

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 22, N° 1 | Junio de 2024

VALUACIÓN DE ACTIVOS INTANGIBLES DE PROPIEDAD INTELECTUAL: MÉTODOS E IMPLICANCIAS

Gonzalo M. Nazar de la Vega • **EL SEÑOR MONOPRESIDENTE** - Raúl Gustavo Ferreyra • **EL PRINCIPIO DE**

AUTONOMÍA DESDE UNA MIRADA RELACIONAL. IMPLICANCIAS EN LOS DEBATES JURÍDICOS - Romina Faerman

• **NO HAY SECRETO QUE DURE CIENTO AÑOS. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA RESERVA POR**

MOTIVOS DE DEFENSA O SEGURIDAD NACIONAL - Agustín Pérez Aledda • **¿ES LA PROHIBICIÓN DE LA**
MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA UNA POLÍTICA PÚBLICA EFECTIVA? UN ESTUDIO SOBRE LA EFICACIA

DE LA LEGISLACIÓN PENAL EN ÁFRICA - María Sol Bucetto



Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

ISSN 0328-5642
e-ISSN 2718-7063

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 22, Nº 1 | Junio de 2024

Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO

Universidad de Palermo

Dirección:

Carlos A. Calvo Costa (UBA - UP)
Eugenio C. Sarabayrouse (UBA-UP)
Graciela Medina (UBA-UP)
Marcela Basterra (UBA-UP)

Dirección Ejecutiva:

Diego A. Dolabjian (UBA - UP)
Belén Gasparotti (UP)
Janice Balanian (UBA)

Secretaría de Redacción:

Agustín M. Iglesias Díez (UBA)
Francisco Balbín (UBA)
Ian Lerner (UP)
Juan Carlos Ruas (UBA)
Luciano Durrieu (UBA-UP)
Maia Czarny (UBA)
María Rosario Tejada (UBA)
Ricardo S. Kennedy (UBA)
Juliana Belén Aragón (UBA)
Sofía Lasca (UBA)
Agustina Castro (UBA)
Florencia Manuele (UBA)
Sofía Vilches (UBA)

Mario Bravo 1050
(C1175ABT) Ciudad de Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Editado por

Universidad de Palermo, Junio 2024

Diseño general

Departamento de Diseño
de la Universidad de Palermo

© 2024 Fundación Universidad de Palermo

ISSN 0328-5642

e-ISSN 2718-7063

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Consejo Académico Editorial:

Adrián Carta (UBA - UP)
Agustina Del Campo (UDESA - UP)
Agustina Ramón Michel (CEDES - UP)
Andrea Finkelstein (UP)
Claudio Ramos Feijoó (UP)
Daniel Crovi (UBA - UP)
Diana Maffía (UBA - UP)
Eduardo Roveda (UBA - UP)
Fernando Buján (UBA - UP)
Gabriel Rolleri (UBA - UP)
Gustavo Beade (UBA - UP)
Gustavo Maurino (UBA - UP)
Horacio Corti (UBA)
Horacio Días (UBA - UP)
Jaime Malamud Goti (UDESA - UP)
José Luis Gargarella (UBA - UP)
José María Salgado (UBA-UNPAZ)
Juan González Bertomeu (UP)
Juan Pablo Alonso (UBA - UP)
Laura Saldivia (UBA - UP)
Leonardo Filippini (UBA - UP)
Leopoldo Godio (UBA-UP)
Marcelo Alegre (UBA - UP)
Marcelo López Alfonsín (UBA - UP)
Mariano Heller (UBA - UP)
Martín F. Böhmer (UBA - UP)
Martín Farrell (UBA - UP)
Mary Beloff (UBA - UP)
Miguel Ángel Maza (UBA - UP)
Paola Bergallo (UTDT - UP)
Pablo Hirschmann (UBA - UP)
Raúl Gustavo Ferreyra (UBA)
Ricardo Arredondo (UBA - UP)
Roberto Gargarella (UBA - UP)
Roberto Saba (UBA - UP)

Académicos correspondientes:

Brasil: Carolina Machado Cyrillo da Silva (UFRJ)
Colombia: Edgar Fuentes Contreras (UTADEO)
Ecuador: Sebastián López Hidalgo (UASB)
España: Alejandra Boto Álvarez (UNIOVI)
Italia: Alfonso Celotto (UNIROMA3)
México: Ricardo García de la Rosa (ITAM)
Perú: José F. Palomino Manchego (UNMSM)
Uruguay: Andrés Mariño López (UDELAR)

Índice

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo | ISSN 0328-5642 | e-ISSN 2718-7063

Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Año 22, N° 1 | Junio de 2024 | Ciudad Autónoma de Buenos Aires | Argentina

Artículos 5

Valuación de activos intangibles de Propiedad Intelectual: métodos e implicancias
Gonzalo M. Nazar de la Vega 7-20

El señor monopresidente
Raúl Gustavo Ferreyra 21-39

El principio de autonomía desde una mirada relacional. Implicancias en los debates
jurídicos
Romina Faerman 41-60

No hay secreto que dure cien años. El acceso a la información pública y la reserva
por motivos de defensa o seguridad nacional
Agustín Pérez Aledda 61-84

¿Es la prohibición de la mutilación genital femenina una política pública efectiva?
Un estudio sobre la eficacia de la legislación penal en África
María Sol Bucetto 85-101

Reseñas..... 103

Reseña normativa..... 105-109

Reseñas bibliográficas 111-114

La Revista Jurídica de la Universidad de Palermo es una publicación de la Facultad de Derecho / Centro de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad de Palermo.

La Revista Jurídica publica trabajos de académicos, investigadores, profesionales y estudiantes en una variedad de formatos que incluyen artículos, ensayos y comentarios sobre decisiones judiciales. Su contenido está dirigido a especialistas, investigadores y estudiantes de grado y posgrado.

La Revista Jurídica invita a los autores a enviar trabajos inéditos y originales a revistajuridica@palermo.edu. La Revista se organiza en base a un sistema de referato doble ciego para decidir sobre la calidad académica de los artículos enviados por los autores para su publicación, la originalidad de las ideas planteadas y la corrección de las citas.

Para obtener información, los interesados pueden dirigirse a:

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo
Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho
Universidad de Palermo
Mario Bravo 1050, 7° piso (C1175ABZ) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
República Argentina
Teléfono: +54 11 5199-4500
Fax: +54 11 4963-1560
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Los trabajos firmados no representan la opinión de la Universidad o de la Revista y son exclusiva responsabilidad de los autores.

La reproducción sin autorización de cualquier texto de la Revista, sea total o parcial, idéntica o modificada, viola derechos reservados. Con fines académicos podrá citarse un breve fragmento del texto de los artículos, a condición de que se de debidamente cuenta de su origen.

Artículos

Valuación de activos intangibles de Propiedad Intelectual: métodos e implicancias

Gonzalo M. Nazar de la Vega*

Resumen

Este artículo examina los métodos y las implicancias de la valuación de activos intangibles, centrándose en la propiedad intelectual (PI). Se analizan las dificultades inherentes a la valuación de estos activos, así como los principales métodos disponibles para llevar a cabo este proceso: el enfoque basado en el costo, el enfoque basado en los ingresos, el enfoque basado en el mercado y los enfoques que consideran indicadores de valor no monetario. El trabajo proporciona un marco introductorio que facilita la comprensión de las dinámicas que influyen en la valuación de los activos intangibles, destacando su papel fundamental en la creación y conservación del valor empresarial en la economía contemporánea.

Palabras clave: Valuación de activos intangibles, propiedad intelectual, valuación de la propiedad intelectual, valor empresarial, análisis económico del Derecho.

Abstract

This article examines the methods and implications of valuing intangible assets, focusing on intellectual property (IP). It analyzes the inherent difficulties in valuing these assets, as well as the main methods available for carrying out this process: the cost-based approach, the income-based approach, the market-based approach, and approaches that consider non-monetary value indicators. The work provides an introductory framework that facilitates the understanding of the dynamics influencing the valuation of intangible assets, highlighting their essential role in creating and preserving business value in the contemporary economy.

Keywords: Valuation of intangible assets, intellectual property, valuation of intellectual property, business value, economic analysis of law.

* Subdirector del Instituto de Análisis Económico del Derecho de la Universidad de Palermo.

I. Introducción

Un activo intangible es una clase de activo que, a pesar de carecer de una forma física tangible, tiene un valor económico para una empresa¹. La valuación o valoración de esta clase de activos se refiere al proceso por el cual se busca determinar su valor económico.

La valuación de activos intangibles es clave, toda vez que una porción cada vez más significativa del valor de las empresas deriva de ellos. Mientras que en los años 70 el valor de mercado de las empresas estaba repartido entre un 80% conformado por los bienes tangibles y un 20% por los intangibles, en la actualidad los bienes tangibles conforman menos de un 20% de su valor de mercado². Esto se da en virtud de diferentes cuestiones, como el rápido avance tecnológico, el crecimiento de la economía del conocimiento, la globalización, cambios en la naturaleza de los productos y servicios comercializados y el crecimiento de la comercialización de activos intangibles.

En ese sentido, esta actividad es fundamental para una gestión efectiva que busque maximizar el valor de la empresa, toda vez que impacta en el desarrollo de diversas actividades y condiciona los incentivos de las personas y empresas al momento de tomar decisiones.³

En este aspecto, la Propiedad Intelectual (PI) es sin duda el activo intangible por excelencia. Estos activos representan la propiedad exclusiva de la expresión de ideas, invenciones, diseños o marcas que proporcionan a la empresa una ventaja competitiva. De ese modo, cabe entender a la PI no solamente como derechos o instrumentos legales, sino como un bien en un sentido económico. En este punto, se considera que el titular de un derecho de PI obtiene en realidad un derecho de propiedad sobre ese activo subyacente, en las condiciones establecidas por la normativa específica, en cuanto es un poder jurídicamente exigible para excluir a otros en el uso del mismo, así como también es plenamente transferible⁴.

Como se verá a continuación, a diferencia de los activos tangibles, que sí son fácilmente perceptibles y cuantificables económica y contablemente⁵, la valuación

¹ Russell I. Parr, *Intellectual Property Valuation, Exploitation, And Infringement Damages*, Fifth edition. | Hoboken, New Jersey: Wiley, 2018, p. 40.

² Municoy, M., *Actualidad en derecho industrial*, Editorial La Ley, RDCO 2007-223, 671.

³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Revista de la OMPI*, Ginebra, septiembre-octubre de 2003, p. 5.

⁴ Posner R.A. y Landes W.M., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003, p. 11/37.

⁵ Smith Gordon, v. y Russell I. Parr, *Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets*,

de activos intangibles es realmente desafiante dada la cantidad de factores que la condiciona, entre los cuales se debe remarcar la falta de información precisa, confiable y disponible sobre la oferta y la demanda de innovación, lo que dificulta el proceso de formación de precios, conforme los postulados económicos que guían el funcionamiento de un sistema económico de libre mercado competitivo⁶. Es decir, usualmente no existe suficientes datos o detalles precisos necesarios para realizar una evaluación completa y precisa de estos activos. En este punto, es clave la profundidad y la extensión de los procesos de investigación de cada uno de los factores sobre los que reposa el valor del activo, y de las condiciones de mercado que determinan su nivel de competitividad⁷.

En esos términos, el presente trabajo no se busca agotar la discusión sobre la temática, sino más bien proporcionar un marco introductorio sólido que permita comprender las dinámicas fundamentales que influyen en la valuación de estos activos, con particular atención sobre la PI, haciendo foco en aspectos clave, y reconociendo su rol clave en la creación y sostenimiento del valor empresarial en la economía actual.

II. Dificultades en la valuación de activos intangibles

La complejidad en la valuación de estos activos se produce en virtud de varios factores⁸. Uno de los principales condicionantes es la falta de mercados comparables. A diferencia de activos tangibles que a menudo tienen mercados bien establecidos y comparables, los intangibles pueden carecer de un mercado directo para realizar comparaciones.

Por otro lado, la principal fuente de información suelen ser personas que se encuentran involucradas directamente en el desarrollo de estos activos, por lo cual su punto de vista puede ser subjetivo. Incluso eso puede involucrar cuestiones relacionadas con la percepción de la evolución de los mercados y problemas tecnológicos, lo cual suele ser incierto.

En los casos en los que se evalúe un activo de PI, es importante tener en consideración que esta clase de activos intangibles está sujeta a leyes y regulaciones complejas que varían según la jurisdicción, en virtud de aplicación del principio de territorialidad, lo cual puede condicionar la valuación. Además, la PI puede estar sujeta a riesgos de litigios por infracción, lo que significa una incertidumbre que impacta en el valor de la PI.

En ese marco y dada la complejidad de estos factores, los profesionales de la valuación de activos intangibles a menudo emplean métodos especializados para

John Willey & Sons, 1989, p. 7.

⁶ Municoy, op. Cit..

⁷ Rengifo García, Ernesto, Valuación de Activos Intangibles de Propiedad Intelectual-Fundamentos y Nociones Jurídico Financieras y Contables, Universidad del Externado, 2015, p. 14 y ss.

⁸ Rengifo García, op. cit., p. 59 y ss.

abordar estas dificultades y llegar a estimaciones lo más precisas posible.

III. Posibles motivos para la valuación

El propósito de la valuación de la PI debe estar claramente definido antes de comenzar una valuación toda vez que, como veremos más adelante, ello va a determinar el método de valuación a utilizar.

Los principales motivos para la valuación⁹:

- a. Toma de Decisiones Estratégicas. La valuación proporciona información crítica para la toma de decisiones estratégicas en una empresa. Ayuda a entender el valor y la contribución de estos activos a la posición competitiva, facilitando la planificación estratégica y la asignación de recursos de manera más informada.
- b. Transacciones Comerciales. La valuación es clave en transacciones comerciales como fusiones, adquisiciones y desinversiones. En ese sentido, determinar el valor de los activos intangibles, como la PI, es crucial para negociar acuerdos justos y asegurar que las transacciones reflejen adecuadamente el valor real de la empresa¹⁰.
- c. Financiamiento e Inversiones. En este aspecto, la valuación estos activos es esencial para obtener financiamiento a través de préstamos bancarios, capital de riesgo u otras formas de inversión.
- d. Gestión de Riesgos y Litigios. En casos de infracción de derechos de PI, la evaluación de daños y perjuicios usualmente se basa en una valoración lo precisa posible de los activos intangibles involucrados.
- e. Cumplimiento Regulatorio y Contabilidad. Con respecto a ello, la valoración de activos intangibles es importante para el cumplimiento de normativas contables y regulatorias. En la preparación de informes financieros, las empresas deben reflejar con precisión el valor de sus activos intangibles, asegurando la transparencia y la conformidad con estándares contables y regulaciones específicas.

10

IV. Activos intangibles que son susceptibles de ser valuados

Desde una perspectiva económica, para que un activo intangible sea objeto de valoración se requiere que cumpla con los siguientes criterios¹¹:

- a) debe estar sujeto a identificación específica y a una descripción reconocible;

⁹ Parr, Russell L., op. cit., p. 16

¹⁰ OMPI, Introducción a la financiación basada en la propiedad intelectual, Revista de la OMPI, septiembre de 2008.

¹¹ Reilly, R.F. and Schweih, R.P., op. cit., p. 5.

- b) debe estar sujeto a existencia y protección legal;
- c) debe estar sujeto al derecho de propiedad privada, en virtud de la cual pueda ser jurídicamente transferible;
- d) debe haber alguna prueba o manifestación tangible de la existencia del activo intangible (por ejemplo, un contrato, una licencia, un documento de registro, una lista de clientes, etc.);
- e) debe haber sido creado o haber existido en un momento de identificable o como resultado de un evento de identificable;
- f) debe estar sujeto a ser destruido o a la terminación de su existencia en un momento identificable o como resultado de un evento identificable.

Algunos de los activos intangibles no cumplen con varios de estos requisitos y, por lo tanto, su valuación puede ser aún más difícil. Sin embargo, incluso cuando un evaluador ha establecido claramente que el activo, pueden aparecer obstáculos. Uno de ellos es el que surge con la imposibilidad de distinguirlo o separarlo de un activo tangible. En estos casos, cuando las interacciones entre las dos clases de elementos son fuertes, podría ser aconsejable evaluar una tecnología en su conjunto.

También, es posible que los activos intangibles utilizados en el proceso de comercialización pueden valorarse con mayor precisión como un paquete integrado de activos en lugar de como activos independientes. Así, el nombre de la marca, el logotipo y los registros mundiales de marcas, las marcas y logotipos secundarios, nombre de dominio y cualquier otro activo que contribuya a la comercialización de la empresa, deben considerarse conjuntamente. Cualquiera que sea el paquete que se considere más apropiado para el contexto inmediato, esta técnica proporciona una base sólida para un ejercicio de valoración realista.

Una vez que el activo intangible ha sido identificado como algo que puede ser valorado, el siguiente paso será la recopilación de la información disponible para el análisis.

V. Información sobre el objeto de valuación

Se debe examinar a fondo la manera en que se va a recopilar la información necesaria, ya sea proveniente de la propia empresa titular de los intangibles a valorar o de fuentes externas a la misma. En esta etapa es necesario tener en cuenta algunas cuestiones que se analizan a continuación.

En primer lugar, corresponde analizar si existe cierto grado de subjetividad en el evaluador. En todos los casos, el evaluador debe mantener un alto grado de independencia y objetividad al realizar la valoración.

En segundo lugar, es necesario verificar que el evaluador tenga acceso a todos los tipos de información interna (ej. bases de datos, recursos humanos,

informes técnicos administrativos y balances) o si solo tiene un acceso limitado. Es importante que se verifique el acceso a las diversas fuentes de información para tener suficientes elementos para realizar la evaluación. En este aspecto, se podría analizar la posibilidad de tener entrevistas con los recursos humanos que participaron en el desarrollo o la gestión de la PI, toda vez que el intercambio de ideas sin intermediarios puede dar acceso a detalles valiosos que no están disponibles a través de otras fuentes. En este punto, igualmente, es necesario tener en cuenta la subjetividad de las personas involucradas.

En tercer lugar, corresponde comprobar la fiabilidad de los datos reunidos para completar la valoración. Hay que comprobar la pertinencia y la coherencia de la información y de los supuestos utilizados para llevar a cabo la valoración de la PI.

Sobre esa base, cuanto más detallada y completa sea la descripción que pueda proporcionar un evaluador sobre lo que se va a evaluar, mayor será la precisión y exactitud del resultado de la valoración.

VI. Establecer el método de valuación

Una vez identificado el activo a valorar y la información disponible, se debe establecer el método de valuación. En general, se entiende que no hay un método mejor que otro, sino que ello va a estar determinado por el objetivo de la valuación. A continuación, se reseñan los principales métodos¹².

12

a. Enfoque basado en el costo (*cost-based approach*)

La idea subyacente del enfoque basado en el costo es que existe una relación estrecha entre los costos del desarrollo de un activo de PI y su valor económico. En general, se hace referencia a tres principales variantes: la primera basada en los costos históricos; la segunda basada en los costos de reposición, y, la tercera basada en los costos de duplicación.

Cuando se trata del modo basado en costos históricos, se miden los costos correspondientes al desarrollo de un determinado activo en el momento en que se encuentre desarrollándose. Tiende a ser útil en cuestiones contables para fines tributarios.

En lo concerniente al método basado en los costos de reposición, se va a calcular el valor de una patente en función de la suma de dinero que se destinaría con el objetivo de replicar la funcionalidad o utilidad del activo.

El método basado en los costos de duplicación se intenta calcular el valor del activo a partir de la suma de dinero necesaria para construir una réplica exacta

¹² Glenn DeSouza, *Royalty Methods for Intellectual Property*, Business Economics, April 1997, Vol. 32, No. 2 (April 1997), pp. 46-52, disponible en <http://www.jstor.com/stable/23487798>

del activo. En este, a diferencia del método basado en los costos de reposición, se deben incluir todo lo invertido en investigación y desarrollo, lo cual contempla necesariamente a los intentos que no fueron exitosos.

Sin embargo, este método de valuación encuentra limitaciones. En primer lugar, considera que el costo de un activo es equivalente al valor, lo cual seguramente no sea así toda vez que, por ejemplo, no tiene en cuenta la cuantía de los beneficios económico¹³.

Así, por ejemplo, un producto patentado puede haber sido de bajo costo de creación, pero aún tener un valor significativo debido a la enorme demanda del producto, independientemente del precio de venta. Por lo tanto, el enfoque del costo fracasa sobre la base de que no se consideran directamente los beneficios económicos que se disfrutarán.

En vista de estas limitaciones, el enfoque basado en los costos se utiliza principalmente cuando resulta dificultoso proyectar ganancias respecto de ese activo; no es el tipo de activo que puede transferirse fácilmente a un tercero separado de la organización en la que reside actualmente; o el activo se desarrolla para uso “interno” y no para su reventa.

b. Enfoque basado en los ingresos (*the income approach*)

En el enfoque de los ingresos, los activos se valoran con base en lo que ganarán en el futuro. Esto requiere estimaciones de: 1) las futuras corrientes de efectivo (tanto las entradas como las salidas), tanto en términos de cuantía como de calendario; 2) la vida económica y legal del activo; y 3) la tasa de descuento ajustada en función del riesgo que refleje el rendimiento requerido. Así pues, el enfoque tiene en cuenta factores como los ingresos brutos y netos, los beneficios brutos, los ingresos de explotación netos, los ingresos antes de impuestos, los ingresos netos y los ahorros de costos, etc.

Los flujos de caja proyectados son los ingresos futuros atribuibles al activo intangible. Es importante que el análisis refleje todos los costos directos e indirectos relacionados con el activo intangible en cuestión, incluidas las pérdidas de ventas de productos o servicios agrupados, los gastos generales incrementales, las inversiones necesarias y los posibles efectos de la competencia en la prima del precio o el ahorro de costos derivados del activo.¹⁴

La vida económica se refiere al período de tiempo durante el cual la PI podrá controlar el precio o la prima de costo. Usualmente, se encuentra limitada por la vida jurídica del activo, pero puede ser aún más corta. Por ejemplo, es común en el campo de la electrónica que la tecnología quede obsoleta en tan sólo 3 años, a

¹³ Gordon V. Smith, Russel L. Parr, op. cit., 166.

¹⁴ Gordon V. Smith, Russel L. Parr, p. 187-211.

menudo mucho antes de que expire la patente.

Por su parte, la tasa de descuento representa la tasa de rendimiento requerida para compensar el riesgo asociado con la inversión y para ajustar los flujos de efectivo futuros a su valor presente. En el caso de los activos de PI, las tasas de descuento suelen ser bastante más elevadas que el costo de capital de una empresa y deben considerarse más similares a los tipos de inversiones de capital de riesgo.

La fórmula para calcular el valor presente (PV) de flujos de fondos proyectados, también conocida como valor presente neto (VPN), se puede expresar de la siguiente manera:

$$PV=(1+r)^{-1}CF_1+(1+r)^{-2}CF_2+\dots+(1+r)^{-n}CF_n$$

Donde:

- PV es el valor presente de los flujos de fondos.
- CF_1, CF_2, \dots son los flujos de fondos netos proyectados para cada período.
- r es la tasa de descuento, que refleja el costo de oportunidad del dinero.

Para una patente de invención, los flujos de fondos proyectados pueden estar asociados con ingresos generados por la patente, como regalías o ganancias derivadas de su explotación comercial. La tasa de descuento (r) dependerá del riesgo asociado con la patente y puede incluir factores como la estabilidad de los flujos de ingresos, la competencia en el mercado y la vida útil esperada de la patente.

