad de que los Estados realicen el máximo de sus esfuerzos disponibles para que se preserven las fuentes de trabajo, y se respeten los

derechos laborales y sindicales de todos los trabajadores y las trabajadoras.

## II. Los derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga, y su relación con los derechos a la libertad de expresión, el derecho de reunión, la libertad de asociación, el derecho al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias

La Corte estimó que el principal problema jurídico que le fue planteado requiere interpretar el alcance de los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, y su relación con los derechos a la libertad de expresión, la libertad de asociación, el derecho de reunión y el derecho al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias, en el marco de protección establecido por la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador, la Carta de la OEA y la Declaración Americana.

Para dar respuesta a esta cuestión, y dada la centralidad que goza la Convención Americana en el régimen de protección del sistema interamericano, el Tribunal consideró pertinente realizar el análisis sobre la base del artículo 26 de la Convención Americana, en su relación con los artículos 45 incisos c y g de la Carta de la OEA, los artículos 1.1, 2, 13, 15, 16 y 25 de la Convención Americana, los artículos 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, y los artículos IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana, así como el corpus iuris relevante de derecho laboral internacional.

En relación a este último punto, la Corte subrayó la especial importancia interpretativa que tienen los convenios, recomendaciones y decisiones adoptadas en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La Corte constató el artículo 45 incisos c) y g) de la Carta de la OEA señala expresamente que los empleadores y trabajadores podrán asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y de huelga por parte de los trabajadores.

Asimismo, encontró que estos derechos se encuentran en una pluralidad de instrumentos a nivel regional y universal, así como en las constituciones de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

En particular, la Corte destacó que el artículo 8 del Protocolo de San Salvador consagra los “derechos sindicales”, y que el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, así como el convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, contienen disposiciones específicas acerca del alcance de los derechos antes mencionados.

En el mismo sentido, **la Corte recordó que, en su jurisprudencia, se ha referido a la libertad sindical, en el marco de la protección al derecho a la libertad de asociación en materia laboral, como un derecho con connotaciones colectivas e individuales.** Asimismo, recordó que los sindicatos y sus representantes, deben gozar de una protección específica para el correcto desempeño de sus funciones, y que los sindicatos deben gozar de personalidad jurídica.

Tomando en consideración los diversos instrumentos del corpus juris internacional en materia de derechos humanos, y sobre la base de los artículos 26 de la Convención, y 8 del Protocolo de San Salvador, la Corte realizó una serie de consideraciones adicionales respecto al contenido de los derechos

---

## La libertad sindical requiere a los Estados garantizar que los trabajadores y las trabajadoras, y sus representantes, gocen de una adecuada protección en el empleo contra todo acto de coacción o de discriminación, directa o indirecta, tendiente a menoscabar el ejercicio de su libertad sindical.

---

a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga:

### **Libertad sindical**

El derecho a la libertad sindical debe garantizarse a los trabajadores y las trabajadoras públicos y privados, incluidos aquellos que trabajan en empresas de carácter económico pertenecientes al Estado.

De esta forma, **los Estados deben garantizar que las asociaciones de trabajadores y trabajadoras del sector público gocen de las mismas ventajas y privilegios que aquellas del sector privado.**

Respecto del ámbito objetivo del derecho a la libertad sindical, no debe existir ninguna autorización administrativa previa que anule el ejercicio del derecho de los trabajadores y las trabajadoras a crear los sindicatos que estimen conveniente constituir. Los trabajadores y las trabajadoras deben gozar del derecho de creación y afiliación a las organizaciones que consideren convenientes, con independencia de aquellas que ya estén constituidas en determinados sectores.

La libertad sindical requiere a los Estados garantizar que los trabajadores y las trabajadoras, y sus representantes, gocen de una adecuada protección en el empleo contra todo acto de coacción o de discriminación,

directa o indirecta, tendiente a menoscabar el ejercicio de su libertad sindical. Asimismo, los trabajadores y las trabajadoras deben gozar del derecho de desarrollar actividades sindicales, a la reglamentación del sindicato, a la representación, a organizar su administración interna, y a la no disolución por vía administrativa.

### **Negociación colectiva**

El derecho a la negociación colectiva constituye un componente esencial de la libertad sindical, en tanto comprende los medios necesarios para que los trabajadores y las trabajadoras se encuentren en condiciones de defender y promover sus intereses. De esta forma, los Estados deben abstenerse de realizar conductas que limiten a los sindicatos ejercer el derecho de negociar para tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representen, lo que implica que las autoridades se abstengan de intervenir en los procesos de negociación.

Sin embargo, los Estados deben adoptar medidas que estimulen y fomenten entre los trabajadores y las trabajadoras, y empleadores y empleadoras, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos las condiciones del empleo. Por otro lado, los empleados y

las empleadas públicas deben gozar de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo.

En ese sentido, **los trabajadores y las trabajadoras, y sus representantes, deben poder participar plenamente y de manera significativa en la determinación de las negociaciones**, por lo que el Estado debe permitir el acceso a los trabajadores y las trabajadoras a la información necesaria para poder tener conocimiento de los elementos necesarios para llevar a cabo dichas negociaciones.

### Huelga

El derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales. Los Estados deben tener en consideración que, salvo las excepciones permitidas por el derecho internacional, la ley debe proteger el ejercicio del derecho de huelga de todos los trabajadores y las trabajadoras. De esta forma, las condiciones y requisitos previos que la legislación establezca para que una huelga se considere un acto lícito, no deben ser complicados al punto de producir que en la práctica resulte imposible una huelga legal.