Es importante señalar que esta fórmula es una simplificación y puede requerir ajustes adicionales según las características específicas de la patente y el entorno comercial. Además, la proyección de flujos de fondos debe realizarse con cuidado, considerando factores como la incertidumbre en el mercado y los cambios tecnológicos que podrían afectar el valor de la patente en el futuro.

Como puede intuirse, su principal limitación es la dificultad de estimar los elementos que componen la fórmula. En este punto, existe un margen para la subjetividad en el análisis de estos elementos.

c. Enfoque basado en el mercado¹⁵

Según este enfoque, el valor de la propiedad intelectual puede determinarse de la ponderación de los precios de mercado en operaciones similares efectuadas por terceros independientes¹⁶. Ello proporciona un parámetro de valor concreto, de acuerdo con lo que surge de las transacciones efectuadas sobre activos similares al que se está valuando.

¹⁵ Revista de la OMPI, Ginebra, septiembre-octubre de 2003, p. 7.

¹⁶ Gordon V Smith, Russel L Parr, p. 178.

Este enfoque transaccional es atractivo porque es una medida directa del valor del activo intangible. Como tal, a menudo se considera como el método más fiable, cuando puede realizarse de manera creíble. De todas maneras, aunque se opte por otro método, los datos de las transacciones no pueden ignorarse nunca en un ejercicio de valoración. Deben incorporarse o rechazarse afirmativamente como parte del análisis, pero no omitirse.

La clave de este enfoque es garantizar la comparabilidad entre las pruebas externas y el activo en cuestión. Típicamente, hay dos pasos para una valoración de método transaccional: selección y ajustes. La selección consiste en un primer filtrado con el objetivo escoger las transacciones que sean comparables con el activo a ser valuado. Los ajustes se refieren a un cambio de algún factor explícito de la contratación. Todo ello implica una necesidad de acceso a información pertinente sobre el mercado disponible, lo cual representa su principal limitación.

Aun cuando falte información, es posible que sirva como medida de valor complementaria sobre otro método de valuación.

d. Enfoques basados en indicadores de valor no monetario¹⁷

Los métodos no monetarios proporcionan una guía de valor para un activo intangible a través de la observación y la puntuación de diferentes factores relacionados con el mismo. Estos factores o “indicadores de valor” pueden influir en el valor del activo de forma positiva o negativa.

En el caso de la PI, pueden incluir aspectos como los antecedentes jurídicos y de protección de la PI, el nivel tecnológico y de desarrollo, el estado del mercado, los factores financieros y las competencias de gestión de la organización que utilizará la PI. Otros tipos de indicadores pueden incluir información sobre el activo de PI obtenido a partir de documentos de patentes o marcas, como el número de citas y el número de derechos existentes en campos similares.

El resultado de la valoración será un análisis descriptivo o una puntuación útil para ayudar en la toma de decisiones y para comunicar la importancia del activo.

VII. Factores que impactan en la valuación de la PI

El valor de un activo de PI está basado en el derecho de su titular de excluir a terceros en el uso de ese activo. De esa manera, al poder excluir a los competidores de

¹⁷ Manco López O., Pérez-Ortega G., Lotero Botero J., Valoración de activos intangibles, aplicación en desarrollos de propiedad intelectual para la transferencia tecnológica, revista Saber, Ciencia y Libertad, Vol. 13, No. 2, Julio-Diciembre 2018, p. 114-129, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6770955.pdf>

su utilización, se puede generar una distinción o ventaja comparativa en el mercado.

Corresponde tener en cuenta algunas particularidades propias de cada activo. Así, por ejemplo, en las patentes de invención, la etapa de desarrollo es un factor clave a considerar. Por lo general, las patentes que no han entrado en el mercado o que se encuentran en la etapa de germinal se consideran mucho menos valiosas que las patentes que se han comercializado plenamente.¹⁸

Asimismo, si una patente ha sido puesta a prueba, es decir, ha sido impugnada y se confirmó su validez, puede incrementar su valor en tanto se refuerza su garantía de que cumple con todos los requisitos legales correspondientes. Otra cuestión relevante, es el país donde está registrada, dada la diferencia del estándar de patentabilidad entre algunas jurisdicciones.

Por su parte, las marcas tienen su propio conjunto de particularidades en lo que respecta a su valuación. En este aspecto, es importante tener en cuenta que la marca desempeña un papel importante para la empresa como activo clave en su desenvolvimiento comercial.¹⁹ La marca encuentra valor en su poder distintivo en un mercado que, sumado a una presencia activa, desarrolla una clientela. En ese sentido, la marca identifica una determinada calidad de servicio o mercancía, por lo que los clientes se sienten seguros al adquirir productos de marca.²⁰

16

Para definir su valor de la marca, no resulta necesario que se trate de un producto o servicio caro, sino que lo importante es su impacto social y económico, donde su precio es sólo uno de esos componentes, pero no uno determinante. En efecto, por ejemplo, la marca Coca-Cola tiene un valor de 73.100 millones de dólares, cuando el producto subyacente es de un valor inferior²¹.

En este punto, se debe entender que el valor de las marcas adquiridas en el curso de transacciones comerciales se da en función de muchos factores. Los ingresos asociados a dicha propiedad intelectual, así como el tipo de descuento pertinente, las hipótesis de vida útil, el tipo de canon aplicable, los márgenes de beneficio, los riesgos y las condiciones del mercado determinan los valores de las marcas, así como el resto de los activos. Pero también cabe analizar los niveles de ventas detrás de las marcas, el mercado, así como otros factores exógenos²².

¹⁸ Hamel, Heather, Valuing the Intangible: Mission Impossible? An Analysis of the Intellectual Property Valuation Process, *Cybaris*, Vol. 5, Iss., Article 9, 2014. Disponible en <https://open.mitchellhamline.edu/cybaris/vol5/iss1/9>

¹⁹ Debora Lacs Sichel, *The Value Of A Trademark*, *Global Challenges of Management Control and Reporting*, nro. 474, 2017.

²⁰ Debora Lacs Sichel (op. cit.).

²¹ McWilliams J.D., 2016, *Coca-Cola No. 3 on Most Valuable Brands Ranking*, <http://www.cocacola.com/company/coca-cola-untbottled/coca-cola-no-3-on-most-valuable-brands-ranking> (19.02.2017).

²² Torres F., 2007, *An Econometric Model of Trademark Values*, 82 Annual Conference of the Western Economics Association International, Western Economics Association, Seattle.

Todos los factores anteriores tienen un impacto decisivo a la hora de establecer el valor de la marca. Puede que no incida directamente en el activo físico del titular, sino en el plan elaborado por su dirección para publicitar el producto o el servicio. Hay dos factores externos que deben tenerse en cuenta. El primero es que el valor puede verse afectado negativamente por restricciones legales o políticas de una determinada actividad económica, que pueden socavar la explotación de una determinada marca. Un embargo económico, una crisis financiera y la consiguiente recesión pueden tener su influencia en el uso de determinados productos o servicios, con la consiguiente repercusión en el valor de una determinada marca, aunque el activo físico de su titular siga siendo el mismo. La segunda es consecuencia de la pérdida de poder distintivo. Esto último se da cuando la denominación marcaria se convierte en un término de uso común del producto o del servicio, lo que puede tener como consecuencia la pérdida de su registro, con impacto directo en su valor.²³

VIII. La valuación de PI en el contexto de procesos judiciales

En el derecho argentino, los presupuestos del deber de reparar son: daño, antijuridicidad, relación causal y factor de atribución. En ese sentido, podemos entender que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal, debe haber, necesariamente, un daño que justifique una condena a reparar.

En el derecho argentino no se estipula en las leyes de PI una pauta para la valuación del daño, a diferencia de otras legislaciones como la ley de marcas española (art. 43, Ley 17/2001, de 7 de diciembre). Por esa razón, se recurre a las regulaciones generales del derecho civil.

El monto de indemnización, principalmente, es determinado por las “daño emergente” y “lucro cesante”. Daño emergente que consiste en todos los costes de reparación derivados del incumplimiento o daño. El lucro cesante es un daño patrimonial que consiste en la ganancia que se ha dejado de obtener como consecuencia de un acto ilegal, el incumplimiento de un contrato o un daño ocasionado por un tercero.

Por regla general, el daño implica una carga probatoria que recae sobre la parte que alega haber sufrido un daño (v. arts. 1734 y 1736, Código Civil y Comercial de la Nación- argentino; y art. 377, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- argentino). No obstante, la prueba en esta materia puede ser en ocasiones de gran costo. También, sucede a menudo que la discusión se suele ubicar en el campo del nexo causal. Es decir, una vez comprobada, por ejemplo, una baja en las ventas de la víctima de la infracción a la PI, ello no resulta indudable que se haya dado en función de la infracción, sino que pudo haber tenido otra causa o concausa como una baja en la calidad del servicio o una cuestión estacional del mercado.

²³ Debora Lacs (op. cit.).

En este contexto, al menos la jurisprudencia argentina ha sostenido en un caso que “[l]a mera infracción a un derecho marcario [...] no es, de por sí, razón bastante para justificar un reclamo resarcitorio, pues se requiere para ello que, como consecuencia del ilícito, haya sido causado un daño, dado que este requisito es presupuesto de la responsabilidad²⁴”.

No obstante, en general se considera que a pesar de que no se haya comprobado fehacientemente un daño, existe una presunción de daño sufrido por el titular de la PI. En ese sentido, se viene sosteniendo que existe una notoria dificultad para probar la relación causal entre una infracción marcaria y los daños derivados de ella. Por eso, frente a la comprobación de un ilícito en la órbita de la propiedad intelectual, los tribunales se pronunciaron en el sentido de que la solución más valiosa es partir de una presunción de daño, a fin de que la conducta ilegítima no se beneficie con la impunidad por razón de las dificultades que se presentan en el orden de la prueba. En ese sentido, se estima recomendable observar una actitud de prudencia en la fijación del resarcimiento, desde que la indemnización debe cumplir su función específica y no significar un indebido beneficio.

Pero también, se aclara que si bien se parte de una presunción de daño –por la dificultad de prueba que se da en este campo del derecho- la falta de aporte de elementos indiciarios acerca del menoscabo patrimonial debería conducir a proceder con parquedad a la hora de determinar la indemnización. La jurisprudencia se ha orientado en el sentido de que las utilidades del infractor proporcionan una base indiciaria de los daños propios del afectado, esto es, una pauta de orientación prudencial para la fijación del resarcimiento²⁵.

A los fines de optar por una postura probatoria activa, es posible tener en consideración las siguientes cuestiones. Una de ellas es analizar el valor de mercado de la PI. Es posible que se encomiende a entidades periciales especializadas en la evaluación los derechos de PI, la valoración del daño sufrido por el propietario, y las repercusiones de la infracción en el valor de la PI en el mercado.

También, se podría verificar la disminución de las ventas. En este aspecto, los estados financieros auditados del demandante antes y después de la infracción pueden servir como referencia para evaluar los beneficios del propietario de la PI y determinar el daño derivado del lucro cesante. En estos aspectos, el tribunal deberá formarse una opinión acerca de qué proporción de las ventas del demandado habría realizado

²⁴ CNFed. Civ. y Com. III, Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. c. C., M. s/ cese de uso de marcas /daños y perjuicios, 11/02/2014.

²⁵ CNFed. Civ. y Com. II, El Trust Joyero Relojero S.A. c. Carvallo, Gustavo Sergio y otro s/cese de uso de marcas, daños y perjuicios, 06/10/2011; CNFed. Civ. y Com., Sala II, Scigliano, Víctor H. c/ Sasson, Esteban U., 13/04/2012; CNFed. Civ. y Com., Sala II, Club Atlético Boca Juniors Asociación Civil c/ Casa Isenbeck” 19/10/2010; CNFed. Civ. y Com., Sala I, “H.I. c/ Ditoys S.A.”, 16/08/2016, entre otros.

el demandante, restándole los costos adicionales que podría haber producido.²⁶

Se podrían incluir otras erogaciones como los gastos incurridos para la protección de la PI, como los honorarios de los letrados; gastos de publicidad y promoción incurridos por el demandante y aprovechados de manera ilícita por el demandado; e investigación y desarrollo.

Ahora bien, en los casos en los que no existe una derivación de ventas, podría alternativamente a la presunción que tiene tan arraigada la jurisprudencia argentina, proponerse un precio de regalías. Es decir, una suma de dinero que razonablemente podría haberse exigido para permitir su uso de manera legítima.

IX. Conclusiones y recomendaciones

En el trabajo, analizamos algunos puntos clave para que los profesionales del derecho se familiaricen con este tema desde el principio. Primero, destacamos la importancia del asunto, enfocándonos en la necesidad de tener una titularidad clara y una comprensión completa de los activos, ya que estos son fundamentales para el éxito financiero a largo plazo de una empresa.

En este sentido, resaltamos la importancia de analizar el tipo de activo que se va a valorar. Otro aspecto crucial en la gestión de activos es la elección de una metodología de valoración adecuada. Es esencial valorar los activos de manera correcta para tomar decisiones informadas. Por lo tanto, recomendamos no solo seleccionar una metodología que se adapte a las características específicas de los activos, sino también compararla con otros enfoques existentes. Esto ayudará a lograr una valoración más precisa, fortaleciendo así la estrategia financiera general.

En el ámbito de la valoración de la PI, la complejidad técnica y subjetividad involucrada requieren precaución adicional. Destacamos la importancia de buscar asesoramiento legal y técnico especializado, especialmente en situaciones de transacciones o controversias. Dado que la PI es un activo intangible, es crucial comprender sus particularidades legales. La asistencia de expertos en derecho contribuirá significativamente a evitar disputas futuras y garantizar valoraciones precisas y justas.

De esa manera, en el presente trabajo se pusieron de relieve las cuestiones técnicas más relevantes, remarcando la complejidad del tema e introduciendo nociones técnicas introductorias para los profesionales del derecho.

²⁶ Comité Asesor sobre ObservanciaOMPI, La cuantificación de los daños en los casos de infracción de la Propiedad Intelectual, Decimotercera sesión Ginebra, 3 a 5 de septiembre de 2018.

Referencias bibliográficas

- Debora Lacs Sichel, “The Value of a Trademark”, *Global Challenges of Management Control and Reporting*, 2017, nro. 474.
- Glenn DeSouza, “Royalty Methods for Intellectual Property”, *Business Economics*, 1997, vol. 32, n° 2, p. 46-52, disponible en <http://www.jstor.com/stable/23487798>.
- Hamel, Heather, “Valuing the Intangible: Mission Impossible? An Analysis of the Intellectual Property Valuation Process”, *Cybaris*, 2014, vol. 5, artículo 9, disponible en <https://open.mitchellhamline.edu/cybaris/vol5/iss1/9>.
- Manco López, O., Pérez-Ortega, G., y Lotero Botero, J., “Valoración de activos intangibles: aplicación en desarrollos de propiedad intelectual para la transferencia tecnológica”, *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 2018, vol. 13, n° 2, p. 114-129, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6770955.pdf>.
- McWilliams, J. D., “Coca-Cola No. 3 on Most Valuable Brands Ranking”, 2016, disponible en <http://www.cocacola.com/coca-cola-unbottled/coca-cola-no-3-on-most-valuable-brands-ranking> (19.02.2017).
- Municoy, M., *Actualidad en derecho industrial*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2007, RDCO 2007-223.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Revista de la OMPI”, 2003, Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, septiembre-octubre.
- Posner, R. A. y Landes, W. M., “The Economic Structure of Intellectual Property Law”, en *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 11-37.
- Rengifo García, Ernesto, *Valuación de Activos Intangibles de Propiedad Intelectual: Fundamentos y Nociones Jurídico Financieras y Contables*, Bogotá, Universidad del Externado, 2015.
- Russell L. Parr, *Intellectual Property Valuation, Exploitation, and Infringement Damages*, Hoboken, New Jersey, Wiley, 2018.
- Smith Gordon, V. y Russell L. Parr, *Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets*, New York, John Wiley & Sons, 1989.
- Torres, F., “An Econometric Model of Trademark Values”, en *82nd Annual Conference of the Western Economics Association International*, Seattle, 2007.

El señor monopresidente*

Raúl Gustavo Ferreyra**

*Se cree en el Señor Presidente o no se cree,
y en este último caso, el que osa, se convierte en réprobo.¹*
Miguel Ángel Asturias

Resumen

En esta ponencia se presenta la crítica figura del monopresidente, autoridad sobresaliente de los sistemas de gobierno en América del Sud. A ese servidor público se le atribuyen constitucionalmente una enorme variedad de competencias regladas para liderar y afrontar el proceso público de la gobernanza comunitaria. El ejercicio de la función presidencial requerirá de unidad, concentración y hegemonía para desempeñar las jefaturas y responsabilidades conferidas. Esa suma imponente de atribuciones desbarata una construcción dialéctica de la democracia. Así, el hiperpresidencialismo aumentado constituye un problema capital para una teoría general de la Constitución. El sesgo autoritario puede crecer y hasta degenerarse en una autocracia electiva, como se observó y se observa en la actualidad. El texto propone que una significativa, profunda y racional atenuación del modelo, por la vía de la reforma, alentaría la democracia participativa e inclusiva de toda la ciudadanía para el autogobierno.

Palabras clave: Monopresidente; Autoridad; América del Sud; Unidad; Hegemonía; Concentración; Democracia; Autocracia; Reforma

* Una versión de este texto fue presentada como "Ponencia" al XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 21 al 25 de octubre de 2024, Ciudad de México, "Eje temático: IV. Regímenes de gobierno y gobernabilidad democrática. 1. Sistemas presidenciales". La ciencia del Derecho, que se expresa por escrito, puede poseer aspiraciones de una forma de literatura. Así, desde una base literaria, el título de la ponencia se inspira en *El Señor Presidente* de Miguel Ángel Asturias, cuya edición príncipe es de 1946, Ciudad de México. Aquí se considera la publicada por Losada, Buenos Aires, 1995 [1948].

** Catedrático de Derecho constitucional, Facultad de Derecho (FD), Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Postdoctor en Derecho FD de la UBA (ORCID 0000-0001-5089-8136).

¹ Asturias, Miguel Ángel, "El Señor Presidente como mito", conferencia dictada en 1965 en la Facultad de Lenguas y Literaturas extranjeras de la Universidad Bocconi de Milán, disponible en https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/mundo-mgico-y-mundo-real---la-narrativa-de-miguel-ngel-asturias-0/html/01e5e59a-82b2-11df-acc7-002185ce6064_71.html#l_30_..

Abstract

This paper presents the critical figure of the mono president, the outstanding authority in South American systems of government. This public servant is constitutionally empowered with an enormous variety of regulated competencies to lead and face the public process of community governance. The exercise of the presidential function will require unity, concentration and hegemony to carry out the leadership and responsibilities conferred. This imposing sum of powers disrupts a dialectical construction of democracy. Thus, increased hyper-presidentialism constitutes a major problem for a general theory of the constitution. The authoritarian bias can grow and even degenerate into an elective autocracy, as was and is observed today. The text proposes that a significant, deep and rational attenuation of the model, through reform, would encourage participatory and inclusive democracy of the whole citizenry for self-government.

Keywords: Monopresident; Authority; South American Unity; Concentration Democracy; Autocracy Reform

I. Microtesis sobre la autoridad ejecutiva

La Constitución del Estado es pura creación del poder político constituyente. En la tercera década del siglo XXI, los Estados de América del Sud se ordenan por una “Constitución”² con pretensiones democráticas, que posee hasta cuatro piezas: composición, mecanismos, estructura, en el entorno de una sociedad abierta en la que se debería perseguir, alcanzar y desarrollar una paz social relativa³. En esa Escritura fundamental consta la “lengua”⁴ de la razón por la que se instituye la forma inicial del orden estatal, consistente en un sistema de reglas sobre todas las reglas del Derecho para la concreción de procesos públicos (división y control del poder⁵; gobernanza y estructuración democrática) en un determinado tiempo, espacio y comunidad de ciudadanos y ciudadanas. Si bien el poder del Estado es siempre único, se lo distingue en diversas ramas o funciones: un solo poder del Estado, varios departamentos o agencias.

En diez repúblicas sudamericanas su ciudadanía delega o deposita el desempeño constitucional de la función o rama ejecutiva en la unipersonalidad, más o menos estricta, más o menos caprichosa, de un presidente. En la “lengua” de las Constituciones se persigue un determinado estadio de justicia social, con diferentes estilos y profundidades. No hay poder constituyente que no auspicie el bienestar de la comunidad. Para decidir la autoridad ejecutiva se apela a una sola palabra: “presidente”. Así se lee en los artículos de las Escrituras fundamentales de Argentina (87), Bolivia (165), Brasil (76), Ecuador (141), Chile (24), Paraguay (226), Colombia (188), Venezuela (225), Uruguay (149) y Perú (110). Añadido como curiosidad que la primera de esas Leyes en el tiempo es la argentina de 1853, todavía vigente con sus reformas, y la última es la de Bolivia de 2009. El “ciudadano presidente” en un tiempo perpetuo.

La microtesis sostenida en este escrito, exclusivamente basada en un enfoque normativo, es la siguiente:

² Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

³ Remito a Ferreyra, Raúl Gustavo, *Bosquejo sobre la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2022. También en lengua portuguesa: *Esboço sobre a Constituição*, Rio de Janeiro, Núcleo Interamericano de Direitos Humanos-Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2023.

⁴ Valadés, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, Academia Mexicana de la Lengua-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

⁵ Entre la inabarcable literatura sobre división y control del poder, cito algunas referencias: Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979; Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992; De Vergottini, Giuseppe, *Diritto Costituzionale comparato*, quinta edizione, Padova, CEDAM, 1999; Bosch, Jorge Tristán, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de poderes*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1945; Bianchi, Alberto B., *La separación de poderes: Un estudio desde el Derecho comparado*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019; Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, IJ, 2000.

Las Constituciones sudamericanas se inclinan por el sistema de gobierno presidencialista. Así, se origina un nuevo animal político: el monopresidente. Este oficial principal del pueblo será elegido, en general, con base en sistemas mayoritarios de pura confrontación. Al resultar un ganador indiscutido, con arreglo a esa legitimación de origen, ejercerá un poder que aspirará a la hegemonía, desde que la unidad del cargo desecha el diálogo como fuente de energía. Esa concentración se logra porque las Constituciones le alzan, por regla, como jefe supremo del Estado, jefe del gobierno, comandante de las fuerzas armadas, responsable de la administración, colegislador y eventualmente “legislador”; incluso con potestades jurisdiccionales; todas atribuciones que le son adjudicadas sin sumisión a controles racionales y efectivos. En tanto en un futuro no se democraticen los poderes del monopresidente por la vía de reformas constitucionales, su sesgo predominantemente autoritario determinará la inestabilidad del sistema, su baja calidad y la falta de confianza que se aprecia, también por regla, durante el ejercicio de su mando.

24

Asumo las enormes diferencias que presenta el funcionamiento del sistema presidencial en cada uno de los países sudamericanos. Sin embargo, resulta posible anudar rasgos básicos y comunes del modelo regional: la búsqueda afanosa de una legitimidad de origen, enormes atribuciones con tintes absolutistas, ineffectividad o carencia de controles y, sobre todo, la única individualidad de un hombre en las jefaturas supremas del Estado y del Gobierno. En más de 200 años de historia constitucional no existe un solo país del subcontinente en el que la instalación, el desarrollo y la continuidad de la institución presidencial no hayan padecido alteraciones o quebrantamientos. Al carecer de ambiciones *iuscomparatistas* o similares, mi intención es concretar una singularidad de las angustias que se presentan a menudo, tanto desde las bases normativas como desde las furiosas experiencias fácticas. A partir de esa enunciación, acaso, acometer los trazos para una teoría general de la Constitución en América del Sud que cubra, en este caso, las desdichas ocasionadas por el uniforme sistema de gobierno adoptado por los países de la región.