**La facultad de declarar la ilegalidad de la huelga no debe recaer en un órgano administrativo, sino que corresponde al Poder Judicial.** Asimismo, el Estado debe abstenerse de aplicar sanciones a los trabajadores cuando participen en una huelga legal.

El ejercicio del derecho de huelga puede limitarse o prohibirse solo con respecto a) a los funcionarios y funcionarias públicas que

actúan como órganos del poder público que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado, y b) a los trabajadores y las trabajadoras de los servicios esenciales. Es posible que los Estados establezcan el cumplimiento de ciertas condiciones previas en el marco de la negociación colectiva antes de optar por el mecanismo de la huelga en defensa de los trabajadores y las trabajadoras.

La Corte destacó que el ejercicio del derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga solo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que estas sean propias en una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás.

Sin embargo, señaló que las restricciones que se establezcan al ejercicio de estos derechos se deben interpretar de manera restrictiva, en aplicación del principio pro persona, y no deben privarlos de su contenido esencial o bien reducirlos de forma tal que carezcan de valor práctico. En este sentido, recalcó que, en el marco de protección del Sistema Interamericano, los miembros de las fuerzas armadas y de policía, los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, al igual que en los de servicios públicos esenciales, podrán estar sujetos a restricciones especiales por parte de los Estados en el ejercicio de sus derechos.

Esto no obsta a que las restricciones, para ser convencionales, deben perseguir un fin legítimo, cumplir con el requisito de idoneidad, y las medidas impuestas deben ser necesarias y proporcionales.

La Corte abordó la relación que existe entre la libertad de asociación, el derecho de

---

**En ese sentido, destacó que la relación entre la libertad de asociación y la libertad sindical es una relación de género y especie, pues el primero reconoce el derecho de las personas de crear organizaciones y actuar colectivamente en la persecución de fines legítimos, sobre la base del artículo 16 de la Convención Americana, mientras que el segundo debe ser entendido en relación con la especificidad de la actividad y la importancia de la finalidad perseguida por la actividad sindical, así como por su protección específica derivada del artículo 26 de la Convención y el artículo 8 del Protocolo de San Salvador.**

---

reunión, la libertad de expresión, la libertad sindical y la negociación colectiva y su consecuencia sobre los contenidos del derecho al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias. En ese sentido, destacó que la relación entre la libertad de asociación y la libertad sindical es una relación de género y especie, pues el primero reconoce el derecho de las personas de crear organizaciones y actuar colectivamente en la persecución de fines legítimos, sobre la base del artículo 16 de la Convención Americana, mientras que el segundo debe ser entendido en relación con la especificidad de la actividad y la importancia de la finalidad perseguida por la actividad sindical, así como por su protección específica derivada del artículo 26 de la Convención y el artículo 8 del Protocolo de San Salvador.

La protección de la libertad sindical de esta forma cumple una importante función social, pues la labor de los sindicatos y de otras organizaciones de empleadores y empleadoras, y trabajadores y trabajadoras, permite conservar o mejorar las condiciones

de trabajo y de vida de los trabajadores y las trabajadoras, y en esa medida su protección permite la realización de otros derechos humanos.

De esta forma, la libertad sindical es fundamental para permitir una adecuada defensa de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras, incluido su derecho al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias.

Por otro lado, el Tribunal advirtió que los derechos a la libertad de expresión, de reunión y de asociación, en su relación con la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, constituyen derechos fundamentales para que los trabajadores y las trabajadoras, y sus representantes, se organicen y expresen las reivindicaciones específicas acerca de sus condiciones laborales, para poder así representar efectivamente sus intereses ante el empleador o la empleadora, e incluso participar en cuestiones de interés público con una voz colectiva.

De esta forma, los Estados tienen el deber de respetar y garantizar estos derechos, los cuales permiten nivelar la relación desigual que existe entre trabajadores y las trabajadoras, y los empleadores y empleadoras, y el acceso a salarios justos, y condiciones de trabajo seguras. En este sentido, la Corte recordó que los derechos humanos son interdependientes e indivisibles, de forma que la efectividad del ejercicio de los derechos depende de la efectividad del ejercicio de otros derechos.

Los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos sociales, culturales y ambientales deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí, y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes.

Finalmente, el Tribunal abordó la pregunta sobre si es posible permitir de manera general que las protecciones establecidas por la legislación puedan ser derogadas ‘in peius’ por medio de la negociación colectiva. Al respecto, la Corte advirtió que la naturaleza protectora del derecho laboral tiene como punto de partida el desbalance de poder entre los trabajadores y las trabajadoras, y los empleadores y empleadoras, al momento de negociar sus condiciones laborales.

Por esta razón, **permitir que la ley laboral pueda ser derogada, de manera general, in peius, en virtud de un contrato colectivo, colocaría a los trabajadores y las trabajadoras en una situación mayor de desventaja frente al empleador**, provocando el desmejoramiento de sus condiciones de trabajo y de vida, y vulnerando así el mínimo de protección establecido por el derecho nacional e internacional.

En consecuencia, no sería jurídicamente válido que la legislación nacional autorice a las partes negociantes de un convenio colectivo de trabajo puedan renunciar a la protección de los derechos reconocida en el ámbito interno. Los contratos colectivos, sin embargo, pueden mejorar la legislación laboral cuando se amplíe el ámbito de protección de los derechos laborales, salvo que la ley interna contenga disposiciones que limiten esa posibilidad de manera justificada.