En este artículo expreso razones sobre las propiedades de la figura de quien nos gobierna, una autoridad (que ejerce el mando ejecutivo, el presidente) en el ámbito de las autoridades. Nótese, en la inteligencia de la microtesis, que es preciso evaluar dos aspectos del presidencialismo: por un lado, la concentración de funciones en la persona del líder del proceso; por otro, la posible descalificación del modelo por el predominio que ejerce el presidente sobre los otros poderes constituidos y también sobre los “mecanismos de decisión política en el Estado”⁶. En las próximas

⁶ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI Editores, 2002, p. 220.

secciones desarrollo argumentos que justifican la problematización descrita. En el “Telón” me despidió con unas palabras conclusivas.

II. Elegir presidente

La regla sobre la distinción debería generar la esperanza de que “poder distinguido y distribuido” daría lugar a un “poder limitado”. La división podrá ser entre poderes constituyentes y poderes constituidos; desde luego, en el caso de estos últimos: su parcelación en agencias ejecutivas, legislativas y judiciales. Primero, John Locke en siglo XVII y, luego, David Hume y Montesquieu, respectivamente, en el siglo posterior, fueron quienes dictaron diversas ideaciones sobre una relativa partición para el ejercicio del poder. Evidentemente, la división de un determinado plan gubernativo en diferentes dominios, jurisdicciones y personas actuantes, podría hacer creer en la posibilidad de un gobierno sabio, certero y afortunado. Esa racionalización que induce a la desconcentración del ejercicio del poder siempre se debería imponer sobre aquella que implicase cualquier modelo de concentración. El autogobierno de una comunidad es un asunto de la ciudadanía, motivo por el cual una mayoría debería participar dentro del ámbito de sus razones prácticas y del orden establecido. La suma de la parte del poder que pertenece y autoriza a cada individuo resulta elemental para dar idea del poder político en una sociedad democrática. No hay otra explicación.

25

La teoría sobre una división del poder fue pensada doctrinariamente en Europa y concretada, en su faz normativa, con la fundación constitucional de los Estados Unidos de América en 1787. Una composición colectiva, pese a que no existió un plan original. Durante los siglos XIX a XXI, los textos constitucionales en América del Sud reflejan, en mayor o menor medida, la estructura de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, según la distinción en tres clásicas ramas gubernativas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Un reparto de competencias de cada uno de los poderes del Estado.

Muy posiblemente los estadounidenses necesitaban la invención de un presidente. ¿Cómo saberlo con rasgos objetivos más allá de la frágil intuición? La institución quizá haya funcionado en los Estados Unidos de América, donde la lucha entre sus clases sociales no fue de ninguna manera el criterio ordenador para orientar un destino a la comunidad. Sin embargo, el presidencialismo fuera de su tierra y de su comunidad ciudadana ha probado “ser básicamente un desastre”⁷.

En el proceso constituyente de Estados Unidos se desplazó a la potencia colonial. Su comunidad no sufrió ninguna alteración, porque mantuvo intacta la

⁷ Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 19.

estructura heredada del pasado colonial. La Constitución de Estados Unidos de 1787 se corresponde con una comunidad de clases hegemónicas bien establecidas con significativas exclusiones que no parecían inferirse de la “Declaración” del 4 de julio de 1776: esclavos, afroamericanos, mujeres, pobres, indigentes e indios. Los postulados ideados en el origen del Estado no hicieron peligrar esta estratificación, cuya construcción era bastante sólida. Los padres fundadores de los Estados Unidos organizaron un nuevo Estado, aunque fueron “gente muy temerosa de una distribución igualitaria de la propiedad”⁸, situación que se ha mantenido sin atenuaciones.

En el caso de América del Sud, la creación del cargo presidencial no posee cualidades semejantes. En nuestros países casi no se discutió, con profundidad, sobre otra alternativa para una anatomía del poder Ejecutivo, como sí se hizo en Filadelfia en 1787. Al independizarse, nuestros países quedaban librados –acaso– al caudillismo, al personalismo, al hecho de que un líder prometiese, con magia o providencia santísima, que él y sólo él penetraría y llevaría a las aguas del bienestar a la comunidad ciudadana. Una circunstancia no favorecida por la notable extensión de la región, con su territorio de casi 18.000.000 de kilómetros cuadrados, apenas alterados desde aquellos lejanos momentos constituyentes fundacionales.

26 En América del Sud no existe ni existió una distribución justa ni racional de los bienes yacientes o de los bienes que están a punto de crearse –o que pudiesen serlo algún día–. Asimismo, la inequidad es la fuente de sus sistemas tributarios perversamente regresivos. Por lo tanto, una ha sido la lucha por la independencia política y el entierro del colonialismo; y otra, la lucha por la construcción del tipo de un Estado constitucional y con sesgo democrático. Sin embargo, en el ámbito económico, financiero y negocial, la posición geográfica del subcontinente y sus riquezas naturales hicieron que se lo convirtiese en un granero a campo abierto, en el que sus ríos, cielos, subsuelos, riquezas marítimas y montañas también han sido objeto de expoliación constante, ruinosa y perversa para los sudamericanos.

Dentro de ese marco, sin dudas, resultaría sencillo echar la culpa al presidencialismo. El sistema, por su propia arquitectura jurídico-constituyente, no ha servido ni podría servir para construir bases racionales de un diálogo. Desde tal comprensión, quizá, dentro de 100 años causará extrañeza leer que la ciudadanía en el 2024 disponía conferir a una sola persona la posibilidad de ejercer una energía hegemónica, que se basa en la más pura confrontación: el poder presidencial. También sospecho que será motivo de asombro la revelación de que por entonces un solo individuo, un humano natural, ejercía el mando personal y ejecutivo, sin interés, rencor y, sobre todo, exento del error individual.

En toda República el dominio debería pertenecer a todos los ciudadanos y

⁸ Zinn, Howard, *Nadie es neutral en un tren en marcha: Historia personal de nuestro tiempo*, Guipúzcoa, Hiru, 2001, p. 10.

ciudadanas. Ellos son los únicos e insustituibles sujetos que han de determinar un orden con el compromiso de leal y riguroso acatamiento. Con naturalidad, se puede advertir la incongruencia de que la actuación constitucional se atribuya a un solo ciudadano, el presidente, un hombre unido y sumergido en la soledad de su propia persona.

El presidente estadounidense dispone de un poder hegemónico, pero bastante controlado por el Congreso y los jueces. En cambio, en América del Sud, el “príncipe”, mientras dure su gestión, dispondrá de un poder hegemónico con un haz de atribuciones, quizá superior al estadounidense, de acuerdo a la nomenclatura constitucional, pero los controles no serán semejantes, ni –en caso de serlo– eficientes, debido a sus dificultades para la puesta en marcha o su pésima concepción jurídica.

Por aquello de que nada proviene de la nada, la forma de elección del presidente instituye una cuestión relevante, determinante y paradigmática del sistema de gobierno modelado. Así, la utilización de sistemas mayoritarios, que cuentan además con una segunda ronda electoral, buscan el encuentro de un líder que gozará de un amplio respaldo ciudadano. Un solo líder. Una sola persona, acaso un verdadero y singular campeón de la lid política. El colectivo comunitario se reduce a una persona: el monopresidente.

De ese modo, se cree que ese “príncipe republicano” recibirá la unción de la ciudadanía por un camino directo. La mayoría obtenida en la elección y la fuente ciudadana directa convencerán y harán decir al líder presidencial escogido que su gobernación habrá de conjugar la historia, el presente y el pasado. Todo el proceso público –afirmará– empieza con él, incluso el pasado invencible y el futuro inescrutable. El líder domina el tiempo como ninguna inteligencia humana ha resuelto hasta el día de su elección, porque él y solo él propondrá “un liderazgo de duración indefinida”⁹. Las inclinaciones e ideas del nuevo “príncipe republicano” son dueñas de una originalidad superior a todo lo conocido hasta entonces. Sus electores, simpatizantes o aduladores, confiarán en el liderazgo prometido.

Toda elección de un presidente celebrará, además, un experimento curioso. Durante la campaña un candidato presentará su carta para el bienestar comunitario; los otros, también. Con diferentes argucias y falacias, se acusarán sobre el pasado remoto o el presente imperfecto. Llegado el momento de un balotaje, el candidato que triunfe será alentado por una mayoría de ciudadanos creyentes, cuya exigencia constitucional reside frecuentemente en la mitad más uno del cuerpo electoral, excepto en la Argentina, donde existe la posibilidad de que las leyes de la aritmética no rijan tanto porque el presidente puede ser elegido con una mayoría del 40%¹⁰. Favorecido por el electorado, el líder será quien podrá realizar, ahora y para siempre,

⁹ Cassagne, Juan Carlos, “Populismo y Estado populista”, Discurso Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 16/4/2024, inédito, cedido gentilmente por su autor.

¹⁰ Art. 98 de la Constitución federal.

el bien común anhelado y tan postergado... Porque con él comienza el tiempo.

Una vez electo, para el presidente jamás existirá un tiempo perdido en sus francos deseos reeleccionistas. En los países de América del Sud, una de sus misiones –quizá hasta la más relevante de su propio gobierno del Estado– quedará encajada en su carrera por la reelección inmediata¹¹. Así, empleará todo el aparato del Estado, incluso el coactivo –y no sólo sus recursos–, para cumplir el objetivo de la reelección, porque, en caso de no conseguirlo en la mitad de su período o antes, las fuerzas políticas siempre buscarán, por intermedio del enfrentamiento, un sucesor en demérito de las atribuciones del actual. La consigna parece ser: reelección o abismo.

Se argüirá que una presidencia nunca es suficiente, porque los “cambios” que se proyectan requieren de una segunda. El presidencialismo, al descansar en el combate permanente, le presenta a su insigne titular la necesidad de pelear para que su poder político, un “concepto fundamental”¹² en la configuración anatómica de sus atribuciones, no disminuya. El tiempo no debería alterar su poder. En México, por ejemplo, la reelección presidencial es un fruto prohibido por su Constitución, desde el 5/2/1917, en su artículo 83. Con sabiduría, en el 2015 en Colombia se ha dispuesto, en el artículo 197 de su Ley fundamental, una prohibición de reelección del presidente con claros ribetes de naturaleza eterna; una suerte de impedimento para perpetuarse en la presidencia ejecutiva del gobierno.

28

III. Unidad, hegemonía y ejercicio del poder. ¿Democratización?

La unidad de la autoridad del poder presidencial define al sistema de gobierno. Su jefatura suprema, sin interdicciones, decide los propósitos del proceso constitucional que quedará liderado por el presidente. Presidente es y será sinónimo de unidad en el ejercicio constitucional de la autoridad en nombre del Estado y de su pueblo. Un director absoluto con severos indicadores despóticos. Esa unidad presidencial, que se eleva a semejante altura, no debería disponer de espacio para comprender las debilidades o problemas que tienen los seres humanos que integran la sociedad.

En el sistema gobernado por un presidente, se debe descubrir una energía vital

¹¹ En la Opinión consultiva número 28, pronunciada el 7/6/2021, solicitada por la República de Colombia, los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mayoría, decidieron que “la reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la CADH ni por el *corpus iuris* del DIDH”. Asimismo, determinaron que “la prohibición de la reelección indefinida es compatible con la CADH, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (DADH) y la Carta Democrática Interamericana”. Finalmente, sostuvieron “que la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ello, a las obligaciones establecidas en la CADH y la DADH”. La OC 28/21 significa un gran aporte en la lucha contra la autocracia presidencialista, una perversidad del sistema de gobierno generalizada en América del Sud.

¹² Russell, Bertrand, *Power. A New Social Analysis*, London, Allen & Unwin, 1948, p. 10.

y suprema. Puede conjeturarse que, al imaginarse el modelo, sus creadores se hayan representado esa unidad y concentración de las competencias ejecutivas. También se puede intuir que, al crearse la institución presidencial en 1787, se creyó conveniente que la autoridad de una sola persona facilitaría las decisiones gubernativas de naturaleza ejecutiva. Sin complacencia: no existía otro modelo para inspirarse; la invención fue total.

Dentro de ese perímetro queda la idea de que la “unidad tiende a la energía”¹³. Así, pues, por simple derivación, se distinguirá, en otros servidores o funcionarios públicos, un mero rol secundario, siempre fuera de la escena, como consejeros o cualquier modalidad que adopte un sujeto influyente, pero sin dominio de los hechos, ni emergente de una representación popular directa. La búsqueda de un “buen gobierno”¹⁴, eficaz y seguro, sin dudas, animó la comprensión ensayada respecto de la unidad de la energía del poder presidencial.

Una denuncia del poder hegemónico del presidente implica que la política constitucional, precisamente, cobra cuerpo en tanto se conjuguen nuevos idearios que, asentados en la crítica al presente estado de situación, también expongan con suficiente racionalidad los cambios proyectados. Eso aquí se hace o se intenta hacer. Por supuesto que tendría originalidad plantear que la denunciada presidencia como institución monocrática debería ser “abolida”¹⁵ y reemplazada por otro modelo plural para la función ejecutiva. Hay razones para pensar un mañana en el que exista deliberación, solidaridad, ilustración y, sobre todo, ciudadanos comprometidos pluralmente, que impidan un apoderamiento individual del poder del Estado.

Las competencias presidenciales son innumerables. Por eso se le confiere una importantísima cantidad de atribuciones, que se concentrarán, con hegemonía suficiente, en la unidad de su persona. Dichas facultades, en la mayoría de los casos, son explicitadas en las Leyes fundamentales. Dado que el poder es la energía fundamental en el Estado constitucional, las competencias del presidente deben responder, al menos, a dos acciones clave, de naturaleza asimétrica. Por un lado, se lo inviste para ejecutar activamente una política y, por otro, también se lo inviste para impedir reactivamente una política de los opositores. En el presidencialismo, las oposiciones no deberían cotizar. Los poderes del presidente se encaminan para lograr un nuevo estado de cosas constitucionales o para inhibir o rechazar el cambio de un estado de cosas propugnado, en general, por otros congresistas o por jueces abiertos y proclives –con o sin autorización– a la judicialización desmedida de la política, que piensan que los tribunales –y no las urnas– son la puntada inicial de

¹³ Ver Hamilton, Alexander, “LXX”, 18/3/1788, en Madison, James *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 298.

¹⁴ *Ibidem*, p. 297.

¹⁵ Lockwood, Henry, *The Abolition of the Presidency*, New York, Worthington, 1884, p. 302.

cualquier solución comunitaria. Los poderes presidenciales, sean estimulantes o de recalcitrante rechazo, pueden ser utilizados para el progreso o el atraso de las condiciones de vida en la comunidad ciudadana.

Así, el presidente puede participar de la legislación ordinaria como colegislador, ya sea porque envía iniciativas al Congreso o porque promulga las leyes o porque, eventualmente, ejerce un veto parcial o total sobre el producto del Congreso. Al presidente y su equipo se le atribuye la administración del Estado, en principio, pues, la “ejecución del Derecho”¹⁶. Así, la tarea reglamentaria resulta clave en la actividad del presidente. Sin embargo, con motivo de las “emergencias infinitas” que azotan a nuestros países, a los presidentes también se les atribuyen poderes legislativos que incluyen la posibilidad de dictar decretos con fuerza de ley o que el Congreso les delegue la potestad legislativa. Quizá el antecedente más remoto de este flagelo se encuentre en la Ley fundamental de Prusia de 1850¹⁷.

La mayoría de los Estados sudamericanos contienen en sus Escrituras fundamentales reglas para solventar los estados de excepción, cuya regularidad hace que la normalidad institucional se torne excepcional y la emergencia, normal y cotidiana: un mundo irracional y al revés. La autorización legislativa a los presidentes, por vía constitucional, para emitir decretos con fuerza de ley¹⁸ o para que se le delegue la facultad de legislar constituye un peligro, cuyos daños patrimoniales y simbólicos son incalculables. La regulación jurídica de las extraordinarias situaciones de emergencia debería solventarse de manera colegiada y con activa y principal participación del Congreso, con la especialidad de sus comisiones y una convocatoria a la ciudadanía; no del presidente, porque él debe ejecutar, no reglar.

Además, esas autorizaciones exclusivas que suele otorgar el Congreso al presidente para reglar incurren en una enorme contradicción jurídica, porque la ciudadanía, por la vía de la delegación, depositó el poder de legislar en el Congreso, razón por la cual resulta inentendible que este órgano, a su vez, haga una delegación o autorización al príncipe para legislar. En otras palabras, delegar un poder delegado comporta una violación a la soberanía del pueblo, la fuente de todo el poder.

Con estas habilitaciones queda indefinida la frontera entre la administración y la legislación y, así indiferenciada, la división del poder. Se da más poder al presidente. El presidente elegido para ejecutar el Derecho también participa del “hecho de su

¹⁶ Merkl, Adolf, *Teoría general del Derecho administrativo*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018, p. 40.

¹⁷ “Cuando así lo exija la seguridad pública, o lo crítico de las circunstancias, podrán expedirse decretos que tendrán fuerza de ley, si no se oponen a la Constitución, y que deberán ser presentados a las Cámaras en la reunión siguiente, si a la sazón no se hallasen reunidas”.

¹⁸ En la República Argentina el actual presidente se ha arrogado, por ejemplo, la suma del poder público en violación de la división de poderes y del sistema democrático; ver Ferreyra, Raúl Gustavo, “Tentativa para destruir la Constitución”, en *Palabras del Derecho*: <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/4949/Tentativa-para-destruir-la-Constitucion>

producción”, obviamente sin ninguna dialéctica más que consigo mismo, o con el cuerpo de colaboradores elegidos por él.

Pero esto no es todo. El presidente también puede emitir proyectos sobre la reforma constitucional. Además, administra y gestiona el Estado y sus negocios con su voluntad suprema de ciudadano elegido. No hace falta recordar que maneja y presupuesta los recursos con celebrada discreción del Estado, imagina el gasto público y por eso determina las cuentas públicas de las restantes ramas del gobierno. Nombra a todos sus colaboradores y puede decidir su remoción, sin otro espejo que su propia responsabilidad. Representa al Estado en lo interno y en sus relaciones internacionales. En la Argentina, además, ejerce la jurisdicción administrativa. En Colombia representa la “unidad nacional”. También el presidente puede convocar al Congreso. Por si no fuera suficiente, lidera el proceso constitucional y es el actor principal del proceso político. En los países federales, en receso del Congreso, órgano al que en general no puede disolver¹⁹, pero sí vapulear institucionalmente, podría disponer la intervención de los poderes de los entes federados.

El presidente considera el presupuesto del Estado y planea sus ingresos y sus gastos, por lo general, mediante una ley que debe ser aprobada por el Congreso cada año. También administra el Tesoro del Estado, que delega en el jefe supremo la negociación de las deudas públicas de los países, atribuciones exclusivas del Congreso. Naturalmente, el presidente no ha de decidir cuánto deben gastar el Congreso y el poder judicial, respectivamente. Ninguno de estos órganos posee competencia constitucional para recaudar, ni bolsa para juntar, ni poder coactivo directo para afrontar sus gastos. Los poderes legislativos y judiciales, en las esferas de sus competencias, deben operar con autonomía para la planificación presupuestaria. No hace falta decir que, si el presidente decidiese una restricción o una limitación de sus gastos, su capacidad operativa atravesaría serios aprietos institucionales. Por consiguiente, en el presidencialismo el desarrollo del presupuesto y la ejecución del gasto tienen una dinámica capital.

En suma, al instituirse en una sola persona esa enormidad de atribuciones estatales, como expongo en la microtesis, ha nacido un nuevo instituto constitucional, adjudicado y ejercido por una sola persona: el “monopresidente”. Su configuración produce una rareza. Si el “monopresidente” puede desplegar sus competencias, funciona la danza

¹⁹ Una excepción a esa regla emana del art. 148 de la Constitución de Ecuador, donde determina que el presidente puede disolver la Asamblea, en las condiciones y alcances allí detallados, que incluyen el fenecimiento de su propio mandato. En la institución vulgarmente apodada “muerte cruzada”, se acrecientan los poderes presidenciales porque, llegado el caso, él mismo es el sujeto que decreta el fin de la función legislativa otorgada por la ciudadanía a la Asamblea y gobierna con “decretos leyes”. El “no va más” queda decidido por el monopresidente, incluso sobre su propio encargo constitucional. En Venezuela, este rasgo es totalmente autocrático, dado que el presidente puede disolver la Asamblea (art. 236, inc. 21) sin declinación de su mandato.

presidencial; en esa escena arrasará, con toda su energía suprema, contra cualquier otra autoridad constituida, en especial, legisladores y jueces. Bastante semejanza a un monarca, un “rey”²⁰, sujeto que podía concentrar con venerable absolutismo todo el poder del Estado. Si las políticas públicas del presidente no pueden avanzar, no habrá danza. Quedará a la intemperie y, por lo general, con una ciudadanía expectante por la precariedad, la demolición o la caída de la institucionalidad.

La democracia, que es un método de construcción permanente de las razones del Estado, debe reposar en el pluralismo. No es infalible. Para ella la Constitución es un presupuesto, porque sin Derecho no hay democracia plural. Así, en determinado sentido, todos deberían sostener la idea del auditorio plural; de lo contrario, se debilitaría o pulverizaría la propia idea democrática. Su pluralismo político debe cobijar todas las opciones en su interior y a la luz del día, incluso las posturas neutrales. La búsqueda de un ganador, que ejerza como presidente, no favorece ni a quienes no lo apoyaron ni a los neutrales. Quien gane la elección tendrá la tentación de conducir al país como lo aconsejan las convicciones de su mismidad. La gobernabilidad queda en un duro trance.

Para gobernar, el presidente requiere de mayorías extendidas. Si las posee, construirá hegemonía suficiente; si no, tendrá una debilidad que puede ser extrema. He evitado, a propósito, analizar la mixtura de sistemas mayoritarios para elegir presidente y sistemas de representación proporcional para elegir un fragmento o todos los miembros del Congreso. La combinación de los sistemas no fortalece la unidad del poder presidencial; tampoco la optimización de su gesta. Bastaría pensar, por de pronto, que en el único país del mundo en el que el presidencialismo funciona con determinada eficiencia (EE. UU.), no hay combinación de los modelos electorales: todo es resultado de la aplicación de un sistema electoral de sesgo mayoritario para la composición del Ejecutivo y la composición del Congreso. Congresistas elegidos por sistemas proporcionales y Ejecutivo por la vía del sistema mayoritario es una invención sudamericana.

En una democracia constitucional, la coexistencia de diferentes puntos de vista propiciaría un debate, la búsqueda de consensos y de cambios. Un fundamento epistémico insoslayable. No obstante, el presidencialismo es ajeno al diálogo, porque –repito– su autoridad se encuentra sólo preparada para disputar. Un presidente que intenta el diálogo abre la puerta del fracaso tan temido. Lector: ¿usted recuerda que alguna vez un presidente sudamericano haya invitado a la oposición, con seriedad, para tender puentes o pactos sustentables al fortalecimiento del diálogo institucional?

El presidencialismo es la máxima institucionalización del poder unido y regido en una sola persona. El hecho de ser “jefe supremo de la Nación”, como prescribe

²⁰ Proudhon, Pierre-Joseph, “Que la Présidence, c’est la Monarchie”, en *Melanges. Articles de Journaux (1848-1852)*, Premier Volume, Paris, Librairie Internationale, 1868 [1848], pp. 160-164.

la Constitución federal de Argentina en su artículo 99.1, puede conducir a ese singular “ciudadano” a ser o sentirse más poderoso que los ciudadanos; quienes, mientras tanto, no se unirían en deliberación sincera para ejercer el poder que les corresponde por natural derecho propio y soberano. No debería ser tolerable que una autoridad ejercida en nombre de un poder estatal flotase por encima de los ciudadanos²¹, porque la democracia es orden de la igualdad. Sin embargo, la Escritura fundamental de Argentina no incentiva la idea divisoria, dado que la jaquea con un “jefe supremo” entre todas las autoridades constitucionales.

Repárese, asimismo, en el hecho de que un sistema presidencialista, por las razones esgrimidas, comporta un aparato de dominación complejo en escenarios de concentración de la riqueza en pocas personas o empresas, como sucede en nuestros países. Aquellos que se juzguen poderosos, por el manejo y control de la producción, los negocios y las finanzas en gran escala y jerarquía, pueden sentir la irresistible tentación para dominar, conjuntamente, el escenario político. En este siglo, en varios Estados sudamericanos, miembros de esos poderes capitalistas decidieron ejercer el poder presidencial de manera directa; en todos los casos, se produjo un colapso o atenuación de la regulación estatal. A un electorado se le puede sabotear con campañas fraudulentas y que inhiban la adopción de decisiones racionales²². Esas campañas, que requerirán altísimos costos económicos, sólo pueden ser emprendidas por la banca, los negocios o cualquier agrupación constituida por individuos poderosos que deseen manipular el resultado de las elecciones ciudadanas.

33

La manipulación electoral no es una mera hipótesis de laboratorio. Sin embargo, presenta diferencias si se practica en un sistema parlamentario o en un sistema presidencial. En el parlamentarismo, la elección no asegura, por completo, la conducción del sistema, dado que la cooperación es un recaudo de su naturaleza. En el presidencialismo, pese a que implique un costo muy alto, en caso de triunfar, con abstracción de la manipulación, se podría aguardar la conducción del proceso político.

La necesaria hegemonía del poder presidencial es una consecuencia relevante de su poder unitario. La inestabilidad de las presidencias siempre conlleva la inestabilidad, más o menos cruenta, del propio modelo. Hasta se podría sostener que existe una física del poder del presidente; así, en caso de cumplirse sus determinaciones hegemónicas, siempre con suficiente autocracia, el modelo danzará, incluso en escenarios movedizos. Si, en cambio, su poder es inestable, dicha cualidad se transmitirá sin solución de continuidad al modelo. La cancelación de la función y del sistema de gobierno no será una cuestión especulativa. El final coral de la 9ª Sinfonía de Beethoven que se escuchó el día de la elección será reemplazado por el Réquiem de Mozart.

²¹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM IIJ, 2003, p. 198.

²² Nercesian, Inés, *Presidentes empresarios y Estados capturados: América Latina en el siglo XXI*, Buenos Aires, Teseo, 2020, p. 27.

En este escenario, no es de extrañar que el sistema presidencialista sea un incentivo para la corrupción. El presidente resulta vulnerable, porque todo su poder se encuentra concentrado y carece de inserción en el Congreso. En su carrera se conjugan diferentes elementos negativos: su inquebrantable libre albedrío, la burocracia, la obsecuencia de funcionarios, la ausencia y adversidad de resultados, la falta de colaboración de la oposición. Los caminos indicados conducirán a un fiasco de su gestión. Incluso, una vez terminado su período de gobierno, será habitual que se inicien en su contra causas judiciales –con fundamentos o sin ellos– para determinar su responsabilidad por actos presuntamente ilícitos.

El presidente también posee poderes de influencia política que corren en paralelo a sus atribuciones constitucionales. Estos poderes no reglados cobran entidad porque el presidente es una de las personas más notables de la sociedad. En virtud de que no se trata de poderes reglados, no resulta factible un tratamiento puntual, ante la ausencia de evidencia normativa. Pese a ello, en más de dos siglos de práctica del presidencialismo, la escasa influencia del presidente sobre el Congreso marca, por lo general, un estancamiento o una parálisis de la actividad política. Contrariamente, el ejercicio de atribuciones presidenciales eminentes tiende al abuso e indica una crisis en la separación de los poderes constitucionales.

34

Basta analizar qué ocurre, por ejemplo, con la influencia del Ejecutivo sobre los servicios de comunicación audiovisual, una situación no reglada en la Ley fundamental. Al inventarse la presidencia en el siglo XVIII, sólo existía la prensa escrita. Hoy el discurso de los presidentes puede ser divulgado y transmitido, al instante y a cualquier lugar del mundo, por fuentes orales, escritas o audiovisuales, en diversos tipos de soportes. El abuso de la oficina del presidente en el manejo de los servicios de “comunicación”²³ insinúa una frustración de la democracia, porque devalúa el derecho a la comunicación: un bien colectivo y fundamental de la comunidad. Además, en los últimos años, determinadas autoridades presidenciales deciden abandonar la pauta publicitaria del Estado en medios de comunicación porque han criticado su gestión.

El ejercicio abusivo del presidente sobre los medios de comunicación hace que colapse cualquier posibilidad de deliberación genuina en el auditorio ciudadano. De la misma manera que un presidente podría abusar del derecho a la comunicación, una hegemonía en la propiedad de los medios podría volcarse, con semejante naturaleza, contra las políticas presidencialistas. Los sistemas de gobierno, incluido el presidencialismo, observan una notable reducción del “peso y la esencialidad de los partidos políticos”²⁴, una espinosa circunstancia que determina y obliga a estos últimos a transformarse y adecuarse a los influjos de la “video-política”. La

²³ La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, en su art. 220, inc. 5°, dispone que los medios de comunicación social no pueden ser objeto de monopolio u oligopolio.

²⁴ Sartori, Giovanni, *Homo videns: La sociedad teledirigida*, Buenos Aires, Taurus, 2000, p. 110.

nueva plaza pública de un presidente son los medios de comunicación y las redes sociales; las ágoras multitudinarias y en asambleas abiertas parecieran una rémora de un pasado que no volverá.

Es imposible agotar la lista de poderes reglados e influencias sin reglas del presidente. Debe remarcar que el presidente debe cumplir con su tarea individual de representación del Estado propio y ante cada uno de los miembros que conforman la constelación de Estados del mundo. También ejerce la representación estatal en el ámbito de organizaciones supraestatales como la ONU, la OEA, la UNESCO, etcétera. En los mencionados ámbitos, el presidente debería cultivar las relaciones exteriores de su Estado, porque resulta ser el encargado constitucionalmente elegido para cumplir la misión con lealtad, respeto y vocación de paz. Ningún presidente, por ejemplo, debería estrechar relaciones con países que comprometiesen la paz interior de su propia comunidad. O manifestar, en su recorrido internacional, sugerencias que contradigan el Derecho de su propio país y que consten en la Escritura fundamental.

Los argumentos expuestos sostienen la imperiosa necesidad de democratizar el sistema de gobierno presidencial. Ciertamente, el modelo reviste alguna utilidad para afrontar momentos de zozobra. Sin embargo, el monopolio que instituye espanta toda alternativa para igualar a los ciudadanos en una sociedad abierta. El liderazgo del presidente resulta, en muchísimas oportunidades, antidemocrático, porque debilita la posición del Congreso o se caracteriza por una emanación de órdenes sin consulta ni invitación para la toma de decisiones²⁵. Hay un único protocolo para cambiar el presidencialismo: el propio proceso de reforma constitucional instaurado en la Escritura fundamental de cada uno de los países de América del Sud.

35

Para mejorar el sistema se debería promover una discusión racional. El modelo revela notable incapacidad para asegurar la estabilidad del orden constituyente y fomentar el diálogo en una democracia cuya naturaleza participativa surge desde el mismo instante en que se trata del autogobierno de la comunidad.

La propuesta democratizadora de los sumos poderes debería posarse en el diseño de mecanismos para conjurar los abusos o desvíos autoritarios de la autoridad del presidente. Así, se podría bosquejar un menú para aquietar, aliviar o corregir la naturaleza dominante del presidencialismo. Una vez abierta la discusión, se podría pensar en colegiatura del órgano y asignarle una naturaleza plural de individuos, o en la nominación de un primer ministro con acuerdo congresual. También se podría sumar el anclaje en el Congreso de todos los ministros, o en otras posibles formas de fusión que provengan de la experiencia del sistema de gobierno parlamentario. Obviamente, se deberían eliminar las habilitaciones para que el presidente pueda convertirse en legislador o asumir cualquier método para legislar: una vez autorizado el monopresidente para legislar sobre la vida, la libertad, la fortuna de

²⁵ Bunge, Mario, "El presidencialismo, un verdadero cáncer", *La Nación*, 21/7/2009.

toda la ciudadanía y los bienes del Estado, todo quedará sometido al absolutismo omnímodo de una sola persona. En el tipo de Estado constitucional con sesgo democrático deben ser eliminadas –o reducidas a su mínima expresión– cualquier vía que autorice o habilite el despotismo. Precisamente, la república, la casa de toda una ciudadanía, fue pensada para enterrar cualquier forma de absolutismo. También debería repensarse la tarea jurisdiccional por la que se habilita al presidente.

El sesgo democrático que propone el presidencialismo no es robusto. Puede aumentar la gobernabilidad. Sin embargo, cuando ella se reduce, suele caer en pendiente el sistema de gobierno. Además, en el sistema presidencial, su inestabilidad siempre impactará en la línea de flotación del modelo y provocará la crisis del hundimiento. Por eso mismo, resulta de una falsedad absoluta la afirmación de que el presidencialismo constituya un modelo erguido para navegar en medio de tempestades institucionales. Es suficiente revisar el funcionamiento del modelo en la región durante los últimos cuarenta años. Se impone una sentencia contraria.

América del Sud posee más de dos siglos de experimentos presidencialistas. No se han presentado otros desarrollos. Con evidencia palmaria se comprueba que una supremacía del poder Ejecutivo no ha logrado –y no logra– apaciguar la vulnerabilidad y exclusión social. ¿El presidente no es un monarca elegido, valga el contrasentido, con veleidades de un director o déspota con poderes hegemónicos?

36

IV. Telón

Las comunidades de ciudadanos, al elegir presidente, ungen a un funcionario para ejercer la autoridad suprema ejecutiva. Será un monólogo y a discreción del escogido. La persona elegida, como ninguna otra en la historia de la humanidad, deberá poseer un razonamiento equilibrado, ponderado y racional las 24 horas de cada uno de los días que marque su tránsito en el servicio público. Merced a la experiencia de más de 200.000 años, no hay animal racional que posea tal virtud y juicio divino. Quizá, en el futuro, la inteligencia artificial asegure otros medios, alternativas o posibilidades.

En el presidencialismo, su titular, el “monopresidente”, será –o tratará de ser– un director absoluto y regio del proceso constitucional, gracias a un elenco notabilísimo de atribuciones regladas, a las que se adicionarán las no regladas, propias de su posición en el orden estatal. Él tendrá influencia y autoridad mientras dure la energía de su poder supremo. El Congreso no podrá desbancarlo, no habrá voto de confianza parlamentario y el juicio político para la destitución del “príncipe” constituirá una cuestión más cercana a la heurística constituyente que a la realidad efectiva, porque requerirá de mayorías congresuales extraordinarias para su impulso y concreción, con excepción de las experiencias suscitadas, especialmente, en Brasil.

Un monopresidente siempre ha de proponer la tormenta infinita de la confrontación política. Si su atormentada gestión alcanza el éxito, se produce un desconsuelo en el

adversario. Si la autoridad fracasa, no hay que ser mago para conocer los resultados desastrosos; en el momento de la caída o debilitamiento total del monopresidente se podrá recordar el monólogo final de Próspero: “Ya mis hechizos los dejé de lado... Hacedme libre con vuestra indulgencia”. (William Shakespeare, *La tempestad*).

El cargo de presidente será inoculado con la institución de sus poderes ejecutivos inherentes, aunque también disfrutará de poderes de naturaleza legislativa y hasta jurisdiccional. Esa naturaleza unitaria es la que inhibe e impide cualquier intento de racionalización. La individualidad de las atribuciones del “príncipe republicano” denota la inmediata necesidad que reclama la “democratización del poder presidencial”²⁶. Ello podría suceder, quizá, con un gobierno de gabinete de ministros que tuviese personalidad, iniciativa, anclaje congresual y responsabilidades propias²⁷. También, con la colegiatura de la institución ejecutivo-presidencial, y conferirle una naturaleza plural, al estilo de la Constitución de Uruguay de 1952. Cualquier cambio requerirá de una enmienda o reforma constitucional en los países elegidos. Una destacada complacencia con el sistema de gobierno presidencialista se sitúa, quizá, en la propia raíz de confrontación, litigio y ausencia de neutralidad, que se amontonan en las cualidades del modelo estudiado.

El instrumento “Ley fundamental”, con sus tipos de reglas, alienta diversas clases de “procesos públicos”²⁸: división y control del poder; gobernanza y estructuración democrática. La idea de proceso público implica el movimiento de la conducta humana y su intersubjetividad. Los procesos públicos, autorizados por la Constitución, con su modo de accionar o de obrar siempre guiado por la razón suprema, deben conducir al desarrollo y al progreso de los existentes en la Ley fundamental. La separación del poder, la determinación de las autoridades, el establecimiento de los derechos, la búsqueda de acuerdos estables y duraderos son proposiciones para alcanzar un grado importante de justicia social y de paz comunitaria.

Nuestros presidencialismos en América del Sud, afincados en sus fundamentos constitucionales normativos y en los testimonios emanados de la fuerza normativa de lo fáctico, han degenerado en sistemas gubernativos, ni tan divisorios del poder, ni por tanto tan equilibrados ni controlados. El presidente puede traspasar los límites sugeridos por el Derecho y, razonablemente, no hay efectividad en su contención, a tiempo, por los otros poderes. Así, un ideal de gobierno limitado se distorsiona todavía más como hace con habitualidad el hiperpresidencialismo y desciende al

²⁶ Valadés, Diego, *El gobierno de gabinete*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni, 2008, p. 123.

²⁷ *Ibidem*, p. 124.

²⁸ Para Peter Häberle, la interpretación de la Constitución como proceso público significa, en parte, “programa” y, en parte, también “realidad” y “actualidad” de los realizadores de toda sociedad abierta, con independencia del hecho de que dispongan o no de jurisdicción constitucional. V. Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 102.

fangoso terreno de la “autocracia electiva”²⁹, alimentada de un cuerpo electoral que brega denodadamente entre la ingenuidad, la ignorancia y la esperanza. Hay elecciones en las que la ciudadanía es, fatalmente, espectadora, como sucedió, sólo para dar algunos ejemplos, en Venezuela desde el 2012 (sin igualdad de armas), en el Perú (1990-2000), en Brasil entre 2019 y 2022, en la Argentina desde diciembre del 2023. Con esto quiero decir que sólo atina a sufragar y elegir jefe supremo, el señor monopresidente, de quien por supuesto esperará, sin fundamentos, que tenga la lucidez, la estabilidad emocional, la preparación intelectual y la sensibilidad social para decidir todos los días que dure su mandato por “todos nosotros”. Amén.

Referencias bibliográficas

Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

Bianchi, Alberto B., *La separación de poderes: Un estudio desde el Derecho comparado*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2019.

Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

Bosch, Jorge Tristán, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de poderes*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1945.

Bovero, Michelangelo, “Autocracia electiva”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 21, n.º 1, junio de 2023.

Bunge, Mario, “El presidencialismo, un verdadero cáncer”, *La Nación*, 21/7/2009.

Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI Editores, 2002.

Cassagne, Juan Carlos, “Populismo y Estado populista”, Discurso Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 16/4/2024, inédito, cedido gentilmente por su autor.

Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2013.

Hamilton, Alexander, “LXX”, 18/3/1788, en Madison, James *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

²⁹ Bovero, Michelangelo, “Autocracia electiva”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 21, n.º 1, junio de 2023, p. 18.

- Lockwood, Henry, *The Abolition of the Presidency*, New York, Worthington, 1884.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979.
- Merkel, Adolf, *Teoría general del Derecho administrativo*, Santiago de Chile, Olejnik, 2018.
- Nercesian, Inés, *Presidentes empresarios y Estados capturados: América Latina en el siglo xxi*, Buenos Aires, Teseo, 2020.
- Proudhon, Pierre-Joseph, “Que la Présidence, c’est la Monarchie”, en *Melanges. Articles de Journaux (1848-1852)*, Premier Volume, Paris, Librairie Internationale, 1868 [1848].
- Russell, Bertrand, *Power: A New Social Analysis*, London, Allen & Unwin, 1948.
- Salgado Pesantes, Hernán, *El sistema presidencial en América Latina*, Quito, CEP, 2017.
- Sartori, Giovanni, *Homo videns: La sociedad teledirigida*, Buenos Aires, Taurus, 2000.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992.
- Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, IIJ, 2000.
- Valadés, Diego, *El gobierno de gabinete*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- Valadés, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, Academia Mexicana de la Lengua-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- Zinn, Howard, *Nadie es neutral en un tren en marcha: Historia personal de nuestro tiempo*, Guipúzcoa, Hiru, 2001.

El principio de autonomía desde una mirada relacional. Implicancias en los debates jurídicos*

Romina Faerman*

Resumen

En este trabajo se abordan las críticas al principio de autonomía personal que se siguen de las teorías feministas, como así también la reconceptualización que desde estas perspectivas se propone. A su vez, se analizan sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el objetivo de reflexionar sobre el potencial de la mirada relacional de la autonomía para un análisis más complejo de los casos concretos.

Palabras claves: Autonomía personal - teorías feministas - mirada relacional

Abstract

This paper addresses criticisms of the principle of personal autonomy stemming from feminist theories, as well as the reconceptualization proposed from these perspectives. Additionally, it analyzes rulings of the Supreme Court of Justice with the aim of reflecting on the potential of a relational view of autonomy for a more complex analysis of concrete cases.

Keywords: Personal autonomy - feminist theories - relational perspective

* Este trabajo forma parte de la investigación que realizo en el marco del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tiene como fuentes, entre otras, la compilación que Agustina Ramón Michel y Mercedes Cavallo realizaron de diversos textos feministas sobre la autonomía personal en el libro "Autonomía y Feminismo", Editorial Didot, 2022. Aquí recojo muchas de las ideas expresadas por las autoras en dicha obra, para mostrar su relevancia sobre los debates jurídicos en nuestro contexto.

** Abogada y Máster en Derecho de la Universidad de Palermo.

I. Introducción

Existen diversas formas de aproximarse al principio de autonomía personal, en particular, a las problemáticas vinculadas a la determinación de su alcance y su contenido. A pesar de las discusiones sobre la delimitación de este concepto, es posible advertir una coincidencia en el punto de partida: el reconocimiento de la centralidad de este principio en los debates morales, políticos y jurídicos.

Su importancia no es meramente teórica. La autonomía personal protege la capacidad de las personas para tomar decisiones sobre sus vidas y sus ideales, por tanto, la precisión de su alcance tiene un impacto directo sobre ellas al delimitar el ámbito de intervención estatal que podría considerarse justificado frente a las conductas que se siguen de dichas decisiones.

Dada la centralidad de este principio, la autonomía ha sido fuente de críticas y aportes específicos desde diversos marcos teóricos. En particular, los feminismos se enfocan en la forma en que las teorías clásicas sobre este principio omiten o no abordan adecuadamente problemáticas vinculadas con las desigualdades por razones de género que se vinculan con su concreto ejercicio.

Dentro del universo de posiciones al respecto, algunas de las teorías feministas formulan grandes aportes al concepto de autonomía a partir de una reconstrucción de sus requisitos clásicos, desde una mirada contextual y relacional. De este modo, proponen una revisión de condiciones como la independencia, al considerar que la autonomía no se garantiza cuando las personas son “dejadas a solas”.

De este modo, la mirada relacional de la autonomía sugiere un análisis más complejo destinado a entender la posición de la persona en la sociedad a la hora de tomar decisiones. En función de ello, se enfoca en los diversos factores que pueden afectar la distribución desigual de las condiciones de autonomía, y la forma en que las personas se ven a sí mismas como posibles beneficiarias de las oportunidades sociales.

En este trabajo me propongo examinar algunas de las críticas al principio de autonomía personal que se siguen de las teorías feministas, así como también la reconceptualización que desde estas perspectivas se propone, con énfasis en la mostrar su importancia en el debate jurídico. Para ello, analizaré dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, a mi modo de ver, invitan a reflexionar sobre el potencial de esta mirada para abordaje más complejo de los casos concretos.

II. El principio de autonomía personal desde los feminismos

La persona autónoma, según Joseph Raz, es aquella que es autora de su vida. En este sentido, este autor expresa que la idea rectora subyacente en la autonomía ...es que las personas deben hacer sus propias vidas. La persona autónoma es un autor (parcial) de su propia vida. El ideal de la autonomía personal es la

persona que controla, en cierto grado, su propio destino, dirigiéndolo mediante decisiones sucesivas a través de su vida.¹

Como sostiene Aida Kemelmajer de Carlucci, la autonomía consiste en la capacidad de “[...] poder hacer, poder protagonizar, asumir sus decisiones de vida”². En este sentido, la centralidad del principio de autonomía en el debate moral, político y jurídico radica, entre otras cuestiones, en los valores que protege. La autonomía resguarda la posibilidad de las personas de tomar decisiones para sus vidas y de elegir los modelos de virtud personal que consideren adecuados conforme sus propios ideales.

Así, valora la capacidad de actuar de acuerdo con las normas y principios libremente elegidos e implica, como expresa Carlos Nino, el respeto por la búsqueda individual de lo que da valor o sentido a la vida, sin interferencia del Estado o de otras personas³. Una persona autónoma, según Nelly Minyersky, debe poder deliberar sobre sus propios objetivos personales, y tomar decisiones en función de ellos, de forma libre y sin ningún tipo de coacción externa⁴.

Silvina Álvarez Medina advierte que la importancia de este principio no se relaciona sólo con lo que protege sino también con aquello que rechaza, entre otras cuestiones, al oponerse a los modelos de dominación y condenar la imposición de principios y normas de conducta⁵.

Dada la centralidad de este principio para los debates morales, políticos y jurídicos, se trata de un concepto que ha sido fuente de numerosas discusiones sobre su alcance y contenido. En particular, las teorías feministas realizan objeciones y aportes centrales para su reconceptualización. En relación a las primeras, Agustina Ramón Michel afirma que estas corrientes cuestionan la atomicidad que supone este concepto; advierten la falta de consideración de la experiencia de las mujeres; discuten la centralidad de la racionalidad que deja fuera a las emociones; señalan la falta de deferencia a las consecuencias de la socialización; y se oponen a la mirada

¹ Raz, Joseph, “Autonomy, Toleration, and the Harm Principle”, Ruth Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1987. Traducido al español en Raz, Joseph, “Autonomía, Tolerancia y principio de daño”, Chile, *Revista de Estudios Públicos*, 76, primavera 1999, p. 93.

² Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Dignidad y Autonomía progresiva de los niños”, *Derechos del paciente*, Buenos Aires, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2010, pp. 128-129.

³ Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª edición ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1989.

⁴ Minyersky, Nelly, “Derechos reproductivos y bioética. El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo”, *Pensar en derecho*, n 14, Buenos Aires, 2019, pp. 9-37.

⁵ Álvarez, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, España, Derecho y Justicia, 2018.

dicotómica entre la autonomía y lo colectivo⁶.