### **III. El derecho de las mujeres a ser libres de toda forma de discriminación y violencia en el ejercicio de sus derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga**

El Tribunal reiteró que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, por lo cual incluye el artículo 26 de la Convención. En ese sentido, no cabe duda que existe una prohibición expresa de realizar cualquier conducta que pueda ser considerada discriminatoria respecto del ejercicio de los derechos sindicales de las mujeres.

Sin embargo, la Corte advirtió que los Estados deben adoptar aquellas medidas positivas necesarias revertir o cambiar situaciones discriminatorias, lo cual requiere al Estado avanzar en la existencia de una igualdad real entre hombres y mujeres en el ejercicio de los derechos sindicales. Expresó que lo anterior se justifica en que la permanencia de roles y estereotipos de género, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado, constituyen obstáculos para el pleno ejercicio de los derechos mencionados.

Asimismo, dado que la negociación colectiva y la huelga son mecanismos habilitantes

---

**El Tribunal abordó las implicaciones del derecho a la igualdad y no discriminación de manera específica. Sostuvo que las mujeres son titulares del derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, lo que incluye que las trabajadoras gocen de todos los atributos, facultades y beneficios para su ejercicio en los términos señalados con anterioridad.**

---

de las mujeres para superar la discriminación estructural en el ámbito laboral, su respeto y garantía resulta fundamental para mejorar sus condiciones de vida y laborales.

El Tribunal abordó las implicaciones del derecho a la igualdad y no discriminación de manera específica. Sostuvo que las mujeres son titulares del derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, lo que incluye que las trabajadoras gocen de todos los atributos, facultades y beneficios para su ejercicio en los términos señalados con anterioridad.

Esto incluye el derecho a constituir organizaciones de trabajadores o trabajadoras o de afiliarse a estas libremente sin ninguna discriminación, según consideren oportuno, y de acuerdo a sus intereses propios.

En este sentido, la Corte expresó que el Estado debe respetar y garantizar los derechos sindicales, no estableciendo ningún tipo de trato diferenciado de tratamiento injustificado entre personas por su mera condición de mujer. Asimismo, las mujeres deben tener acceso a mecanismos adecuados de tutela judicial de sus derechos cuando sean víctima de discriminación.

El Tribunal se pronunció sobre aspectos particulares que requieren la adopción de

medidas positivas por parte del Estado para garantizar lo siguiente:

- a) el derecho de las mujeres de igual remuneración por igual trabajo;
- b) la tutela especial de las mujeres trabajadoras cuando se encuentren embarazadas;
- c) el equilibrio de las labores domésticas y de cuidado entre hombres y mujeres, lo que implica adoptar políticas dirigidas a lograr que los hombres participen activamente y equilibradamente en la organización del hogar y en la crianza de los hijos;
- d) eliminar las barreras que impidan a las mujeres participar activamente en sindicatos, así como en sus cargos de dirección, y de esa forma tener una participación activa en la toma de decisiones;
- e) la transición de las trabajadoras de la economía informal a la formal, y la adopción de aquellas medidas positivas necesarias para lograr el pleno goce de sus derechos sindicales durante la transición;
- f) la prevención de la violencia y el acoso sexual en el ámbito público,

- y que los empleadores privados adopten medidas que sean razonables y factibles para los mismos efectos; y
- g) el combate a las causas estructurales que permitan la igualdad sustancial entre hombres y mujeres, a través de medidas progresivas.

**IV. La autonomía sindical, la participación de las mujeres como integrantes y líderes sindicales, y la participación de los sindicatos en el diseño, construcción y evaluación de las normas y políticas públicas relacionadas al trabajo en contextos de cambios en el mercado de trabajo mediante el uso de nuevas tecnologías.**

La Corte reiteró que el derecho a la libertad sindical protege la libertad de funcionamiento, la autonomía interna y la independencia de las organizaciones sindicales, incluyendo su organización interna relativa a los derechos de representación y reglamentación.

Sin embargo, sostuvo que la existencia de una legislación sindical no constituye en sí misma una violación a los derechos sindicales, pero por regla general debe estar dirigida a establecer condiciones formales y no menoscabar los derechos de los trabajadores y las trabajadoras en el marco del ejercicio de su libertad sindical.

Asimismo, consideró que resultan admisibles las disposiciones que tienen por finalidad promover los principios democráticos en el seno de las organizaciones sindicales, sin que esto constituya necesariamente una afectación a la autonomía o la libertad sindical.

En razón de lo anterior, consideró que la autonomía sindical no ampara medidas que limiten el ejercicio de los derechos

sindicales de las mujeres dentro de los sindicatos, y por el contrario, obliga a los Estados a adoptar medidas que permitan a las mujeres gozar de una igualdad formal y material en el espacio laboral y sindical.

En el mismo sentido, **el Tribunal consideró que los Estados deben garantizar que no exista discriminación directa ni indirecta en el ámbito laboral y sindical, lo que requiere hacer frente a los factores estructurales que subyacen a la persistencia de estereotipos y roles de género y que no permiten a las mujeres el pleno goce de sus derechos.** Por esta razón, en el contexto de la pregunta planteada, reiteró la necesidad de que los Estados adopten medidas que permitan equilibrar las labores domésticas y familiares, de forma que puedan también desempeñar adecuadamente sus actividades laborales y sindicales.