Entre dichas discusiones, se objeta que la autonomía toma a las personas como aisladas e independientes y, en virtud de ello, limita las exigencias a deberes de no intromisión, es decir, supone que las personas son autónomas cuando son “dejadas a solas”.

Las teorías feministas se han ocupado de mostrar cómo fallan las nociones de autonomía que siguen dicha posición. En este sentido, Jennifer Nedelsky formula objeciones a la noción de derecho y su relación con el principio de autonomía personal⁷. Así, Nedelsky analiza la forma en que la tradición constitucional estadounidense protege el derecho de propiedad en tanto entiende que ha servido como un poderoso símbolo para tomar a los derechos como límites al poder del gobierno sobre los ciudadanos y las ciudadanas⁸.

Sostiene que la noción de “derechos” que funciona como “límites” a un “gobierno” involucra un conjunto complejo de abstracciones y enlaces metafóricos tomados como de sentido común. La idea de las delimitaciones, según la autora, está basada en una individualidad separada y orientada al levantamiento de paredes de protección, tanto literal como simbólicamente. Afirma al respecto que “[l]a forma más clara de expresar este sentido común quizás sea a través del dicho ‘un gobierno no puede tomar aquello que es mío’ o, puesto de modo más elegante, ‘el hogar de un hombre es su castillo’”⁹.

44

Nedelsky resalta las tensiones que desde el origen de su protección se generaron en torno al derecho de propiedad. En este sentido, afirma que su resguardo estaba vinculado al entendimiento de este derecho como un símbolo que implicaba tener control sobre la propia vida, poder expresarse y protegerse de otras personas. De este modo, se establecía una conexión entre la libertad y la seguridad, al constituir un derecho que funciona como “escudo” contra la injerencia del colectivo¹⁰.

Según su mirada, el problema desde sus orígenes consistió en no advertir que la protección de los derechos de “los pocos propietarios” en contra de las demandas de

⁶ Ramón Michel, Agustina, “Reconstruções da autonomia pessoal” (Reconstrucciones de la autonomía personal) en Eva Alterman Blay, Lúcia Mercês de Avelar e Patrícia Duarte Rangel (comp.) *Genero e feminismos: Argentina, Brasil e Chile em transformação*, San Pablo, Editora Da Universidade de São Paulo, 2019.

⁷ Nedelsky, Jennifer, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

⁸ Nedelsky, Jennifer, “Law, Boundaries, and the Bounded Self”, *Representations* n. 30, University of California Press, 1990. Traducido y publicado en *Autonomía y feminismos*, Cavallo, Mercedes y Ramón Michel, Agustina (comp.), Ciudad de Buenos Aires, Ediciones Didot, 2022.

⁹ *Ibíd.*, p. 81. Cito acá —y en algunas citas posteriores también— el término original en masculino para no desvirtuar el sentido que, a mi modo de ver, está reflejado en las expresiones emitidas por la autora.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 87.

la mayoría, no es igual a la protección de las personas frente a la posibilidad latente de una opresión colectiva. Se enfocaron en resguardar a “los pocos de los muchos” y no a la persona del colectivo del que forma parte. Bajo estas ideas, afirma que “[...] la propiedad aparece como una preocupación lógica para individualidades separadas/apartadas, proveyendo de la codiciada ilusión de seguridad a través del poder, la dominación y la aislación”¹¹.

En función de ello, Nedelsky cuestiona la noción de derechos —fundada en la propiedad privada— por proteger la individualidad separada/apartada de las personas con privilegios, permitiéndoles de ese modo mantener acorralada a la otredad amenazante. En este sentido, afirma que

...[t]ememos ser [‘personas invadidas’, ‘apoderadas por’], no solamente por amenazas, sino demandas —las abrumadoras demandas de [aquellas] con dolor y hambre a nuestro alrededor. Nos amurallamos de sus ruegos —la mayoría del tiempo genuinamente no los escuchamos, a pesar de que ‘sabemos’ que están ahí— al convencernos de que estamos ‘dentro de nuestro derecho’, derechos que definen nuestras obligaciones, como también nuestros privilegios, y ello en tanto no hayamos violado el derecho de nadie, no tiene nada de malo nuestra rutinaria falta de respuesta¹².

Nedelsky considera que la noción de derechos como límites, la primacía de ciertos derechos y la tensión entre democracia y derechos individuales planteada de esta forma “[...] no sólo tiene un oscuro respaldo en la desigualdad, sino que descansa sobre una concepción equivocada [de la persona]; una concepción capturada, amplificadas y arraigada por su asociación con la propiedad”¹³.

Relaciona de manera directa el análisis de la noción de derechos con la forma en que la teoría clásica concibe la autonomía personal, cuya protección, desde esta mirada, supone crear una muralla alrededor de la persona. En este sentido, afirma que la idea de propiedad implica un símbolo ideal para esta noción de autonomía aportando las paredes necesarias, tanto literal como figurativamente. En virtud de ello, en el extremo de esta posición, “el hombre más perfectamente autónomo es aquel más perfectamente aislado”¹⁴.

Estas objeciones a algunas nociones sobre la autonomía constituyen un punto de partida en la reconstrucción de un concepto cuya trascendencia para los debates en general, y la resolución de conflictos jurídicos en particular, resulta indiscutible.

¹¹ *Ibíd.*, p. 116.

¹² *Ibíd.*, p. 121.

¹³ *Ibíd.*, p. 90.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 90.

III. Aportes desde las teorías feministas al concepto de autonomía personal

Las distintas teorías feministas brindan respuestas alternativas —e incluso incompatibles entre sí— sobre el impacto de la desigualdad por razones de género sobre la autonomía de las mujeres. Existen posiciones que niegan la existencia de autonomía en estos contextos, otras la aceptan de manera parcial o sobre algunos dominios y teorías que analizan su gradualidad según la presencia de diversas condiciones esenciales.¹⁵

Dentro de este universo, algunas sostienen que la autonomía de las mujeres en estos contextos es posible y, a partir de ello, incluyen en el análisis las dimensiones contextuales vinculadas a la desigualdad de género. Estas corrientes se enfocan en visibilizar los obstáculos que afectan especialmente la autonomía de las mujeres, así como también proponen una nueva conceptualización de este principio a través de una mirada concreta y situada de las personas y sus decisiones.

En este sentido, la principal crítica de las teorías feministas a la noción clásica de independencia refiere al desconocimiento del marco relacional en el que se inscribe la persona. Según Agustina Ramón Michel, la independencia desde la mirada clásica —basada en la separación de influencias— implica exaltación de una concepción individualista de la autonomía bajo el costo de negar las relaciones. Según la autora, al desdeñar las relaciones, se ha olvidado que estas relaciones son importantes para la construcción y desarrollo de la autonomía¹⁶.

Sin perder la centralidad como condición para la autonomía, la independencia puede ser resignificada a partir de perspectivas diferentes como las que se siguen desde las teorías feministas. En este sentido, Silvina Álvarez Medina entiende que la independencia desde una mirada relacional no refiere sólo a la capacidad para distanciarse del entorno sino también a la posibilidad de integrar este entorno en las decisiones¹⁷.

La autora explica que la independencia se vincula con la ausencia de condicionamientos externos que puedan influir en la voluntad de la persona. De

¹⁵ Para profundizar sobre las diversas teorías sobre autonomía relacional, remito, a modo de ejemplo, al libro compilado por Mackenzie, Catriona y Natalie Stoljar (eds.), *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford University Press, 2000, y a los artículos que clasifican las diversas teorías feministas sobre la autonomía personal como el de Natalie Stoljar, publicado en Stoljar, Natalie, *Feminist Perspectives on Autonomy*. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2013, y el de Ramón Michel, Agustina, “Reconstruções da autonomia pessoal” (Reconstrucciones de la autonomía personal) en Eva Alterman Blay, Lúcia Mercês de Avelar e Patrícia Duarte Rangel (comp.) *Genero e feminismos: Argentina, Brasil e Chile em transformação*, San Pablo, Editora Da Universidade de São Paulo, 2019, entre otros.

¹⁶ Ramón Michel, Agustina, “Reconstruções da autonomia pessoal”, op. cit.

¹⁷ Álvarez, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, op. cit.

este modo, se trata de una condición dual en tanto se enfoca en el entorno y el tipo de relaciones en las que las personas interactúan, así como también sus aptitudes para distanciarse de influjos ajenos, de condicionamientos externos, de deseos y preferencias que no son suyas.

Desde esta mirada, Álvarez Medina afirma que la independencia toma en cuenta el contexto y las relaciones en que se circunscribe la persona. El marco de referencia que puede condicionar el contenido de las decisiones está dado tanto por las características físicas de las personas —su sexo, color de piel, etnia, etc.— como por los significados sociales que se les atribuye. La independencia, entonces, incluye la capacidad de la persona para reflexionar sobre sí misma, el entorno y las otras personas, así como también la aptitud para tomar distancia respecto del entorno de las relaciones y el significado dado.

En este sentido, la autora sostiene que es difícil pensar en decisiones que no estén en absoluto condicionadas, pero afirma que la noción de independencia no exige eso sino que establece como requisito que la persona sea capaz de someter los factores externos a evaluación y pueda constituirse en la instancia última de decisión consciente. Según la autora, esta explicación de la condición de independencia, en contra de lo que sugiere la concepción clásica de la autonomía, encierra una importante dimensión relacional. Así, “[s]er independiente no es apartarse o aislarse de [las demás personas], sino más bien lo contrario: tomar en consideración el entramado de relaciones en el que nos desarrollamos para poder posicionarnos, definirnos y decidir cuál es nuestra propia disposición en ese marco”¹⁸.

Para Jenifer Nedelsky la autonomía no es posible en el aislamiento sino en las relaciones. Por ello, lo que resulta central preguntarse es qué estructura de relaciones promueve, en lugar de menoscabar, la autonomía¹⁹. Ahora bien, la autora aclara que “[e]l propósito de enfocarse en la centralidad de las relaciones no es valorar las relaciones como tales, ni asumir que las relaciones existentes merecen ser preservadas. Al contrario, es precisamente distinguir entre las estructuras de relación que fomentan la autonomía y las que la socavan.”²⁰

Ahora bien, enfatizar en la importancia de las relaciones no implica el desconocimiento de la individualidad. Tal como afirma Agustina Ramón Michel, la mayoría de las concepciones relacionales de la autonomía toman a las personas en el contexto de las relaciones en tanto constituyen una parte importante de ellas mismas, pero a la vez las entienden como distintas unas de otras, cada una con sus particularidades, con su singularidad. Por ello, según la autora, la mirada relacional

¹⁸ *Ibíd.*, p. 45.

¹⁹ Nedelsky, Jennifer, “Law, Boundaries, and the Bounded Self”, *op. cit.*

²⁰ Nedelsky, Jennifer, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, *op. cit.*, pp. 122-123. Traducción propia.

de la autonomía no supone someter a una persona a un colectivo —la familia, la comunidad, la nación, entre otros— sino afirmar que la autonomía se despliega dentro de esas relaciones²¹.

De este modo, incluso cuando la condición de independencia —que se vincula con el contexto en el que las personas toman sus decisiones— resulta central en las teorías clásicas sobre la autonomía, la mirada de las teorías feministas sobre ella es diferente: lejos de negar las relaciones, pone énfasis en la forma en que estas pueden interactuar con la autonomía de las personas.

4. La autonomía relacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el sistema de apoyos para el ejercicio de la maternidad

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve un caso central sobre el ejercicio de la maternidad de una mujer con discapacidad psicosocial.²² En lo que refiere a los hechos relevantes, según se relata el dictamen emitido por la Procuradora Fiscal Subrogante, C.M.I es una persona con discapacidad que fue separada de su hijo apenas nació. Según los antecedentes del caso, el niño fue institucionalizado inmediatamente después de que obtuvo el alta en el hospital.

48

Al respecto, es importante señalar que la acción judicial en la que se discute su aptitud para ejercer la maternidad se inició, según surge de la causa, a partir de un informe social que se llevó adelante en otro expediente judicial de “insania” de la hermana de C.M.I, quien también es una persona con una discapacidad psicosocial —según los relatos de los hechos de la sentencia, se trata de una persona con “retraso madurativo”—. Es en estas circunstancias en las que se toma conocimiento del nacimiento de su hijo.

Durante el trámite del proceso el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires informó que no contaba con hogares que permitieran el alojamiento conjunto de la madre con su hijo. En efecto, la Dirección de la Niñez local, organismo administrativo competente sobre esta materia, ofreció una alternativa que no resultaba adecuada dado que se trataba de un espacio destinado a mujeres en situación de vulnerabilidad que no ofrecía condiciones aptas de alojamiento para una madre con discapacidad y su hijo. La ausencia de respuesta estatal impidió —por varias razones— la vinculación de la madre con su hijo.

²¹ Ramón Michel, Agustina, “Reconstruções da autonomia pessoal”, op. cit.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 339:795, caso “I., J. M. s/ Protección Especial”, sentencia del 07 de junio de 2016. La decisión está integrada por el voto conjunto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, el Dr. Juan Carlos Maqueda y la Dra. Elena I. Highton de Nolasco. El Tribunal comparte y remite por razón de brevedad al dictamen emitido por la Dra. Irma Adriana García Netto, en su carácter de Procuradora Fiscal Subrogante, de fecha 4 de mayo de 2016.

A pesar de ello, se intimó a C.M.I. a presentar un proyecto de vida concreto sobre su hijo J.M. y, como no pudo hacerlo —téngase en cuenta el relato de los hechos que evidencian los obstáculos que contaba para ello— se resuelve decretar el estado de abandono y adaptabilidad del niño.

Del relato de los hechos del caso surge que la acción judicial no se inicia en virtud de algún cuestionamiento vinculado a la crianza del niño. Por el contrario, su hijo fue derivado a hogar directamente al ser dado de alta del servicio de Neonatología luego de su nacimiento, sin haberle permitido en ningún momento la convivencia con su madre. A su vez, C.M.I. tuvo un segundo hijo que siempre ha estado a su cuidado y del que no existe planteo alguno que indique que deba ser apartado de su madre o que ella y su entorno familiar no cumplan adecuadamente con su crianza.

Además, la madre y el abuelo manifestaron su deseo de que el niño viva con ellos y comparta su hogar con su hermano y sus tíos. En efecto, en la resolución se destaca que, al momento de dictarse la sentencia, mediaba un dispositivo de sostén y apoyo familiar e institucional que permitía la convivencia del niño con su madre y que, por el contrario, la separación del vínculo materno tendría consecuencias importantes en su vida futura, particularmente, a la luz de la “[...] dilatada institucionalización y de las rupturas frecuentes y prolongadas con las personas con las que se vincula.”²³

La Corte Suprema de Justicia de la Nación —que comparte y remite a las consideraciones emitidas por la Procuradora Fiscal Subrogante— resuelve el reintegro de J.M.I. a su madre, con un proceso previo de adaptación, la implementación de medidas apropiadas y un monitoreo a cargo del organismo de aplicación. Entre las razones centrales que fundamentan esta decisión, tuvo presente la participación de C.M.I. en el proceso perseverando en la voluntad de recuperar a su hijo.

Si bien en el caso no se cita expresamente el artículo 19 de la Constitución Nacional que reconoce el principio de autonomía personal, sí se menciona este principio dentro de los contenidos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este sentido, el Máximo Tribunal señala que los organismos internacionales de derechos humanos establecen tres estándares rectores para el caso: i) la prestación de servicios de apoyo indispensables para incrementar el nivel de autonomía en la vida cotidiana y el ejercicio de los derechos; ii) la adaptación de esos servicios a las necesidades específicas de cada persona, así como la consideración de esas necesidades como base principal para la adopción de las decisiones; y iii) el derecho a soportes especiales para el ejercicio de la responsabilidad maternal o parental.

En la sentencia se advierte, a su vez, que el Estado debe cumplir estas obligaciones con medidas activas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia

²³ Punto V del dictamen de la Procuradora Fiscal Subrogante, que comparte y al que adhiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

de la Nación -al remitir al dictamen de la Procuración- entiende que:

...[l]a existencia de necesidades de estímulo y contención no puede constituir por sí, un argumento válido para despojar a una persona con retraso madurativo de la oportunidad ejercer plenamente sus derechos fundamentales. Antes bien, es la presencia de esas necesidades la que impele al sistema universal de derechos humanos para imponer a la autoridad pública la carga positiva de apoyos y ajustes razonables.²⁴

De este modo, este antecedente constituye un ejemplo de la forma en que la autonomía puede ser fortalecida a través de los sistemas de apoyos en casos de personas con discapacidad. En efecto, tal como se advierte en la sentencia, la existencia de una red constituye un elemento relevante para el ejercicio de la maternidad en este caso. Ello implica, en términos de autonomía relacional, que ese marco relacional facilita a la mujer con discapacidad psicosocial llevar adelante su plan de vida, esto es, convivir con su hijo y encargarse de su cuidado.

Ahora bien, la resolución no se limita a señalar que en este caso la red de apoyo está presente, sino que además el Máximo Tribunal establece obligaciones precisas para el Estado. Dispone que no es posible afirmar que la persona no puede ejercer la maternidad y promover el bienestar y desarrollo del niño “[...] sin antes haber diseñado un sistema de apoyos ajustados al caso y haber verificado su fracaso o la imposibilidad de su puesta en práctica [...]”²⁵ En función de ello, afirma que el Estado “[...] no está habilitado para acudir [al mecanismo de la adopción] sin haber intentado efectivamente la prestación de servicios de apoyo y ajustes adecuados a las características del problema.”²⁶

De este modo, los deberes estatales que surgen de dicha resolución son tanto positivos y negativos. Los primeros imponen al Estado la obligación de diseñar los sistemas de apoyo adecuados al caso, a la vez que exigen un deber específico de corroborar que estos efectivamente funcionen. En términos negativos, la sentencia establece que el Estado tiene el deber de no recurrir a la adopción hasta haberse verificado que estos procesos sean imposibles o haya fracaso.

En consecuencia, la sentencia es un ejemplo que evidencia la relevancia de las relaciones para el ejercicio de la autonomía. A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se limita a reflejar la forma en la que el contexto relacional puede favorecer las opciones de las personas sino que establece obligaciones al Estado para que estas condiciones de autonomía se encuentren garantizadas.

²⁴ Punto V del dictamen de la Procuradora Fiscal Subrogante, que comparte y al que adhiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²⁵ Punto V del dictamen de la Procuradora Fiscal Subrogante, que comparte y al que adhiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²⁶ Punto V del dictamen de la Procuradora Fiscal Subrogante, que comparte y al que adhiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5. La agencia y sus dimensiones colectivas

Kathryn Abrams desarrolla el concepto de agencia a partir de un análisis de las dimensiones colectivas de la autonomía²⁷. Desde este enfoque, examina la noción de autonomía parcial, utilizando un ejemplo para mostrar que una persona puede tener espacios diferenciados de autonomía. Describe a una madre y esposa cristiana fundamentalista que no es capaz de acceder a esas partes de sí misma que le podrían haber permitido oponerse a su socialización en la niñez, pero puede contar con los elementos de voluntad para afirmarse, por ejemplo, frente a una maestra de la escuela pública que proponga enseñarles a sus hijos e hijas teorías de la evolución en lugar de la creación.²⁸

Esta mirada sobre la autonomía parcial, según Abrams, constituye una concepción alternativa que, por un lado, dignifica a las personas que la ejercen incluso parcialmente y, por otra parte, permite afirmar que quien hoy es parcialmente autónoma retiene el potencial para una “autonomía (más) completa” para mañana²⁹. Sin perjuicio de ello, esta visión de la autonomía, a su modo de ver, no resulta suficiente en tanto omite incluir debidamente el contexto del poder diferencial en el que opera la socialización de las personas.

En función de ello, propone el término “agencia” para reconocer —entre otras cuestiones— el contexto de relaciones de poder desiguales que da carácter colectivo a muchas de las formas en que la autonomía se manifiesta. De este modo, Abrams resalta que la socialización puede operar no sólo sobre las personas, sino también sobre éstas como miembros de un grupo. A partir de esta mirada, explora las dimensiones de auto-definición y auto-dirección, elementos constitutivos de la autonomía, desde una mirada colectiva.

La agencia como autodefinition refiere a la determinación de cómo una persona se concibe a sí misma. Estas auto-concepciones, según la autora, son moldeadas socialmente. En este aspecto, el concepto de agencia pone énfasis en la dimensión política del proceso de reconocimiento y reflexión sobre la influencia que las normas sociales tienen sobre las personas. En este sentido, Abrams advierte el doble impacto de estas normas. Por un lado, tienen consecuencias sobre las mujeres en tanto hacen que sea más difícil para ellas desarrollar las autoconcepciones positivas que les

²⁷ Abrams, Kathryn, “From Autonomy to Agency: Feminist Perspectives on Self Direction”, en *William and Mary Law Review* (40), 1999. Traducido y publicado en *Autonomía y feminismos*, Cavallo, Mercedes y Ramón Michel, Agustina (comp.), Ciudad de Buenos Aires, Ediciones Didot, 2022.

²⁸ La autora cita los trabajos de Meyers, Diana, “Self, Society, and Personal Choice”, 1989, pp. 152-55 y Meyers, Diana, “Personal Autonomy and the Paradox of Feminine Socialization”, *The Journal of Philosophy*, 1987, pp. 621-24.

²⁹ Abrams, Kathryn, “From Autonomy to Agency: Feminist Perspectives on Self Direction”, op. cit., p. 232.

permita tomar parte en un rango de elecciones o proyectos satisfactorios. Por otra parte, implican ventajas para los grupos más favorecidos. Tal como lo expresara Mill hace ya muchos años en relación con las desigualdades de género y la forma en que impacta sobre todas las personas que pertenecen al grupo favorecido: “[...] se trata de algo que penetra en la persona y el corazón de cada varón cabeza de familia, y de cada uno de los aspirantes a serlo. El hombre vulgar ejerce, o va a ejercer, su parte de dominio igual que el más alto noble.”³⁰

En este sentido, Abrams afirma que las personas que integran los grupos más privilegiados pueden beneficiarse de las normas que hacen que se vean a sí mismas como atractivas, competentes y capaces en relación a otras personas. Esto les permite, a su vez, contar con un amplio rango de elecciones y proyectos. Según su mirada, esta propuesta de agencia —a diferencia de las concepciones liberales de autonomía clásicas— reconoce en un grado mayor el aspecto colectivo del proceso de autodefinition.

Sostiene Abrams que para ser consciente de las influencias sociales sobre la concepción de las personas es necesaria la conversación con otras que han enfrentado sentimientos similares. A diferencia de la reflexión individual, la actuación conjunta de las mujeres según su mirada, permite “[...] desarrollar una auto-definición alternativa, elaborar mensajes disonantes en los recursos culturales, y proveer una audiencia afirmativa para las auto-concepciones emergentes.”³¹

52

En materia de auto-dirección, la noción de agencia advierte las barreras a la definición de cursos de acción distintivamente propios en sistemas sociales y políticos desiguales. Afirma Abrams, en este sentido, que

...una noción feminista de la agencia provee la percepción de que las personas pueden verse menoscabadas por obstáculos que se les presentan como miembros de un grupo desempoderado, ya sea que estos obstáculos sean impuestos desde afuera, inculcados desde adentro, o ambos. Estos obstáculos pueden consistir en normas que limitan las elecciones o menosprecian las habilidades, o pueden consistir en prácticas que intimidan, minimizan o degradan.³²

La autora señala que si una mujer toma un trabajo que es concebido por las normas sociales como masculino —por ejemplo, ser obrera— se enfrentará a escenarios adversos vinculados tanto a lenguaje sexualizado u hostil como violencia física o sexual, sabotaje en el equipamiento, o monitoreo o supervisión inadecuados.

³⁰ Mill, John Stuart, *On Liberty*, Oxford University Press, 1859. Traducido al español en Mill, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Traducción y edición de: César Ruiz Sanjuán, España, Akal S. A., 2014, p. 156.

³¹ Abrams, Kathryn, “From Autonomy to Agency: Feminist Perspectives on Self Direction”, op. cit., pp. 245-246. La autora remite al respecto a Hill Collins, Patricia, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, And the Politics of Empowerment*, 1991, pp. 103-04.

³² *Ibíd.*, p. 247.

En estos casos, las formas de interferencia pueden afectar la posibilidad de explorar o alcanzar los objetivos deseados sólo por el hecho de ser mujer. Sin embargo, este análisis es más complejo, como advierte la autora, desde una perspectiva interseccionalidad: una mujer de color puede estar disminuida por los significados vinculados a su raza o género, pero autorizada su condición de heterosexual.

Abrams considera que la oposición a estos obstáculos de base política es una característica final distintiva de la agencia como auto-dirección. A diferencia de la concepción clásica de autonomía, bajo la idea de agencia la participación con otras personas es a veces necesaria para concebir objetivos particulares y para poder alcanzarlos. La necesidad de acción colectiva, en estos casos, se deriva del contexto de desigualdad que se ejerce sobre la autodirección. En este sentido, dado que ...las barreras a las decisiones o planes de vida particulares se derivan de una desigualdad sistemática e institucionalizada, la acción colectiva puede que sea necesaria para resistir o transformar estas barreras. Al punto en que esta internalización de estas barreras hace que sea difícil incluso concebir objetivos o planes particulares, puede que sea necesario trabajar con [otros/as] para poder aflojar el peso de las formas de socialización dominantes.³³

Este enfoque colectivo no se limita a describir las formas en que opera la opresión, sino que tiene impacto en las medidas que Abrams propone para revertirlas. En este sentido, las formas de resistencia transformadora de esas desigualdades, desde la mirada de la agencia, apuntan no sólo al sistema político sino también a las interacciones sociales, representaciones culturales o usos del lenguaje.

53

6. Las dimensiones colectivas de la autonomía en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el acceso igualitario al trabajo

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Sisnero” analiza una problemática que evidencia la forma en la que las dimensiones colectivas pueden afectar la autonomía personal en contextos de desigualdad por razones de género.³⁴

Mirta Sisnero, junto con la organización “Entre Mujeres”, se presentan ante la Justicia cuestionando el accionar de las empresas de servicios de transporte público

³³ *Ibíd.*, p. 248. Remite al respecto a Mackinnon, Catharine, *Toward A Feminist Theory of The State*, 1989, pp. 84-91.

³⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 337:611, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros si amparo”, sentencia del 20 de mayo de 2014. La decisión fue adoptada por el voto conjunto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, la Dra. Elena I. Highton de Nolasco, el Dr. Carlos S. Fayt, el Dr. Enrique S. Petracchi y el Dr. Juan Carlos Maqueda.

de pasajeros de la Ciudad de Salta por discriminar a las mujeres en general, y a ella en particular, en el acceso al trabajo de chofer de colectivos.

De este modo, se reclama el derecho individual de la actora, quien cumplió con todos los requisitos y no fue seleccionada, y se incluye también una pretensión de tipo colectiva por la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación que se produce por la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas demandadas.

En virtud de ello, tal como surge del relato de los antecedentes emitido por la Procuradora General de la Nación —a los que remite en este punto la Corte Suprema de Justicia de la Nación— se solicita el cese de la discriminación por razones de género, la incorporación de Mirtha Sisnero como chofer de colectivo y el establecimiento de un cupo de puestos para ser cubiertos exclusivamente por mujeres, hasta que la distribución total refleje una equitativa integración de los géneros en el plantel de choferes de las empresas.³⁵

Es importante destacar que de los antecedentes relatados surge la acción judicial recibió adhesiones por parte de organizaciones de la sociedad civil y de la Universidad Nacional de Salta, y se presentaron diversos *amicus curiae*, uno de ellos por parte del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI).

54

Entre las cuestiones relevantes de la resolución dictada es posible advertir que el Máximo Tribunal reconoce que la discriminación puede provenir de personas particulares y aplica la inversión de la carga probatoria que se presenta en supuestos de discriminación como este caso. En efecto, entiende que dado que quien reclama puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponde entonces a la parte demandada la prueba de su inexistencia.

En este sentido, el Máximo Tribunal parte de la base de que en las empresas demandadas no existen mujeres contratadas y que dicha práctica se mantuvo aun después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de Sisnero. Las respuestas frente a ello brindadas por las demandas, según su criterio, constituyen explicaciones dogmáticas inadmisibles para desvirtuar las presunciones de discriminación que se constituyen en el caso.

Descarta —por irrelevantes— defensas basadas en la negación de la intención discriminatoria, teniendo especialmente en cuenta que en este caso se ha reconocido la existencia de lo que se denominó como “síntomas discriminatorios en la sociedad”, que se vinculan con la ausencia de mujeres en un empleo como el de chofer de colectivos. Cita el Máximo Tribunal como ejemplo de ello las manifestaciones de uno de los empresarios en un medio periodístico que afirmó que “[...] “esto es Salta

³⁵ Procuración General de la Nación, dictamen emitido por la Dra. Alejandra Magdalena Gils Carbó, el 24 de junio de 2013.

Turística, y las mujeres deberían demostrar sus artes culinarias [...] Esas manos son para acariciar, no para estar llenas de callos [...] Se debe ordenar el tránsito de la ciudad, y [...] no es tiempo de que una mujer maneje colectivos [...]”³⁶

En función de estas consideraciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decide revocar la sentencia que rechaza la acción judicial y ordena que se dicte una nueva resolución que haga lugar al pedido formulado. En función de ello, describe Mariela Puga que, en el año 2015, la Corte Suprema de Justicia de Salta dicta sentencia en la que ordena a “[...] las empresas de transporte que contraten a dos mujeres por cada hombre hasta alcanzar el cupo del 30% de mujeres en la planta”³⁷. Si bien condena a las empresas demandadas, según Puga esta resolución difiere de la inicialmente dictada en el expediente que ordenaba la inclusión solo de mujeres hasta lograr ese porcentaje a través de la confección de una lista de postulantes que comenzaba con el nombre de Mirtha Sisnero.³⁸

De las numerosas aristas de este caso, resultan relevantes para el análisis de este trabajo las dimensiones tanto individuales como colectivas que se constituyen como el escenario en el que se presenta, transita y concluye el reclamo judicial.

Mariela Puga, a través de diversas fuentes, pero especialmente de lo que surge de una entrevista personal que ella misma realizara a Mirtha Sisnero, analiza la trayectoria que llevó a la actora a iniciar el reclamo judicial. De este modo, describe que —según Sisnero— las ocupaciones que tenía no le brindaban los recursos económicos necesarios para garantizar el sostén de su familia a largo plazo sin descuidar el cuidado de sus dos hijos. Sisnero, según Puga, no creía estar intentando doblar una regla social sino buscando una salida laboral personal que le permitiera una jornada de trabajo compatible con una vida familiar, así como también un trabajo que le brinde los recursos necesarios para lograr el objetivo de que sus hijos tengan acceso al estudio.

Como dato importante, Mariela Puga y Romina Otero advierten que en el año 2017 el salario básico de un chofer de transporte público era el doble del salario mínimo vital y móvil y superaba ampliamente el mínimo fijado para el servicio doméstico³⁹. En este contexto, según relata Puga, Mirtha Sisnero solía hablar con sus amistades sobre los salarios inferiores de las mujeres, y en el marco de estas conversaciones, y uno de sus amigos le dijo, medio en broma, “porque no te haces colectivera”. La autora expresa al respecto que “[...]el recuerdo de aquella frase

³⁶ CSJN, caso “Sisnero”, considerando 6.

³⁷ Puga, Mariela, “La segregación de las mujeres como caso judicial”, *Rev. Quaestio Iuris.*, vol. 15, n. 04, Rio de Janeiro, 2022, p. 2174.

³⁸ *Ibíd.*, p. 2193. La autora señala que esta primera orden judicial fue emitida por el Juez Mario D’Jallad.

³⁹ Puga, Mariela y Otero, Romina, “El derecho y la segregación de las mujeres en el mercado laboral: El caso Sisnero”, *Género y Derecho Público Local*, Argentina, 2021.

parece marcar el inicio de la idea que fue prendiendo en su imaginario⁴⁰.

De este modo, Sisnero comenzó a indagar en una biblioteca barrial sobre la situación de las mujeres en el mercado laboral donde advierte que ganan menos, por ello concentró su atención en los trabajos que hacían los varones. A su vez, luego de estudiar antecedentes, se contactó con mujeres choferes en Córdoba y tomó conocimiento sobre la existencia de mujeres conduciendo transporte público en la Provincia de Buenos Aires. Al respecto, Puga afirma que “[a]unque fueran pocas choferes, y estuvieran en otras partes del país, enterarse que había mujeres en el transporte urbano tuvo un gran efecto en su imaginario, la habilitó a considerar nuevos territorios laborales como posibles.”⁴¹ Según la autora, a partir de estas experiencias Mirtha percibió que “las mujeres podían”, de modo que construyó, según su mirada, “[...] un rompecabezas de antecedentes que le permitieron vigorizar su esperanza.”⁴²

Este descubrimiento de los antecedentes en el resto del país puede ser leído como una ampliación de las opciones —en términos de autodirección— de Sisnero, así como también de toda otra mujer que quisiera postularse a este trabajo. En efecto, al ver a otras mujeres como choferes, Sisnero pudo percibirse como una de ellas, pudo advertir que éste se constituía como un curso de acción viable y legítimo para sí misma.

Luego de ello, Puga relata que la tarea de lograr este objetivo no era sencilla. Las restricciones socioculturales eran muy fuertes. Las razones que llevaban a muchas mujeres a no postularse a estos puestos se vinculaban también con aquellas que se utilizaban para explicar su exclusión. Aun cuando ella podía percibir ese curso de acción, lo cierto es que la sociedad seguía considerando el trabajo como masculino y ello se reflejaba en los criterios que se entendían como relevantes para evaluar la idoneidad para la contratación (por ejemplo, el conocimiento de mecánica por sobre el de primeros auxilios). De este modo, afirma Puga que

...un empleador que se auto-percibe seleccionando al mejor “chofer”, ejerciendo legítimamente su libertad de contratación conforme a criterios de estricta idoneidad, podría estar decidiendo bajo criterios que son productos de la generización del oficio. Al hacerlo, se fortalece cíclicamente el engranaje que excluye material y simbólicamente a las mujeres de los espacios de desarrollo de ciertas habilidades, y se sub-valora sus habilidades para el oficio.⁴³

Estas cuestiones subyacentes muestran la importancia de que la acción judicial sea acompañada de intervenciones sociales de diversa índole. En este sentido, relata Puga que mientras se tramitaba la ante la Justicia, se llevaron adelante reclamos

⁴⁰ Puga, Mariela, “La segregación de las mujeres como caso judicial”, op. cit, p. 2178.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 2179.

⁴² *Ibíd.*, p. 2179.

⁴³ *Ibíd.*, p. 2191.

en distintas jurisdicciones del país, se realizaron estrategias de movilización legal feminista ante los tribunales, se publicaron artículos, informes y entrevistas de prensa y se generaron debates en foros públicos.

De este modo, además de un reclamo individual, la acción judicial era una estrategia colectiva de transformación. Su resultado permitiría a mujeres como Sisnero en particular, y a todas las mujeres en general, modificar patrones discriminatorios que afectan tanto la autodefinición como la autodirección. Las mujeres, luego de esta acción judicial y todas sus implicancias, podrían definirse a sí mismas como personas aptas para trabajar como choferes a la vez que podrían dirigir sus acciones a estos fines, postulándose para ser seleccionadas en estos puestos. De este modo, en términos de la teoría de Abrams, este reclamo colectivo podría tener un impacto sobre la autopercepción y la autodirección de las mujeres abriendo significativamente las opciones en el ejercicio de la autonomía personal.

La forma de reparación peticionada y —parcialmente— ordenada por la Justicia sigue esta línea de razonamiento. El establecimiento de un cupo mínimo de mujeres muestra la necesidad de dar prioridad a quienes resultaron históricamente excluidas de este espacio. Esta resolución implica una mayor visibilización de la problemática y aspira a que dicha apertura de opciones pueda impactar positivamente en la autonomía de las mujeres.

Sin perjuicio de ello, señala Puga que los resultados finales aparecen como paradójicos. Si bien muchas mujeres en Salta conducen colectivos, y ello también ocurre en otras provincias, al cumplirse 6 años de la resolución judicial, la representación de mujeres oscilaba entre el 5% y el 8%. A su vez, “[...] Mirta nunca consiguió el puesto de chofer, y las plantas de choferes de la ciudad aún están lejos de alcanzar el objetivo del 30% de mujeres.”⁴⁴ En función de los datos analizados, Puga considera que “[...] la masculinización del mundo del transporte público no parece haber cambiado estructuralmente, y la meta de inclusión de mujeres en el oficio parece muy lejana.”⁴⁵

A partir de la complejidad de las transformaciones en estos contextos, el principio de autonomía desde la mirada compleja que se propone desde los feminismos adquiere especial relevancia. Además de generar el acceso igualitario a las oportunidades sociales —que se produce a través de la instalación de cupos en profesiones masculinizadas en este caso— la perspectiva basada en la autonomía permite un abordaje de las razones subyacentes vinculadas también a la autodefinición y autodirección de las mujeres.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 2174. Según relata Puga, Mirtha Sisnero fue convocada en dos oportunidades como postulante para ser chofer. Sin embargo, no fue designada para tal puesto, sino que fue contratada para otras tareas. Finalmente, fue designada como inspectora, siendo la primera mujer en este puesto, logrando un empleo estable y con la jornada laboral por ella buscada (*Ibíd.*, p. 2200).

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 2176.

En virtud de ello, este caso judicial era, desde mi punto de vista, una oportunidad para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconozca forma en que las dimensiones colectivas afectan la autonomía y avance en una reconceptualización de este principio a la luz de los aportes de las teorías feministas sobre esta materia.

7. Conclusiones

La autonomía personal protege la capacidad de las personas para tomar decisiones, sin intervención del Estado ni de otras personas, sobre sus planes de vida e ideales de excelencia personal. Las conductas que se siguen de estas decisiones no pueden ser interferidas por la acción estatal en tanto no produzcan un daño a terceras personas.

Dada su implicancia en la vida de las personas concretas y situadas, los aportes feministas a este concepto son de especial importancia en tanto enfatizan sobre la forma en que en la realidad se toman las decisiones y los factores vinculados a la desigualdad que pueden afectarlas. Los casos analizados en este trabajo muestran la relevancia de esta profundidad de abordaje en temáticas concretas como el ejercicio de la maternidad de personas con discapacidad y el acceso igualitario al empleo.

58 En este sentido, si bien en ninguno de los dos casos citados la Corte Suprema de Justicia de la Nación aborda las problemáticas a la luz del principio de autonomía personal desde una mirada relacional, lo cierto es que los debates jurídicos que ellos implican podrían haber sido analizados —tal como aquí propongo— desde esta perspectiva.

En el primero de los casos, el Máximo Tribunal cita la autonomía personal como uno de los principios relevantes para su resolución, pero no lo hace desde la mirada relacional a pesar de haber fundado su resolución justamente en la forma en que las relaciones fomentan la autonomía personal y el deber estatal de garantizar las condiciones necesarias para su configuración.

El segundo de los casos —en el que el principio de autonomía no es siquiera mencionado— constituía una oportunidad para abordar la forma en que las desigualdades impactan sobre las decisiones de las personas y, nuevamente, establecer —desde esta mirada— los deberes estatales para garantizar las condiciones igualitarias para el ejercicio de la autonomía.

En suma, los aportes de las teorías feministas al concepto de autonomía personal son indiscutibles. Estas miradas implican una profundización de las dimensiones de análisis en los debates jurídicos que -sin dudas- redundan en un fortalecimiento de los derechos de las personas en ellos involucradas.

Referencias

Bibliografía

Abrams, Kathryn, “From Autonomy to Agency: Feminist Perspectives on Self Direction”, en *William and Mary Law Review* (40), 1999. Traducido y publicado en *Autonomía y feminismos*, Cavallo, Mercedes y Ramón Michel, Agustina (comp.), Ciudad de Buenos Aires, Ediciones Didot, 2022.

Álvarez, Silvina, *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*, España, Derecho y Justicia, 2018.

Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Dignidad y Autonomía progresiva de los niños”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, 2010.

Mill, John Stuart, *On Liberty*, Oxford University Press, 1859. Traducido al español en Mill, John Stuart, *Sobre la Libertad*, Traducción y edición de: César Ruiz Sanjuán, España, Akal S. A., 2014.

Minyerski, Nelly, “Derechos reproductivos y bioética. El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo”, *Pensar en derecho*, n°14, Argentina, Eudeba, 2019.

Nedelsky, Jennifer, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

_____, “Law, Boundaries, and the Bounded Self”, *Representations* n°30, University of California Press, 1990. Traducido y publicado en *Autonomía y feminismos*, Cavallo, Mercedes y Ramón Michel, Agustina (comp.), Ciudad de Buenos Aires, Ediciones Didot, 2022.

Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª edición ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1989.

Puga, Mariela y Otero, Romina, “El derecho y la segregación de las mujeres en el mercado laboral: El caso Sisnero”, *Género y Derecho Público Local*, Argentina, 2021.

Puga, Mariela, “La segregación de las mujeres como caso judicial”, *Rev. Quaestio Iuris.*, vol. 15, n° 04, Río de Janeiro, 2022.

Ramón Michel, Agustina, “Reconstruções da autonomia pessoal” (Reconstrucciones de la autonomía personal) en Eva Alterman Blay, Lúcia Mercês de Avelar e

Patrícia Duarte Rangel (comp.) *Genero e feminismos: Argentina, Brasil e Chile em transformação*, San Pablo, Editora Da Universidade de São Paulo, 2019.

Raz, Joseph, *The morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

_____, “Autonomy, Toleration, and the Harm Principle”, Ruth Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1987. Traducido al español en Raz, Joseph, “Autonomía, Tolerancia y principio de daño”, Chile, *Revista de Estudios Públicos*, 1999.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Causa “I., J. M. s/ Protección Especial”, sentencia del 07 de junio de 2016, *Fallos*: 339:795.

Causa “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/amparo”, sentencia del 20 de mayo de 2014, *Fallos*: 337:611.

No hay secreto que dure cien años. El acceso a la información pública y la reserva por motivos de defensa o seguridad nacional

Agustín Pérez Aledda*

Resumen

En Argentina, la regulación de la reserva de información relacionada con la defensa o seguridad nacional es fragmentada e insuficiente, lo cual refuerza los altos niveles de opacidad que caracteriza a tales actividades y no favorece el acceso por parte de la ciudadanía a la información que resulte de indudable interés público. Esta problemática es abordada a partir de la identificación de los estándares internacionales de derechos humanos y el análisis de la normativa nacional, para detectar posibles aspectos de mejora y proponer elementos a ser incorporados, tales como la definición de un plazo máximo de reserva y exigencias relativas a la motivación del acto.

Palabras clave: acceso a la información pública – información clasificada – seguridad nacional – secreto de estado

Abstract

In Argentina, the regulation for the secrecy of information related to national defense or security is fragmented and insufficient, which reinforces the high levels of opacity that characterize such activities and does not favor access by the citizens to information that is of unquestionable public interest. This problem is addressed through the identification of international human rights standards and the analysis of national legislation, in order to detect possible areas for improvement and propose certain elements that should be incorporated, such as the definition of a maximum period of secrecy and requirements regarding the motivation of the act.

Keywords: Right to information – classified information – national security – state secret

* Abogado y diplomado en Libertad de Expresión, Universidad de Buenos Aires, aperezaledda@gmail.com

I. Introducción

Los Estados pueden legítimamente mantener cierta información bajo secreto con el fin de asegurar la defensa nacional y la seguridad de sus habitantes. Sin embargo, estos conceptos han sido repetidamente objeto de abuso por parte de regímenes dictatoriales, e incluso por autoridades electas democráticamente, como justificativo de una cultura del secreto que permitió un ámbito de impunidad y el ocultamiento de los rastros de abusos y crímenes cometidos.

Aunque legítimo, el secreto sin límites tiene el potencial de perpetuarse como refugio para la discrecionalidad en el uso del poder público, por fuera de los mecanismos de control democrático. Norberto Bobbio afirmaba que la opacidad del poder es la negación de la democracia¹. Frente a ello, la publicidad de los actos de gobierno es una condición de justicia que resulta en sí misma una forma de control que permite distinguir lo lícito de lo ilícito y reducir la posibilidad de que se cometan desvíos². En la misma línea, Carlos Fayt consideraba que, cuanto más amplia la zona del secreto, también se reduce la transparencia ligada a la construcción de una democracia en sociedad³.

En la Argentina, la llamada Doctrina de la Seguridad Nacional fue estructurante de un régimen autoritario destinado a perseguir a la disidencia y “aniquilar el accionar de los elementos subversivos”⁴. Hoy, a 40 años de democracia, es necesario reconstruir el concepto de seguridad nacional en clave democrática, sin estar atado exclusivamente a la defensa exterior y la preservación de las instituciones, sino como condición necesaria para garantizar los derechos humanos de sus habitantes. En consecuencia, el régimen de información reservada también debe incorporar indefectiblemente la perspectiva del derecho de acceso a la información pública, como garantía para prevenir abusos y fortalecer la confianza de la ciudadanía en las fuerzas militares y de seguridad de la democracia.

Si bien la reserva de la información en Argentina ya ha sido objeto de diferentes pronunciamientos por parte de la sociedad civil, señalando la necesidad de contar con una regulación más robusta⁵, los abordajes han sido exploratorios o acotados

¹ Bobbio, Norberto, *Democracia y secreto*, México, Fondo de Cultura Económica. 2013, p. 13.

² Bobbio, Norberto, *El futuro de la Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 9

³ CSJN, “Ganora, Mario Fernando y otros c/ Estado Nacional y Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.”, sentencia del 20/9/1999, *Fallos*: 322:2139, voto del Juez Fayt, cons. 9.

⁴ Decreto 261/75, dictado el 5/2/1975, B.O. del 9/4/2013; Decreto 2772/75, dictado el 6/10/1975, B.O. del 4/11/1975.

⁵ ADC, *Acceso a la información pública y excepciones de seguridad nacional en Argentina*, mayo de 2018; CELE y CAinfo, *Seguridad Nacional y Acceso a la información en América Latina: Estado de situación y desafíos*, julio de 2012; CELS, “*El secreto: La seguridad nacional como coartada para un Estado sin controles*” en *Derechos Humanos en la Argentina: Informe 2019*.

a lo coyuntural. El presente artículo profundiza el análisis y parte de la premisa de que la normativa nacional sobre reserva de la información por motivos de defensa y seguridad nacional es insuficiente para alcanzar los estándares internacionales de derechos humanos que rigen en la materia y que, por lo tanto, debe adecuarse a tales parámetros. En función de ello, sistematizaré los estándares vigentes en materia de producción, clasificación y acceso a la información reservada, con el objeto de identificar aquellos componentes necesarios que deberían ser parte de su regulación. Luego, analizaré el marco normativo nacional, compuesto por la Ley de Acceso a la Información Pública, junto a su decreto reglamentario, y la Ley de Inteligencia Nacional, y propondré ciertos criterios para su mejor interpretación y una serie de aspectos que podrán ser objeto de futura modificación.