Desde esta óptica, la adopción de medidas legislativas y de otra naturaleza dirigidas a lograr la igualdad en el ámbito laboral, como son aquellas que buscan proteger a la mujer durante la maternidad o lograr la conciliación entre la vida laboral y familiar, resultan necesarias para la adecuada participación de las mujeres en el mercado de trabajo, y para el ejercicio de su derecho a la libertad sindical sin discriminación. En consecuencia, estas medidas no resultan incompatibles con la autonomía sindical.

La Corte reiteró que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos de los trabajadores y las trabajadoras, entre los cuales se encuentran los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

Asimismo, señaló que el reconocimiento de estos derechos debe estar acompañado

---

## La Corte consideró que la regulación del trabajo en el contexto de nuevas tecnologías debe realizarse conforme a los criterios de universalidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales, garantizando el trabajo digno y decente.

---

de garantías adecuadas para su protección. En ese sentido, y en relación con el cuestionamiento planteado por la Comisión Interamericana respecto de la participación sindical en los procesos de diseño, construcción y evaluación de políticas públicas relacionadas con el trabajo en contextos de cambio en el mercado de trabajo mediante nuevas tecnologías, **el Tribunal advirtió que la protección a los derechos antes mencionados debe ser entendida tomando en cuenta que las relaciones de trabajo evolucionan constantemente debido a diversos factores, entre los cuales destacan el uso de nuevas tecnologías digitales en el trabajo.**

Al respecto, el Tribunal destacó que los Estados tienen la obligación de adecuar sus legislaciones y sus prácticas a las nuevas condiciones del mercado laboral, cualesquiera que sean los avances tecnológicos que producen dichos cambios, y en consideración a las obligaciones de protección de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras que impone el derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte consideró que la regulación del trabajo en el contexto de nuevas tecnologías debe realizarse conforme a los criterios de universalidad e irrenunciabilidad de los

derechos laborales, garantizando el trabajo digno y decente.

Los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter, centradas en las personas, y no principal ni exclusivamente en los mercados, que respondan a los retos y las oportunidades que plantea la transformación digital del trabajo, incluido el trabajo en plataformas digitales.

En específico, los Estados deben adoptar medidas dirigidas a:

- a) el reconocimiento de los trabajadores y las trabajadoras en la legislación como empleados o empleadas, si en la realidad lo son, pues de esta forma deberán tener acceso a los derechos laborales que les corresponden conforme a la legislación nacional; y, en consecuencia,
- b) el reconocimiento de los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

La Corte consideró que los derechos laborales son universales, por lo que aplican para todas las personas en todos los países en la medida que las disposiciones de los convenios laborales lo establezcan.

En lo que se refiere a las obligaciones de los Estados sobre las garantías específicas para la participación efectiva de los sindicatos en contextos de cambio en el trabajo mediante

el uso de nuevas tecnologías, el Tribunal consideró que la obligación de respetar y garantizar los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, son prerequisite para la participación efectiva de los trabajadores y las trabajadoras en la elaboración de políticas públicas a través del diálogo social en aspectos que no necesariamente están contempladas en la legislación laboral vigente o en los tratados internacionales.

Reconoció que es un hecho que las relaciones laborales evolucionan constantemente atendiendo a los cambios tecnológicos y del mercado, lo cual crea nuevos desafíos para los derechos humanos en materia laboral.

De ahí que los trabajadores y las trabajadoras deben gozar de la posibilidad real para constituir sindicatos y de esta forma encontrarse en condición de negociar adecuadamente condiciones de trabajo justas y equitativas.

\* \* \*

El texto íntegro de la Opinión Consultiva puede consultarse en el siguiente enlace: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_27\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf)

Los Jueces Eduardo Vio Grossi, Humberto Antonio Sierra Porto, y L. Patricio Pazmiño Freire dieron a conocer a la Corte sus votos individuales a favor.

## **VOTO CONCURRENTE DEL JUEZ L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE**

En la Opinión Consultiva OC-27/21 la Corte continúa fortaleciendo la protección de los

Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Se trata de un ejercicio de interpretación que ratifica la comprensión del estatus de derechos humanos, a los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, así como analiza algunos aspectos de la relación que existe entre estos derechos sindicales y la libertad de asociación, el derecho de reunión, la libertad de expresión, y el derecho al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias, bajo el marco de protección de la Convención Americana sobre Derechos.

Estos derechos -tanto entendidos autónomamente, como en su interdependencia- son fundamentales para la adecuada defensa de los intereses de los trabajadores, y en esa medida deben ser respetados y garantizados por los Estados. El ejercicio del tribunal pone especial atención a la necesidad de incorporar un enfoque de género sin discriminación.

Esto último es especialmente importante destacarlo para superar estas barreras que aún persisten y que colocan a las mujeres, no solo históricamente sino implícita y explícitamente, en condiciones de desigualdad y discriminación en el espacio laboral y en las formas de organización y representación sindical, lo que nos conduce a la necesidad imperiosa de promover y adoptar medidas ciertas, determinadas y eficaces para combatir y revertir las condiciones que no permiten el pleno goce de sus derechos sindicales.

La Opinión Consultiva también abordó una cuestión que resulta central en la reflexión contemporánea respecto de los derechos laborales y sindicales de los trabajadores

---

## El ejercicio del tribunal pone especial atención a la necesidad de incorporar un enfoque de género sin discriminación.

---

en situaciones novedosas producidas por el surgimiento de las nuevas tecnologías y servicios que revelan inéditas obligaciones y desafíos para los Estados y sus funciones legislativas y judiciales para adecuar su ordenamiento constitucional y legal, así como reformular sus prácticas frente a las nuevas condiciones del mercado laboral, en particular respecto de los cambios que ha producido la irrupción de las nuevas tecnologías.

Sin duda, el trabajo a través de nuevas tecnologías -como son el trabajo por plataformas digitales que atraviesan los servicios de comunicación, transporte, compra y venta digital de alimentos y bienes en general- puede representar ventajas en el acceso a diversificadas y novedosas fuentes de empleo, pero a la vez, trae implícito una serie de modificaciones a las relaciones tradicionales de trabajo, en tiempos, horarios, modalidades de remuneración y de asociación gremial, así como en la utilización, en algunos casos, de nuevos conocimientos y manejo de destrezas tecnológicas, no conocidas hace poco tiempo atrás.

Sin embargo, esta inédita y diversa modalidad de empleo también conlleva importantes riesgos para el goce de los derechos laborales, especialmente si consideramos que Latinoamérica y el Caribe tienen una alta tasa de desocupación, la cual conduce a las personas a adoptar y someterse, no voluntariamente, a formas precarizadas de empleo, con unas relaciones de trabajadores

y empleadores con formas nada conocidas o aún de imprecisos contornos de sus garantías legales y jurisdiccionales que deben ser abordados con inmediatez y preocupación, si de verdad queremos atender los reclamos de miles de nuevos trabajadores en estas novedosísimas circunstancias, máxime si tomamos en serio que en el año 2020 la región tenía una tasa de desocupación de 10,6% según datos de la Organización Internacional del Trabajo, lo que significa que más de 30 millones de personas no tienen empleo, y todo aquello sin incorporar las cifras actualizadas de la pérdida de fuentes de empleo, la tremenda desregulación laboral, las políticas de ajuste estructural, y la incierta, cuando no mal administrada y no resuelta crisis sanitaria del Covid 19 y sus efectos devastadores en las economías, las familias y las personas de nuestro continente.

El uso de plataformas digitales en el empleo permite al empleador utilizar la mano de obra de muchas personas de manera ocasional, desprolija, sin que aparentemente exista un vínculo laboral estable, y por lo tanto una obligación de garantizar las prestaciones que corresponden a un trabajador de conformidad con la Constitución, la ley y los tratados internacionales que protegen los derechos de los trabajadores y las trabajadoras.

Esto puede colocar a quien presta servicios a través de plataformas en una desprotección

jurídica, en una clara situación de desventaja frente a su eventual contratante, imponiéndole asumir cargas y riesgos que deberían recaer en el empleador.

La Opinión Consultiva aborda esta cuestión al señalar que es necesario que los Estados adopten medidas dirigidas a: “a) el reconocimiento de los trabajadores en la legislación como empleados, si en realidad lo son, pues de esta forma deberán tener acceso a los derechos laborales que les corresponden conforme a la legislación nacional; y, en consecuencia, b) el reconocimiento de los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga” (párr. 209).

La Corte acertadamente consideró la necesidad de que los Estados aborden la problemática que surge para los derechos laborales a través de las medidas de política pública, legislativas o judiciales pertinentes. La inflexión que aquí introduzco es que menos eufemístico, más determinado y mandatorio sería estimar que no solo es una necesidad a satisfacer sino, y adicionalmente, es una obligación a cumplir y que para tal efecto los Estados deberán asumir, instruir e impulsar la regulación legislativa, la política pública y las decisiones judiciales pertinentes en una perspectiva garantista y protectora de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras.

En este punto resulta pertinente exhortar, a manera de recomendación, como parte de mi reflexión concurrente, a los tribunales internos que resuelvan demandas laborales de personas que presten servicios a través de aplicaciones digitales y nuevas tecnologías y que demanden su reconocimiento como trabajadores y trabajadoras con las subsecuentes consecuencias prestacionales, la libertad de asociación y demás

derechos sindicales, no les está recomendado, al momento de interpretar los hechos, abandonar la profusa normativa internacional y la jurisprudencia interamericana producida en el ámbito de protección de los derechos sindicales y laborales, así como de los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes, por lo que deberán auxiliarse de una hermenéutica que haga uso de las técnicas de interpretación evolutiva, sistemática y conglobada, sustentadas en el principio pro operario y con un enfoque de género.

A partir de lo señalado, los juzgadores y las autoridades administrativas del trabajo, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán identificar cuidadosamente las características que permitan determinar la relación de dependencia entre la entidad que contrata y quien o quienes realizan los servicios laborales.

**Entre los aspectos relevantes en este análisis será importante calificar el grado de pertenencia, dependencia y control por parte de la empresa hacia el trabajador o trabajadora, así como identificar las posibilidades reales de estos últimos para fijar sus condiciones de empleo, de manera justa y equilibrada, con la identificación del grado de desventaja que estos tiene respecto de su empleador, y, en concordancia con lo dispuesto en esta Opinión Consultiva, siempre se deberá incorporar un enfoque de género en la mirada de evaluación o interpretación de los hechos.**

Este tipo de cuestiones serán cada vez más imperiosas conforme surjan plataformas que presten servicios como intermediarios, como sucede con aquellas relacionadas con el transporte de personas o la entrega de

---

## La Corte acertadamente consideró la necesidad de que los Estados aborden la problemática que surge para los derechos laborales a través de las medidas de política pública, legislativas o judiciales pertinentes.

---

alimentos a domicilio, o de aquellas que responden a organizaciones o corporaciones transnacionales con domicilio en el exterior de los países de la región.