II. Estándares de derechos humanos sobre acceso a la información reservada

En nuestra región, el acceso a la información pública como derecho humano ha ido desarrollándose a lo largo de los últimos 20 años con base normativa en los tratados internacionales⁶, a partir de la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha realizado en favor del reconocimiento del derecho de toda persona a solicitar información a las autoridades. Así, según el principio de Máxima Divulgación que rige en la materia, toda información en poder del Estado se presume pública y su conocimiento por parte de la ciudadanía solo puede ser limitado a través de un sistema restringido de excepciones⁷. Por lo tanto, la publicidad es la regla y el secreto, la excepción.

63

A partir del caso “Claude Reyes y otros vs. Chile” de 2006, la Corte IDH inauguró una línea jurisprudencial que ha fortalecido los estándares sobre acceso a la información pública y ha impulsado un proceso de codificación que tuvo como resultado que a día de hoy 27 de los 35 países que forman parte de la OEA tengan normas que garantizan este derecho.

La jurisprudencia de la Corte se caracterizó por apoyarse en casos relacionados con las violaciones de derechos humanos cometidas por las dictaduras militares de la región. En 2010, la Corte dictó sentencia en el caso “Gomes Lund y otros vs Brasil”, relacionado con la desaparición de 62 estudiantes pertenecientes a la “Guerrilha o Araguaia”, por parte de las autoridades de facto, entre 1972 y 1975.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13, adoptada el 22 de noviembre de 1969, *United Nations Treaty Series*, vol. 1144, p. 123; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19, adoptado el 16 de diciembre de 1966. *United Nations Treaty Series*, vol. 999, p. 17.

⁷ Corte IDH, “Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 151, párr. 92.

Debido a leyes de amnistía vigentes que impedían la investigación y sanción penal de los hechos, los familiares iniciaron acciones civiles con el objetivo de acceder a los documentos oficiales, con el fin de esclarecer lo sucedido y localizar los restos mortales de sus seres queridos. Como resultado de ello, el Supremo Tribunal Federal ordenó al Estado desclasificar los documentos relacionados con la desaparición de los estudiantes y entregarlos a los familiares. Sin embargo, las autoridades no solo no entregaron lo solicitado, sino que la información permaneció clasificada y su divulgación fue restringida de manera permanente, bajo el argumento de que podría implicar una amenaza a la seguridad nacional.

Además de señalar la incompatibilidad de las leyes de autoamnistía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) y determinar la responsabilidad de Brasil por la desaparición forzada de los estudiantes, los jueces declararon la violación del derecho a buscar información y conocer la verdad. En relación a ello, determinaron que:

- Las autoridades no pueden ampararse en el secreto o confidencialidad de la información o en razones de interés público o seguridad nacional para negarse a aportar información en el marco de investigaciones sobre la violación de derechos humanos⁸; y
- La clasificación de la información como secreta y la decisión final sobre la existencia de determinada documentación no pueden quedar a discreción de un órgano estatal cuyos miembros estén sospechados de cometer un hecho ilícito⁹.

64

Ante lo que parecía un límite absoluto al uso del secreto por parte de las autoridades, la Corte IDH terminó flexibilizando el criterio fijado en *Gomes Lund* de modo de permitir la restricción al acceso en aquellos casos donde se trate de información recaba por comisiones de la verdad, tal como dispuso en “*Maldonado Vargas y Otros vs Chile*”¹⁰. El caso versaba sobre un grupo de militares que buscaba justicia por los actos de tortura sufridos durante la dictadura de Augusto Pinochet. El juez a cargo de la investigación había solicitado acceso a los testimonios de otras víctimas que habían sido brindados a la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (Comisión Valech), pero le fue restringido por tratarse de información confidencial.

Frente a la denegatoria de la información, el caso avanzó hasta la Corte IDH, la cual evaluó la decisión a la luz del triple test derivado del artículo 13.2 de la CADH, analizando los elementos de legalidad, necesidad y proporcionalidad de la

⁸ Corte IDH, “*Gomes Lund y otros vs. Brasil*”, sentencia del 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 219, párr. 202

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Corte IDH, “*Caso Humberto Maldonado Vargas y Otros vs. Chile*”, sentencia del 2 de septiembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 300.

medida. En particular, valoró que la restricción hubiera sido fijada previamente por ley; que tuvo la finalidad de garantizar que la sociedad conociera la verdad de lo ocurrido y de proteger la intimidad de las personas que habían dado su testimonio; y que había sido proporcional, en tanto la norma establecía un límite temporal de la reserva y consagraba la posibilidad de que las personas afectadas pudieran consentir la divulgación de su testimonio. Así, determinó que:

- La imposibilidad de los Estados de ampararse en el secreto para negarse a brindar información sobre graves violaciones a los derechos humanos no es directamente aplicable a los archivos de comisiones de la verdad¹¹.

Más recientemente, el último avance en esta línea jurisprudencial se produjo con la sentencia del caso “Flores Bedregal y otros vs Bolivia”¹² de 2022, relacionado con la desaparición forzada de un diputado nacional y la necesidad de contar con la información que se encontraba en poder de las fuerzas armadas para el juzgamiento de sus responsables, lo cual fue denegado por motivos de seguridad nacional. Finalmente, el Estado fue encontrado responsable por impedir el acceso a la información necesaria para esclarecer los hechos. La Corte IDH determinó que:

- Los Estados deben desclasificar los archivos y documentos en poder de las Fuerzas Armadas a los fines de obtener pruebas e indicios relevantes para la investigación y esclarecimiento de graves violaciones de derechos humanos y asegurar el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas y de la sociedad en su conjunto¹³; y
- Una norma que autoriza la reserva absoluta de la información y excluye de su conocimiento a las autoridades judiciales, a la vez que impide su uso dentro de eventuales actuaciones, es incompatible con la CADH¹⁴,

65

A pesar del impulso de los anteriores casos para el fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública, los criterios construidos por la Corte IDH se centraron casi exclusivamente en garantizar la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos, sin arrojar mayores precisiones u orientación sobre cómo debería ser un régimen adecuado de información reservada.

Esta vacancia de estándares específicos buscó ser remediada a partir de los Principios de Tshwane de 2013, un documento producto del trabajo de 22 organizaciones de derechos humanos mediante un proceso de investigación y deliberación que contó con los aportes de más de 500 expertos de al menos 70

¹¹ *Ibid*, párrs. 89, 90.

¹² Corte IDH, “Flores Bedregal y otras vs. Bolivia”, sentencia del 17 de octubre de 2022, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 467.

¹³ *Ibid*, párr. 152.

¹⁴ *Ibid*, párrs. 148, 153.

países¹⁵. Cabe reconocer que con anterioridad los Principios de Johannesburgo de 1996, desarrollados por la organización Article 19, ya planteaban la necesidad de fijar límites a la potestad de los Estados para denegar el acceso a todo tipo de información relacionada con la seguridad nacional, por más que hayan sido acotados en su extensión y alcance¹⁶.

Los Principios de Tshwane se basan en el entendimiento de que no existe una verdadera incompatibilidad entre asegurar los intereses de seguridad nacional y garantizar el acceso a la información por parte de la ciudadanía. Al contrario, solo asegurando la circulación de la información necesaria para evaluar y controlar las políticas de seguridad y defensa es que se puede proteger adecuadamente a la población. Así, el documento abarca una diversidad de aspectos tales como los requisitos para que una restricción sea legítima, el listado de categorías específicas frente a las cuales resultaría legítima su reserva (Principio 9.a) y materias que deberían ser de público acceso (Principio 10), entre otros aspectos. A los fines del presente artículo, cabe destacar las siguientes garantías dirigidas a reducir la arbitrariedad en el proceso de clasificación y desclasificación de la información:

- Las categorías de información clasificable en base a argumentos relativos a la seguridad nacional deberían estar establecidas de manera clara en la ley (Principio 3.c y 9);
- El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación de la información debe superar al interés público de difundirla (Principio 3.b.ii);
- La norma debe establecer garantías suficientes para prevenir el abuso, como el control de un superior jerárquico y la revisión por parte de los tribunales (Principio 3.2);
- El acto de clasificación debe estar adecuadamente motivado; lo cual incluye que se indique el perjuicio de que la información sea divulgada, la probabilidad de ello y su nivel de gravedad, y la justificación del nivel y periodo de clasificación (Principio 11);
- La ciudadanía debe tener acceso a las normas y procedimientos aplicables a la clasificación de la información (Principio 12);
- Debe establecerse por ley quienes serán aquellas personas autorizadas para clasificar información (Principio 13);
- Cada organismo público deber llevar una lista detallada y precisa de los archivos clasificados que posee (Principio 15);
- La información debe ser clasificada únicamente por el periodo que resulte necesario para proteger un interés legítimo de seguridad nacional. La decisión

¹⁵ Open Society Justice Initiative, *Principios de Tshwane: Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información*, 12 de junio de 2013, Tshwane.

¹⁶ Artículo 19, *Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información*, Londres, 1996, ed. español 2005.

debe revisarse periódicamente para asegurar que continúen vigentes las condiciones que lo justificaron. (Principio 16.a);

- Ninguna información puede tener carácter clasificado en forma indefinida. El periodo máximo de clasificación debe ser fijado por la ley (Principio 16.b).

Tal fue el consenso alrededor de los Principios de Tshwane que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) acogió estos criterios en su informe “Derecho a la Información y Seguridad Nacional” de 2020, en el entendimiento de que constituían una herramienta clave para garantizar la instrumentación adecuada de los estándares interamericanos sobre el derecho a la información pública en las legislaciones nacionales y el actuar de los Estados¹⁷.

En este informe, la CIDH hizo énfasis en la necesidad de que los Estados definan por ley y con exactitud el concepto de seguridad nacional en clave democrática¹⁸ y que especifiquen los criterios para determinar si cierta información puede o no declararse secreta, a los fines de evitar abusos en la clasificación de aquella información que resulte de interés público¹⁹. Para ello, el organismo recomendó examinar y modificar la normativa que restringe el acceso a la información para adecuarla a los estándares internacionales y consideró como elemento crítico que se establezcan procedimientos formales para su desclasificación²⁰.

Si bien sería deseable que la Corte IDH reconozca los Principios de Tshwane en su jurisprudencia, el hecho de que la CIDH los haya receptado en un informe temático y los haya traducido en recomendaciones para los Estados implica un avance en el reconocimiento de su valor como verdaderos estándares internacionales a seguir en materia de reserva de la información por razones de defensa o seguridad nacional.

Por otra parte, corresponde hacer una mención especial a la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública. LA primera versión de este documento fue aprobada por la Asamblea General de la OEA en 2010²¹, luego de un proceso de elaboración a cargo del Departamento de Derecho Internacional, el cual contó con la colaboración de expertos de los Estados y de la sociedad civil. Como su nombre lo indica, este instrumento sirvió de guía para los países de la región en los procesos de elaboración normativa a nivel nacional. Su naturaleza de softlaw cuenta con la particularidad de haber sido aprobado por los mismos Estados

¹⁷ Comisión IDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Derecho a la información y seguridad nacional: El acceso a la información de interés público frente a la excepción de seguridad nacional*, julio de 2020, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.24/20, párr. 9.

¹⁸ *Ibid*, párr. 85.

¹⁹ *Ibid*, recomendación N° 3.

²⁰ *Ibid*, recomendación N° 3 y 4.

²¹ Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Res. 2607, AG/RES 2607 - (XL-O/10), 8 de junio de 2010.

que luego deberían incorporar a sus legislaciones los lineamientos que recoge.

La Ley Modelo adoptó un alto umbral de exigencia al referirse, en su artículo 40.b), a la necesidad de que exista un “*riesgo claro, probable y específico de un daño significativo*” para que los Estados se ampararen en la excepción basada en la seguridad pública o defensa nacional. En su guía de implementación se sostiene que las leyes relativas a la información secreta o clasificada funcionan “*como una gran pantalla para ocultar información del saber público*” y por eso recomienda que las leyes de acceso a la información pública predominen sobre todas las demás leyes de secreto, mediante la derogación o modificación de las normas que contradigan los preceptos del acceso a la información pública²².

En 2020, la Asamblea General aprobó una nueva versión actualizada del documento que fue bautizado como Ley Modelo 2.0²³ y recogió los desarrollos y aprendizajes que se dieron en el campo del acceso a la información pública hasta ese entonces. En materia de excepciones, vino a marcar una diferencia entre la información confidencial (artículo 32), considerada así por afectar intereses privados como la protección de datos personales o el secreto comercial; y la información reservada (artículo 33), relacionada con aquellos intereses y funciones vitales del Estado como la conducción de las relaciones internacionales o el manejo de la economía.

A pesar de que la excepción por defensa o seguridad nacional debería haber sido expresamente incluida en la categoría de información reservada, la Ley Modelo 2.0 refiere a ella en un artículo separado (artículo 34). Ahora bien, la formulación de tal excepción propone limitar los sujetos obligados habilitados a invocar esta causal de denegatoria y determinar las diferentes materias de información susceptible de ser reservada, a partir de una lista taxativa de categorías, de modo idéntico al listado del punto 9° de los Principios de Tshwane. Al respecto, la Ley Modelo 2.0 propone que:

- Las normas y procedimientos que regulen la reserva de información deben ser públicos (artículo 38.2).
- La declaratoria de reserva debe contar con el sujeto productor de la información, la fecha o evento al que se refiere, la autoridad que dicta la decisión, si la reserva es total o parcial y el plazo de la misma (artículo 40.2).
- Ninguna información puede ser reservada de forma indefinida y se propone como límite el plazo de 10 años, incluyendo prórrogas (artículo 45 incisos 4 y 5).

²² OEA, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y su Guía de Implementación, OEA/Ser.D/XIX.12, 2012, pp. 40,43.

²³ Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública, AG/RES.2958 (LO/20), OEA/Ser.D/XIX.12 2020, 2020.

A pesar de que ninguno de las dos Leyes Modelo tenga carácter vinculante para los Estados, es decir, no sean de cumplimiento obligatorio, los estándares allí recopilados tuvieron un enorme impacto en la legislación de normativas nacionales de acceso a la información y todavía tienen un rol preponderante en la interpretación y aplicación de este derecho a nivel regional y local. Muestra de ello es la utilización de la Ley Modelo 2.0 por parte de la CorteIDH, como cita en su reciente sentencia del caso Flores Bedregal²⁴, y por nuestra Agencia de Acceso a la Información Pública, como criterio interpretativo, en diferentes resoluciones²⁵.

En función de lo hasta aquí expuesto, y considerando la jurisprudencia del Sistema Interamericano, los Principios de Tshwane y las Leyes Modelo, una normativa robusta que considere los intereses de defensa y seguridad nacional en clave democrática debería incluir, al menos, los siguientes aspectos: 1) definición de las categorías de información reservada, 2) motivación del acto de reserva e información contextual, 3) competencias asignadas a determinados organismos y funcionarios, 4) plazo máximo de reserva, 5) valoración del interés público y del riesgo de daño, 6) categorías de información no susceptible de ser reservada, 7) control administrativo y judicial, 8) transparencia en los procesos y documentos reservados.

III. El acceso a la información reservada en la Argentina

Los estándares internacionales desarrollados en el anterior apartado marcan donde está puesta actualmente la vara respecto de lo que implica garantizar el derecho de acceso a la información pública en materia de información reservada. Si bien a menudo suele referirse a la clasificación de la información, en rigor ello se trata de la actividad que implica otorgar una clase o categoría a determinado documento o serie documental. A los fines del presente trabajo, me referiré a la reserva como la determinación de que cierta información es secreta o está sujeta a un régimen que impide su acceso por parte del público. En la siguiente sección analizaré cada componente de la normativa vigente con el objeto de aportar una lectura que permita acercarnos a ese modelo a seguir que marcan los estándares e identificar posibles aspectos de mejora.

²⁴ Corte IDH, “Flores Bedregal y otras vs. Bolivia”, sentencia del 17 de octubre de 2022, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 467, párr. 133, nota 178.

²⁵ Resolución AAIP 249/2021, 3 de diciembre de 2021. Disponible en <https://back.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/10/resol-2021-249-apn-dnppaaip.pdf>. Resolución AAIP 57/2022, 24 de febrero de 2022. Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resol-2022-57-apn-dnppaaip.pdf>. Resolución AAIP 10/2023, 6 de enero de 2023. Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resol-2023-10-apn-aaip.pdf>.

1. Ley de acceso a la información pública

La Ley N° 27.275 es la norma que garantiza el derecho de acceso a la información pública a nivel nacional y abarca no solo a los tres Poderes del Estado y los Ministerios Públicos, sino que también alcanza a otros sujetos obligados caracterizados por su especial relación con el Estado o el interés público de las actividades que desempeñan, tales como las empresas y sociedades con participación estatal, los prestadores de servicios públicos y demás entidades que reciban fondos públicos.

En virtud del principio de Máxima Divulgación, el artículo 8° de la Ley enumera las causales que puede invocar un sujeto obligado para denegar una solicitud de información. El primer inciso de dicho listado coincide con la excepción que refiere específicamente a la información reservada.

ARTÍCULO 8°. Excepciones. Los sujetos obligados sólo podrán exceptuarse de proveer la información cuando se configure alguno de los siguientes supuestos:

a) Información expresamente clasificada como reservada o confidencial o secreta, por razones de defensa o política exterior.

La reserva en ningún caso podrá alcanzar a la información necesaria para evaluar la definición de las políticas de seguridad, defensa y de relaciones exteriores de la Nación; ni aquella otra cuya divulgación no represente un riesgo real e identificable de perjuicio significativo para un interés legítimo vinculado a tales políticas;

70

1.1. ¿Información reservada, confidencial o secreta?

La referencia a estas tres categorías ya había generado ciertos cuestionamientos durante el tratamiento de la norma en el Congreso, debido a que no aportaba demasiada claridad e incluso puede dar lugar a confusión o arbitrariedades en su interpretación²⁶. Lo cierto es que la ley actual no brinda mayores precisiones sobre el contenido de estos términos.

Principalmente, la decisión de no incorporar un régimen específico dentro de la norma destinado a regular la reserva de la información se basó en que ya existía regulación específica al respecto: la Ley N° 25.520 de Inteligencia Nacional. Si bien dicha norma no estableció originalmente categorías para la clasificación de la información, su decreto reglamentario incorporó cinco niveles de seguridad: 1)

²⁶ Honorable Cámara de Diputados de la República Argentina, Debate de la Ley N° 27.275 de Acceso a la Información Pública, 18-05-2016, p. 20; Debate sobre inserciones a la Ley N°27.275, 18-05-2016, pp. 13, 20. Disponible en https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_27000.html

estrictamente secreto y confidencial, 2) secreto, 3) confidencial, 4) reservado y 5) público; en función del grado de afectación a determinados intereses²⁷.

Posteriormente, esas categorías del decreto reglamentario fueron en parte incorporadas al texto de la Ley de Inteligencia nacional mediante la reforma introducida por la Ley N° 27.126 en 2015. Así, las categorías de clasificación quedaron establecidas en tres niveles: secreto, confidencial y público. La redacción actual de la norma redujo las categorías del Decreto N° 950/2020 al eliminar el nivel *reservado* y absorber el *estrictamente secreto* y *confidencial* dentro del nivel *secreto*. Mientras la información secreta es aquella cuya divulgación puede afectar gravemente los intereses fundamentales u objetivos vitales de la Nación, la información confidencial consiste en aquella otra con el potencial de afectar parcialmente los intereses fundamentales de la Nación o vulnerar principios, planes y métodos funcionales de los poderes del Estado. La formulación resulta casi idéntica a la del Decreto N° 950/2020, con excepción de la añadidura de un listado no taxativo de “intereses fundamentales”, como la soberanía e integridad territorial, el orden público o las capacidades de combate.

Si bien lo anterior podría servir como aproximación para definir los términos utilizados en la excepción analizada, los niveles de seguridad vigentes de la Ley de Inteligencia Nacional no coinciden directamente con la Ley de Acceso a la Información Pública, ya que no contempla la categoría de información “reservada”; y tampoco resultarían directamente aplicables a los demás organismos del Estado Nacional, ya que la norma tiene como objeto regular a los organismos del Sistema Nacional de Inteligencia.

71

De todos modos, no existe un estándar internacional sobre cuáles deben ser las categorías de información reservada. De hecho, la cantidad y determinación de los diferentes niveles de seguridad varían de un país a otro. Tal es así que la norma ISO 27001, reconocida como el estándar de referencia en materia de seguridad de la información, no define categorías y, en su lugar, indica que las mismas deben adaptarse a las necesidades de la organización²⁸.

Si recurrimos a la Ley Modelo Interamericana 2.0, la tarea resulta aún más difícil, ya que según ella información confidencial refiere únicamente a aquella que pueda afectar a determinados intereses privados, no a las actividades de defensa, política exterior o seguridad, las cuales se aproximarían más al concepto de información reservada.

Ante la falta de una norma general que permita determinar en qué casos se trata de información reservada, confidencial o secreta, lo importante es que la clasificación

²⁷ Decreto 950/2002, B.O. del 6/6/2002, art. 10.

²⁸ Organización Internacional de Normalización y Comisión Electrónica Internacional, ISO/IEC 27001:2022, Sistemas de gestión de la seguridad de la información, octubre de 2022.

de la información haya sido motivada en la protección de intereses relacionados con la defensa, seguridad o política exterior, tal como estipula el inciso del decreto referido a dicha excepción. Luego, más allá de las categorías y niveles de seguridad que deberían fijarse en una norma de alcance general, resultaría conveniente que la normativa de acceso a la información utilice el término información reservada o, en su caso, secreta, y no se utilice el término confidencial para referirse a la información clasificada por motivos de defensa o seguridad nacional.

1.2. Motivos permitidos: defensa, seguridad o política exterior

Tal como se advierte a primera vista, el primer párrafo de la excepción por información de reservada no incluye como motivo a la seguridad interior. Esta omisión se debe a una deficiente técnica legislativa, en tanto el párrafo siguiente refiere directamente a las políticas de seguridad como un límite a la excepción. Tal error intentó ser subsanado durante el trámite legislativo y, de hecho, la media sanción aprobada por el Senado incluyó este motivo en el articulado. Sin embargo, al volver a la Cámara de Diputados, los legisladores rechazaron los cambios y el apartado fue finalmente aprobado con su redacción original.

Posteriormente, el decreto reglamentario N° 206/2018 se aseguró de establecer que los motivos de la excepción del inciso a) son tres: por razones de defensa, seguridad o política exterior. Mientras sí existen definiciones de los dos primeros conceptos en la Ley N° 24.059 de Seguridad Interior y la Ley N° 23.554 de Defensa Nacional, no contamos con una definición normativa del concepto de política exterior. A pesar de ello, lo importante es que el acto de reserva esté adecuadamente fundado en la potencial afectación a tales intereses y no otros.

1.3. Información necesaria para la evaluación de las políticas públicas

Cierta información relacionada con las actividades de seguridad, defensa y política exterior posee un interés público reforzado en función de la especial relevancia que reviste para el control democrático. La fórmula utilizada en el artículo 8° inciso a) de la Ley de Acceso a la Información Pública es lo suficientemente amplia como para permitir la evaluación del interés público de la información en cada caso concreto. Sin embargo, no brinda precisiones ni parámetros suficientes como para identificar a qué tipo de informaciones se refiere cuando menciona como límite aquella información necesaria para la evaluación de las políticas públicas.