En cualquier caso, hay que recordar la máxima del derecho laboral que la realidad fáctica prevalece sobre el “nomen juris” y que las relaciones laborales -ahí donde se producen- deben estar protegidas por este derecho, siempre a la luz del principio “indubio pro operario”.

Estos aspectos hacen parte de los desafíos significativos más importantes en el orden público interamericano para garantizar de manera eficaz y cierta las condiciones y relaciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias donde se respeten los derechos humanos de las trabajadoras y los trabajadores en esta nueva realidad de las relaciones de trabajo donde se conjugan las personas humanas, el ciberespacio, las tecnologías y las nuevas aplicaciones.

### VOTO CONCURRENTES DEL JUEZ HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “el Tribunal”), **el presente voto tiene por objeto señalar algunas discrepancias frente al análisis de fondo** que realizó la Corte acerca del

alcance y contenido del derecho a la libertad sindical en su relación con el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “CADH”).

En este sentido, el voto complementa la posición ya expresada en mis votos parcialmente disidentes a los casos Lagos del Campo Vs. Perú, Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú, San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela, Muelle Flores Vs. Perú, Hernández Vs. Argentina, ANCEJUB-SUNAT Vs. Perú, Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil, Casa Nina Vs. Perú; así como en mis votos concurrentes de los casos Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, Poblete Vilches y Otros Vs. Chile y Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala.

Con este propósito abordaré los siguientes puntos a) la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención: confusión de los conceptos de contenido de los derechos y criterios para su aplicación; b) el concepto de progresividad: la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga como derechos de eficacia jurídica directa; c) los derechos sindicales de trabajadores informales y miembros de la policía.

**a) La justiciabilidad del artículo 26 de la Convención: confusión de los conceptos de contenido de los derechos y criterios para su aplicación.**

En opiniones previas he expresado las razones por las cuales considero que existen inconsistencias lógicas y jurídicas en la posición jurisprudencial asumida por la mayoría de la Corte sobre la justiciabilidad directa y autónoma de los DESCAs, a través del artículo 26 de la Convención. Esta posición desconoce las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, cambia la naturaleza de la obligación de progresividad, ignora la voluntad de los Estados plasmada en el Protocolo de San Salvador y mina la legitimidad del Tribunal; solo por mencionar algunos argumentos.

En esta oportunidad, quiero evidenciar cómo la postura mayoritaria en relación con el artículo 26 convencional, que fue determinante para el desarrollo de la presente Opinión Consultiva, también genera una confusión entre las nociones de contenido de los derechos y criterios para su aplicación.

La interpretación según la cual, la referencia que hace el artículo 26 a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “la Carta de la OEA”), se constituye como una hoja en blanco para que la Corte reconozca derechos establecidos en instrumentos de derecho blando o en normas de derecho interno de los Estados.

En este ejercicio se suele omitir, como en esta decisión, la diferencia entre los elementos que configuran un derecho, y los

criterios a partir de los cuales se puede o se deberían adelantar medidas para su goce.

En la Opinión Consultiva frente a la que hoy presento este voto separado, se hace referencia a la determinación del contenido de los derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga, en dos momentos.

En primer lugar, como derivados de la Carta de la OEA, de otras normas del derecho internacional, en particular de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante la OIT) y del derecho comparado. Esta configuración tiene como principal consecuencia, que la Corte a través de la interpretación del artículo 26 les da valor jurídico a normas sobre las que no tiene competencia.

En el párrafo 46 de la decisión se señala “de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al corpus iuris internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho”.

Es decir, que la determinación de las obligaciones cuyo desconocimiento podría fundar la responsabilidad internacional de los Estados, no son solo las que se encuentran en la Convención Americana, sino todas aquellas que, por la “remisión abierta” del artículo 26, se consolidan a partir de la interpretación de múltiples instrumentos, sobre los cuales, los Estados pueden o no haber manifestado su interés de obligarse internacionalmente. Esto sin mencionar que, evidentemente no hacen parte del ámbito normativo que está llamado a ser aplicado por la Corte.

---

## En la Opinión Consultiva frente a la que hoy presento este voto separado, se hace referencia a la determinación del contenido de los derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga, en dos momentos.

---

Pero esta no es una mera afirmación basada en el texto del párrafo mencionado, sino evidenciada a lo largo del quinto punto de la Opinión Consultiva, en la que, si bien hay un esfuerzo por aclarar las razones jurídicas por las cuales se acude a múltiples normas del derecho internacional y, a pesar de que se sostiene que “La Corte [...] no está asumiendo competencia sobre tratados en los que no la tiene”, lo cierto es que, por la falta de determinación de una diferencia conceptual y práctica entre las nociones de contenido de un derecho y criterios para su aplicación, se establecen estándares generales y abstractos para los Estados parte de la Convención Americana que superan el ámbito competencial por ellos otorgado.

Así ocurre, por ejemplo, en relación con indivisibilidad e interdependencia entre la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, cuando la Corte sostiene que “Por otro lado, en lo que respecta a los trabajadores que brinden servicios esenciales o que ejerzan funciones de autoridad a nombre del Estado, se debe garantizar que la lista de servicios esenciales que no son sujetos del ejercicio del derecho de huelga se encuentre claramente definida en el ámbito interno, y de conformidad con las disposiciones establecidas por la OIT”.

Lo anterior sin mencionar que en ocasiones estas conclusiones se derivan a revisiones poco sistemáticas, como aquella

relacionada con la determinación de la libertad sindical como un principio general del derecho internacional, contemplada en el párrafo 70, tomando en cuenta como uno de los criterios centrales la práctica de los Estados, a pesar de que solo se referencia expresa a la normativa interna de tres: Argentina, Bolivia y Costa Rica.

En segundo lugar, se identifica el contenido de los derechos objeto de esta Opinión Consultiva, por su relación con los derechos de libertad de asociación, libertad de reunión y libertad de expresión, expresamente consagrados en la Convención. Respecto del primero se establece la existencia de una relación de género a especie, frente a los otros dos, la decisión determina los ámbitos en los cuales la libertad de reunión y de expresión se constituyen como un medio para el desarrollo de los derechos sindicales v. gr. a través de la manifestación pacífica.

De manera que, los derechos sindicales: libertad sindical, negociación colectiva y huelga, se derivan del artículo 26 de la Convención, de la conexión entre libertad de expresión, libertad de asociación, libertad de reunión, y a la vez se constituyen como derechos autónomos. En otras palabras, según la jurisprudencia de la Corte el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos reconoce: a) derechos expresados en la explícitamente en la Convención; b) derechos expresados implícitamente en

la misma, para lo cual se confunde estándares de aplicación con contenido esencial y; c) derechos que se derivan del artículo 26 como una especie de clausula abierta.

Así, la forma como se determinan los nuevos derechos en la jurisprudencia interamericana está fundada en la creatividad de sus jueces y su capacidad para derivar y calificar interpretativamente aquellos derechos que alguna vez hubieren sido calificados como económicos, sociales, culturales o ambientales en el ámbito internacional o interno. Esto, no solo es poco técnico, sino que innecesario en el caso de la presente Opinión Consultiva, pues los derechos sindicales a los que aquí se ha hecho referencia se derivan expresamente del artículo 8 del Protocolo de San Salvador especialmente protegido por el mismo instrumento.

**b. El concepto de progresividad: la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga como derechos de eficacia jurídica directa.**

Sobre el alcance del artículo 26, la Corte en su jurisprudencia inicial mantenida por casi 40 años, había indicado que la obligación principal que se desprendía de este artículo era la de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, el cual conlleva “un deber -si bien condicionado- de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho”.

Sin embargo, la Corte ha variado esta posición jurisprudencial, inicialmente, entendiendo que el artículo 26 remite a un catálogo de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, de los cuales se derivan obligaciones de cumplimiento

inmediato y de desarrollo progresivo, para hoy sostener que, dicha disposición, cuya obligación primigenia es la de progresividad, consagra también derechos de exclusiva exigibilidad inmediata.

En el párrafo 118 de la decisión, se señala que “en lo que a esta opinión consultiva concierne, tratándose del ejercicio de una libertad, la sindical, comprensiva, como elementos esenciales, tanto del derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo, cuanto del derecho a la huelga, todo lo cual, a su vez, hace que dicho ejercicio resulte ajeno a la limitación de los recursos con que pudiera contar el Estado, es menester concluir que la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga son derechos de exigibilidad inmediata [...]”.

**De manera que, pareciera sugerirse que, los derechos sindicales son de eficacia directa y respecto de ellos no se aplica la progresividad. Nuevamente se desconoce el tenor el contenido de la Convención y se desnaturaliza el contenido obligacional del artículo 26.**

Dicho lo anterior, no puedo dejar de señalar que el valor que le otorga la decisión al artículo 19 del Protocolo de San Salvador, como una mera manifestación de intenciones de los Estados, desconoce abiertamente su tenor literal, y debilita la fuerza jurídica de los mecanismos para reclamar contenciosamente el cumplimiento del derecho a la libertad sindical.

Nótese que, como he sostenido en reiteradas oportunidades, esta norma del Protocolo de San Salvador consagra la voluntad de los Estados en relación con la competencia de la Corte y le otorga un valor especial

---

**Así, la forma como se determinan los nuevos derechos en la jurisprudencia interamericana está fundada en la creatividad de sus jueces y su capacidad para derivar y calificar interpretativamente aquellos derechos que alguna vez hubieren sido calificados como económicos, sociales, culturales o ambientales en el ámbito internacional o interno.**

---

al derecho a la libertad sindical, que hoy se difumina en el marco de la nueva línea jurisprudencial sobre la justiciabilidad del artículo 26, reduciendo el margen de legitimidad y solidez jurídica que hubiere podido tener esta opinión consultiva.

**c. Los derechos sindicales de trabajadores informales y de los miembros de la policía.**

En el desarrollo que adelanta la Corte en relación con el derecho a la libertad sindical, de una parte, y frente a las preguntas planteadas por la Comisión de otra, se reconoce una suerte de derechos sindicales de los trabajadores informales y de los miembros de la policía. Si bien considero atinado que se haya morigerado la posición respecto de los segundos, pues la decisión no señala expresamente que estos tengan derechos sindicales, lo cierto es que frente a unos y otros el Tribunal no hace un esfuerzo por considerar los efectos de esta decisión en los países de la región, ni las dificultades prácticas de su aplicación.

En primer lugar, en relación con los trabajadores informales, la Corte retoma las normas establecidas en el marco de la OIT en relación con la noción de libertad sindical

y negociación colectiva, y en relación con esta segunda identifica como propósitos: fijar las condiciones de trabajo y empleo, regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o participar en la política pública de empleo.

Así, sería dable considerar que, aunque el enfoque central de este derecho estaría en la relación subordinada de trabajo que se da entre empleador y trabajador, puede también referirse a otras situaciones en las cuales este elemento constitutivo no se presente, pero que tengan que ver con el desarrollo de actividades personales remuneradas sea de manera informal o independiente.

En este sentido, en el párrafo 182 se señala que “[..] el Tribunal advierte la necesidad de que los Estados adopten medidas que faciliten la transición de las trabajadoras de la economía informal a la formal, y al tiempo adopten aquellas medidas positivas necesarias para lograr el pleno goce de sus derechos sindicales durante la transición”, en particular, se hace referencia a la situación de recicladores y trabajadoras sexuales.

**Si bien resulta jurídicamente válido que se propenda por la protección de los derechos de los trabajadores informales, especialmente de aquellos**

**que se encuentran en una situación de indefensión o estigmatización, el Tribunal no explicita la forma en que los derechos de sindicación y los que se asocian a este, como la huelga o la negociación colectiva, pueden ser ejercidos por aquellos que, no se encuentran en relaciones subordinadas de trabajo.**

Se trata de un elemento que la misma Corte reconoce como relevante en relación con los derechos en comento, por ejemplo, cuando señala que “[de] esta forma, estos derechos están relacionados con los derechos al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias, al constituirse como “un medio de nivelar la relación desigual entre trabajadores y empleadores, ayudando así a los primeros a remediar los abusos y acceder a salarios justos, condiciones de trabajo seguras y una voz colectiva”.

Lo anterior no significa que no deban existir medidas para que los trabajadores informales o independientes exijan adecuadamente sus derechos individuales, sino que **la Corte debería ser más consciente de las implicaciones que este fallo podría tener cuando se modifica la naturaleza clásica de figuras como las de los derechos sindicales.**

En segundo lugar, en relación con los miembros de la policía, la Corte es respetuosa del margen de acción de los Estados en relación con el reconocimiento de derechos sindicales a los miembros de la fuerza pública. No obstante, al establecer una diferencia en la naturaleza de las actividades que adelantan

las fuerzas militares y la policía, expuso que los segundos debían contar con derecho a organizarse para discutir entre ellos sus condiciones de trabajo.

**La Corte no explica cuál es el contenido y alcance del citado “derecho a organizarse para discutir”, ni tampoco su fundamento convencional.** Parece dotarlo de elementos similares a la libertad sindical cuando afirma que este derecho implica la facultad de “[...] *peticionar a sus superiores y a las autoridades y a expresarse públicamente en forma pacífica [...]*”; aunque es explícita al señalar que “[...] *debe reconocerse que la función policial es básicamente civil, con las limitaciones indispensables impuestas por el cumplimiento de su función, en particular en lo referente al derecho de huelga, que debe estar limitado por tratarse de una categoría particular de trabajadores de servicios públicos indispensables*”.

De manera que, los miembros de la policía cuentan con un derecho especial, similar a la libertad sindical, pero con otro nombre, que parece tener contenidos parecidos a éste, pero a su vez no cuenta con elementos inescindibles como el derecho a la huelga. En consecuencia, considero que una lectura coherente de la decisión llevaría a la conclusión de que no existe una obligación en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en relación con los derechos sindicales de los miembros no civiles de la fuerza policial, sino que esta es una decisión que depende de cada uno de los Estados.



# pensarJUSBAIRES

Revista de distribución gratuita | año VIII N° 27 | septiembre 2021 | Dirección: Dra. Alicia Pierini

OPINIÓN

## SALUD PÚBLICA, PANDEMIA Y SALUD MENTAL

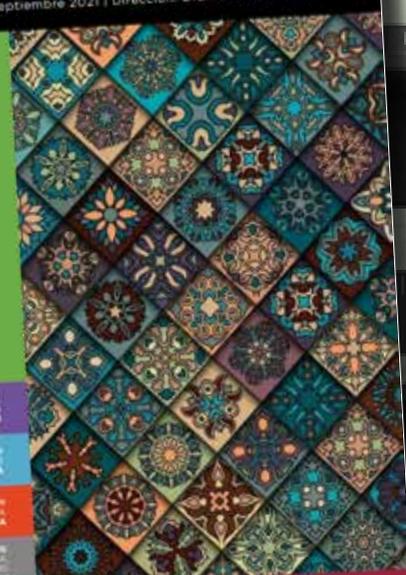
ALEJANDRA PETRELLA

EDITORIAL  
PALABRAS DE LA DIRECCIÓN  
ALICIA PIERINI

OPINIÓN  
MIRADA DE CONJUNTO DEL E-CRISIS DE BUREL: ANÁLISIS  
ALBERTO BALEMI Y ROMINA LARA

OPINIÓN  
DE LA FORTALEZA Y LA FIDELIDAD  
CLAUDIA GOMEZ CHAPPELTA

OPINIÓN  
REFLEXIONES A LA LIBERTAD INDIVIDUAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y FAMILIA  
Y SU RELACION CON LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y CONVENIO  
OPINIÓN COMENTARIOS - EDITE EDI



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires  
Consejo de la Magistratura



# pensar JUSBAIRES

[www.pensar.jusbaire.gov.ar](http://www.pensar.jusbaire.gov.ar) | [pensar@jusbaire.gov.ar](mailto:pensar@jusbaire.gov.ar) | [facebook.com/pensar.jusbaire](https://facebook.com/pensar.jusbaire)



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires  
Consejo de la Magistratura