Para ello, es útil tomar el punto 10 de los Principios de Tshwane, que propone un listado de categorías de información que cuentan con una fuerte presunción a favor de su divulgación. Dentro de este listado se incluye la información relativa al régimen de privación de la libertad (normativa, motivos, procedimientos, condiciones de detención y

métodos de interrogación, así como la ubicación de los centros de detención, la identidad y cargos en contra de las personas detenidas); las estructuras de gobierno (autoridades, normativa, organismos de control, nombres de los funcionarios); el uso de los fondos públicos (presupuestos generales, estados de cuenta, informes de auditoría, gastos de las autoridades); sobre la existencia de compromisos internacionales asumidos por el Estado; el uso de la fuerza militar (confirmación de acciones militares, tamaño general, alcance y justificación); y las actividades de vigilancia (marco jurídico, procedimiento de autorización, uso, intercambio, almacenamiento y destrucción del material interceptado, entidades autorizadas y estadísticas).

1.4. Prueba de daño: riesgo real e identificable de perjuicio significativo

Este segundo límite a la excepción está estrechamente relacionado con el principio de Facilitación receptado en el artículo 1° de la Ley de Acceso a la Información Pública. Dicho principio determina que, para ampararse en alguna de las excepciones, el daño que cause la divulgación de la información debe ser mayor al interés público de obtenerla. También va en línea con la Ley Modelo 2.0, que en su artículo 34 indica que para aplicar una causal de reserva deberá aplicarse la prueba de daño, que consiste en el deber de las autoridades de establecer que la divulgación de la información puede generar un daño real, demostrable e identificable.

73

A partir de los parámetros de este instrumento, que coinciden sustancialmente con nuestra norma, queda claro que el riesgo derivado de la divulgación de la información debe: 1) ser real y no meramente hipotético; 2) identificable, sin basarse en alegaciones genéricas o demasiado amplias; 3) significativo, es decir, mayor al interés público de acceder a la información; y 4) debe existir un nexo relativamente estrecho entre la afectación alegada y los intereses protegidos por la reserva.

1.5. Libre acceso la información sobre graves violaciones a los derechos humanos

El último párrafo del artículo 8° viene a incorporar un límite adicional y transversal a la capacidad de las autoridades para ampararse en alguna de las excepciones reconocidas en la ley, en línea con el criterio fijado por la Corte IDH en el caso *Gomes Lund vs Brasil*.

ARTÍCULO 8. – in fine. Las excepciones contenidas en el presente artículo no serán aplicables en casos de graves violaciones de derechos humanos, genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad.

En primer lugar, nos encontramos ante el desafío de determinar que hechos pueden calificarse como graves violaciones de derechos humanos. Es un concepto que fue desarrollado por la Corte IDH en su jurisprudencia sobre la incompatibilidad

de las leyes de amnistía en relación con la obligación de investigar y sancionar aquellas violaciones graves a los derechos humanos. Según el Tribunal, ello incluiría aquellas conductas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones forzadas²⁹.

Esta categoría también está estrechamente relacionada con el concepto de violaciones manifiestas a los derechos humanos, según surge de los Principios Van Bowen desarrollados en el seno del Consejo de Derechos Humanos y aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2005. Este conjunto de principios y directrices sobre los derechos de las víctimas incluye, entre otras formas de reparación, la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad³⁰, no solo en casos de torturas o desapariciones forzadas, sino también en relación con prácticas modernas de esclavitud, detenciones arbitrarias, deportaciones o traslados forzoso y situaciones de discriminación sistemática³¹.

De todos modos, la regla introducida en el último párrafo del Artículo 8° no solo refiere a graves violaciones a los derechos humanos, sino que también incluye al genocidio, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, crímenes internacionales cuyos elementos se encuentran definidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional³².

Por otra parte, el Decreto N° 206/18 precisa que en las causas que se investiguen y juzguen este tipo de hechos, ninguna excepción será aplicable y deberá suministrarse la información requerida en el marco de la causa.

74

1.6. Índice de información clasificada

La última mención que se hace en la Ley respecto de la información reservada se encuentra dentro del artículo que define las competencias y funciones de la Agencia de Acceso a la Información Pública.

ARTÍCULO 24. — Competencias y funciones. Son competencias y funciones de la Agencia de Acceso a la Información Pública: s) Publicar los índices de información reservada elaborados por los sujetos obligados.

²⁹ Corte IDH, “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001, Fondo, Serie C, N° 75, párr. 41.

³⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147, 17 de diciembre de 2005, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, ppios. 22 y 24.

³¹ Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993, Estudio sobre el derecho de restitución, compensación y rehabilitación para víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos: Reporte final del Relator Especial Theo van Bowen, 2 de julio de 1993, párr. 13.

³² Ley 25.390 de aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, B.O. del 9 de enero de 2007, arts. 6, 7 y 8.

Según la norma, los sujetos obligados tienen la obligación de confeccionar un índice que refleje la información reservada en su poder y la AAIP, de publicarla. En línea con el punto 15 de los Principios de Tshwane y el Artículo 43 de la Ley Modelo 2.0, la AAIP dictó la Resolución N°119 de 2019 mediante la cual, en Anexo II, se establece un formulario cierta información que debe ser consignada al momento de reservar información y reportarlo en el respectivo índice, tal como tipo de documento, norma de clasificación, fundamento legal, tema, plazo de clasificación. Frente a las dificultades en su implementación, la AAIP emitió una segunda resolución al respecto³³, requiriendo directamente al universo de sujetos obligados de su competencia que remitan los índices de información reservada, tal como estipula la normativa. La ausencia de procedimientos adecuados sobre la gestión documental de la información reservada y la falta de conocimiento al interior de los organismos sobre cuales son efectivamente los documentos reservados, funcionan como obstáculos para la confección de estos índices de información reservada.

Una posible herramienta que podría ser aprovechada es la información que se desprende del sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) utilizado por la Administración Pública Nacional y otros sujetos obligados. El actual Reglamento de Procedimientos Administrativos permite la creación de documentos y expedientes electrónicos de carácter reservado mediante solicitud al administrador del sistema mediante acto administrativo fundado en la normativa que establece su confidencialidad.³⁴ Al menos dicha información podría ser utilizada para avanzar en la publicación de los listados de información reservada.

75

2. Decreto Reglamentario N° 206/2018

El marco normativo de acceso a la información pública se completa con el Decreto 206/2018, que reglamenta la Ley N° 27.275 e incorpora ciertos aspectos relativos a la excepción del artículo 8.a).

Artículo 8° inciso a). El carácter reservado, confidencial o secreto de la información clasificada por razones de defensa, política exterior o seguridad interior debe ser dispuesto por normas que reglamenten el ejercicio de la actividad y por acto fundado de las respectivas autoridades competentes, de forma previa a la solicitud de información.

En caso de no existir previsión en contrario, la información clasificada como reservada, confidencial o secreta mantendrá ese estado durante DIEZ (10) años desde su producción, transcurridos los cuales, el sujeto obligado

³³ Resolución AAIP 144/2022. B.O. 30/09/2022.

³⁴ Decreto 1759/1972, B.O. 27/4/1972, modificado por Decreto 894/2017 B.O. 2/11/2017, arts. 12 y 13.

deberá formular un nuevo análisis respecto de la viabilidad de desclasificar la información a fin de que alcance estado público.

En primer lugar, el Decreto señala la necesidad de que exista un régimen legal para la reserva de la información, a los fines de supeditar la legalidad del acto de reserva a su adecuado cumplimiento. Si bien la redacción deja abierta la discusión respecto de si la regulación debe ser general o corresponder a cada una de las actividades de defensa, política exterior o seguridad, no hay dudas de que la misma debe al menos existir.

También se incluye el requisito de que la reserva sea dictada mediante acto fundado. Esto implica la exigencia de que sea materializada mediante acto formal que emane de la autoridad cuya competencia surja de la regulación correspondiente. No está demás destacar que la fundamentación de dicho acto no puede consistir únicamente en la mención genérica de la normativa, sino que debe incluir una adecuada motivación que incluya los elementos de la prueba de daño y donde evalúe el interés público de la información en cuestión.

Por otra parte, la reserva no será oponible al solicitante si efectivamente no existía un acto anterior que así lo dispusiera al momento de ser interpuesta la solicitud. Tal requisito tiene como propósito evitar que el acto de reserva sea relegado en el tiempo y empleado de manera *ad hoc* con el único fin de obstaculizar al acceso a la información. Sin embargo, puede llegar a darse la situación de que recién a partir de una solicitud se verifique que la divulgación de determinada información efectivamente puede lesionar los intereses de defensa, seguridad o política exterior. En tal caso, no es irrazonable sostener que esa reserva pueda ser excepcionalmente procedente cuando se motive de manera robusta la concurrencia de los elementos objetivos que justifiquen la medida.

76

2.1. Temporalidad de la reserva: revisión a los 10 años

El límite temporal y la revisión periódica de la reserva son dos aspectos clave para asegurar que este tipo de información no quede excluida del conocimiento de la ciudadanía por tiempo indefinido. El hecho de no hayan sido incluidos en la Ley de Acceso a la Información Pública fue advertido durante el tratamiento en el Congreso, e incluso hubo propuestas para limitar el plazo de reserva y disponer la desclasificación automática pasado determinado tiempo³⁵.

Tal como fue expuesto en la primera sección, la exigencia de que la información no permanezca bajo reserva por tiempo indefinido es un estándar firmemente

³⁵ Honorable Cámara de Diputados de la República Argentina, Debate de la Ley N° 27.275 de Acceso a la Información Pública, 18-05-2016, pp. 35, 66. Disponible en https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_27000.html

establecido y reiterado en todos los niveles. Mientras la Ley Modelo 2.0 propone que la legislación establezca un plazo máximo de 10 años, incluyendo sus prórrogas; en los Principios de Tshwane no se fija un plazo específico, pero sí recomienda que sea fijado por ley. Estos principios también receptan como buena práctica que se realice revisiones periódicas cada cinco años.

Si bien es valioso que el Decreto 206/17 haya buscado incorporar este aspecto, la manera en que lo hizo es por lo menos problemática. En primer lugar, no determina que el plazo de diez años implique un máximo de duración de la reserva. Lo único que introduce es una obligación de efectuar un nuevo análisis transcurridos diez años desde la producción de la información a los fines de evaluar su desclasificación. De todos modos, el plazo y la revisión son subsidiarios, dependerán de que otra norma no estipule lo contrario. Por ejemplo, la Ley de Inteligencia Nacional no prevé ningún plazo máximo. En su lugar estipula que la información permanecerá reservada por al menos 15 años desde la decisión que disponga la reserva, no desde su producción³⁶. Así, el límite temporal que necesariamente debería existir para la reserva, del modo que fue introducido por el Decreto 206/12, termina teniendo efectos casi nulos.

Algo similar sucede con la Resolución N° 119/19 de la AAIP, que en la elaboración de criterios orientadores y mejores prácticas para la implementación de la Ley N° 27.275, dictó una serie de pautas sobre la temporalidad de la información reservada. Por ejemplo, estipuló un plazo máximo de 10 años desde la reserva, cumplidos los cuales la información debería ser de acceso público, con la posibilidad de ser renovado por dos periodos más hasta un máximo de 30 años. A pesar de ello, si bien resulta interesante el camino hacia el que apunta, no encuentra base normativa suficiente y, en todo caso, continúa teniendo un carácter subsidiario.³⁷

A nivel comparado, no existe un criterio unificado respecto de cuál sería el plazo máximo adecuado. Estados Unidos estableció en 10 años el límite temporal de la reserva y la desclasificación automática luego de 25 años, con sus particularidades y excepciones.³⁸ En Alemania, la regla general dispone que el tiempo máximo es de 30 años y para extenderlo se debe contar con la autorización expresa de la máxima autoridad federal.³⁹ Reino Unido dispuso que los documentos adquieren carácter histórico pasados 20 años de su producción y que deben ser transferidos al archivo público correspondiente, a menos que se justifique la necesidad de prorrogar su

³⁶ Ley 25.520 de Inteligencia Nacional, B.O. 3 de diciembre de 2001, art. 16 ter.

³⁷ Resolución AAIP 119/2019, B.O. 18/7/2019.

³⁸ Orden Ejecutiva 13526 sobre Información Clasificada de Seguridad Nacional, Estados Unidos de América, 29 de diciembre de 2009, sec. 1.5 y 3.3. Disponible en <https://www.archives.gov/files/isoo/pdf/cnsi-ee.pdf>.

³⁹ Regulaciones administrativas generales para la protección de material secreto (Instrucciones sobre Información Clasificada, VSA), Alemania, 13 de marzo 2023, arts. 16 y 17. Disponible en https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_13032023_SII554001405.htm.

reserva⁴⁰. Por su parte, Países Bajos prevé plazos máximos en función de cada nivel de clasificación: muy secreto, 30 años; secreto, 20; y confidencial, 15⁴¹. Ya en lo que respecta a nuestra región, mientras Colombia cuenta con un límite estricto de 30 años al carácter reservado de la información,⁴² Ecuador fijó tal plazo en 15 años⁴³ y México, en 10⁴⁴.

Sin pretender ser exhaustivo, el anterior relevamiento da muestra de la necesidad de establecer en la legislación un límite temporal claro y razonable que funcione de llave para la apertura de la información que ya no encuentra justificación para su reserva. En principio, un plazo máximo dentro del rango de entre 10 y 30 años parecería acorde con las regulaciones de los demás países. Asimismo, cualquier prórroga o extensión de dicho plazo debería ser excepcional, destinado únicamente a los supuestos de máxima gravedad y contar con la autorización expresa y motivada de las máximas autoridades.

3. Ley de Inteligencia Nacional

Tal como fue mencionado anteriormente, la Ley N° 25.520 regula la actividad del Sistema de Inteligencia Nacional (SIN) y es la única otra norma, además de la Ley de Acceso a la Información Pública, que abarca aspectos relativos a la clasificación de información como reservada.

78

En primer lugar, es necesario aclarar que se trata de una norma destinada a regular la actividad de los organismos del SIN: la Agencia Federal de Inteligencia, como órgano rector, la Dirección Nacional de Inteligencia Criminal y la Dirección Nacional de Inteligencia Estratégica Militar. También se incluye expresamente en el Artículo 9° a las áreas de inteligencia criminal de la Policía Federal Argentina, Gendarmería Nacional Argentina, Prefectura Naval Argentina, Policía de Seguridad Aeroportuaria y de inteligencia penitenciaria del Servicio Penitenciario Federal.

En segundo lugar, la información clasificada como reservada por estos

⁴⁰ Ley de Reforma Constitucional y Gobernanza de 2010, Reino Unido, 8 de abril de 2010, arts. 46. 2. Disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/25/contents>. Ley de Libertad de la Información de 2000, 30 de noviembre de 2000, sección VI. Disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/contents>.

⁴¹ Ley de Gobierno Abierto (Wet open overheid), Países Bajos, 1 de agosto de 2022. Disponible en <https://wetten.overheid.nl/BWBR0045754/>

⁴² Ley 57 de 1985, Colombia, 5 de julio de 1985, art. 13. Disponible en <https://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=276>.

⁴³ Ley orgánica 24 de transparencia y acceso a la información pública, Ecuador, 18 de mayo de 2004, Registro Oficial Suplemento 337, art. 18. Disponible en <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2023-10/Lotaip-2023.pdf>

⁴⁴ Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley DOF 09-05-2016, Art. 99. Disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP.pdf>.

organismos de inteligencia debería ser únicamente aquella relacionada con las actividades de inteligencia, el personal afectado a las mismas, la documentación y los bancos de datos, tal como establece el artículo 16 de la norma. No toda información que generen, obtenga, transformen, controlen o custodien estos organismos estará necesariamente incluida dentro de tal categoría⁴⁵. Por ello, no es correcto aplicar por analogía las disposiciones de esta norma a toda información que esté poder de los Ministerio de Defensa, Seguridad o Relaciones Exteriores, o incluso a otros organismos del Estado Nacional.

Como fue mencionado anteriormente, la reforma introducida por la Ley N° 27.126 modificó el régimen de información clasificada previsto en el título V de la norma. Si bien se establecieron las categorías de secreto, confidencial y público, la determinación de los diferentes plazos de reserva y las condiciones para su desclasificación y acceso fueron dejados para una futura reglamentación⁴⁶. Dicha reglamentación nunca llegó. Incluso, la cuestión sobre los procedimientos para la desclasificación de información reservada fue objeto de una presentación judicial que a día de hoy se encuentra pendiente de resolución por parte de la CSJN, luego de que la Cámara afirmara que, de no ser conocidos tales procedimientos, ninguna solicitud de acceso a la información reservada podría llevarse adelante, por desconocimiento del modo y de los plazos para efectuarlo⁴⁷.

Seguramente la decisión del máximo Tribunal traerá mayor claridad sobre el asunto. De todos modos, el procedimiento para las solicitudes y reclamos por acceso a la información pública previstos en la Ley N° 27.275 es, sin dudas, igualmente aplicable para la Agencia Federal de Inteligencia como para cualquier otro organismo del Estado Nacional. En todo caso, de corresponderse el objeto de la solicitud con información que encuadre en la excepción del artículo 8 inciso a), se deberá fundamentar adecuadamente el cumplimiento del régimen establecido en la ley.

Respecto del procedimiento específico de desclasificación, si bien no se encuentra reglamentado, lo único que estipula el artículo 16 ter de la Ley N° 25.520 es que para presentar una solicitud de desclasificación es requisito acreditar un interés legítimo, sin precisar la forma o vía administrativa para ello. Ese mismo artículo otorga la potestad al Poder Ejecutivo para ordenar la desclasificación de cualquier tipo de información y determinar el acceso a la misma.

De hecho, la desclasificación motu proprio por parte de la administración fue el único mecanismo por el cual se dieron a conocer grandes volúmenes de información producidos por la última dictadura militar y aún preservados bajo secreto, impulsado

⁴⁵ CSJN, "R.P., R.D. c/ Estado Nacional - Secretaría de Inteligencia del Estado", sentencia del 19/04/2011, Fallos: 334:445.

⁴⁶ Ley 25.520 de Inteligencia Nacional, B.O. 3 de diciembre de 2001, art. 16 ter.

⁴⁷ CNCAF, "Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ Estado Nacional - Agencia Federal de Inteligencia", sentencia del 27 de junio de 2019, causa N° 63.523/2017

originalmente por la necesidad de agilizar el acceso a la prueba necesaria para llevar adelante los juicios por crímenes de lesa humanidad. Así, mediante diferentes decretos, el Poder Ejecutivo desclasificó información y documentos vinculados con el accionar de las Fuerzas Armadas entre 1976 y 1983⁴⁸ y con el conflicto armado de las Islas Malvinas,⁴⁹ las actas de la junta militar de 1971 a 1973⁵⁰, así como también, ya correspondiente al periodo democrático, la información de inteligencia relacionada con el atentado a la AMIA de 1994⁵¹.

En algunos casos, si bien la desclasificación fue total, eso no significó la publicación de la información. Se estableció un procedimiento adicional para verificar “*que sea secreto aquello que verdaderamente deba serlo*”⁵², a partir de la puesta en funcionamiento de equipos de relevamiento, en el entendimiento de que, si bien la clasificación de tales documentos había servido como medio para ocultar el accionar ilegal de los gobiernos de facto⁵³, aún podía existir información que implique un riesgo en materia de defensa, seguridad y política exterior o en relación con la divulgación de datos personales sensibles.

A pesar de los decretos de desclasificación enmarcados en el proceso de Memoria, Verdad y Justicia, esta actividad se concentró casi exclusivamente en los archivos de las Fuerzas Armadas, por lo que aún continúa siendo secreta la mayor parte de la información que se encuentra en poder de los organismos de seguridad interior y de inteligencia. Se trata de información del más alto interés público, cuyo acceso por parte de la ciudadanía no puede quedar sujeto a la voluntad política de quien ocupe la Presidencia. A 40 años de democracia, es como mínimo alarmante que la cultura del secreto siga encontrando terreno fértil en los actuales obstáculos normativos y la falta de una legislación robusta que favorezca el más amplio acceso a los archivos relacionados con el accionar ilegítimo de las dictaduras militares.

IV. Conclusión: hacia un régimen de información reservada

Luego de analizar minuciosamente la normativa nacional a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, queda claro que nuestra legislación, si bien cuenta con ciertas fortalezas, aún cuenta con deudas pendientes frente a las cuales resulta imprescindible actuar si queremos desterrar la cultura del secreto de una vez por todas.

La Ley N°27.275 de Acceso a la Información Pública es la punta de lanza, cuyo

⁴⁸ Decreto 4/2010, B.O. 6/1/2010; Decreto 2103/2012, B.O. 5/11/2012.

⁴⁹ Decreto 200/2012, B.O. 8/2/2012; Decreto 503/2015, B.O. 6/4/2015.

⁵⁰ Decreto 524/2022, B.O. 22/8/2022.

⁵¹ Decreto N° 395/15, B.O. 13/3/2015, Decreto 213/2020, 5/3/2020.

⁵² Decreto 4/2010, B.O. 6/1/2010.

⁵³ Decreto 200/2012, B.O. 8/2/2012.

mayor potencial se encuentra en la determinación de las categorías de información que no son susceptibles de reserva (evaluación de las políticas, violaciones de derechos humanos y crímenes internacionales) y la exigencia de considerar el riesgo de daño y la existencia de un interés público preponderante al momento reservar la información y evaluar su publicación. También cabe destacar obligación de publicar índices de información clasifica, lo cual resulta una medida de transparencia sumamente importante sin la cual no es posible conocer qué información se encuentra reservada. Por otra parte, es inaceptable que no contemos con un plazo máximo para la duración de la reserva. No resulta suficiente que deba realizarse una nueva evaluación pasados los diez años, si la decisión de desclasificación continúa quedando al arbitrio de las autoridades de manera indefinida. Ninguna información puede mantenerse oculta para siempre.

También, es destacable que la Ley N° 25.520 de Inteligencia Nacional incluya una definición de cada nivel de clasificación y los motivos por los cuales es posible mantener información bajo reserva. Sin embargo, tales definiciones están formuladas a partir de términos relativamente abiertos y el listado de causales es meramente enunciativo. Asimismo, por más que en ocasiones pretenda aplicar por analogía a otros organismos, su alcance se limita a aquellos que formen parte del sistema nacional inteligencia y, en todo caso, a la información producida por ellos. Tampoco establece un plazo máximo de reserva. Aún más, prescribe que toda información permanezca secreta por al menos 15 años, a contramano de la exigencia de establecer un plazo máximo razonable para su reserva.

Hoy la Argentina no cuenta con una regulación que obligue a las autoridades a acompañar el acto de reserva de la información necesaria para brindar transparencia sobre la decisión y permitir identificar el documento y su contexto de producción. Tampoco existen mecanismos adecuados y efectivos de control judicial y administrativo. La solicitud de desclasificación de la Ley N° 25.520 no está reglamentada y la intimación que puede realizar la AAIP a un organismo para que entregue determina información no tiene el efecto de remover su reserva. En el ámbito judicial, la CSJN determinó que, para los casos de habeas data, la clasificación de la información como reservada no es obstáculo para que los jueces verifiquen si se encuentra comprometido el interés público y den lugar a la solicitud⁵⁴. Es necesario garantizar un control judicial amplio para la impugnación de la reserva y la solicitud de desclasificación.

Estos aspectos bien podrían ser incorporados mediante la modificación del decreto reglamentario de la Ley de Acceso a la Información Pública o el dictado de normas aclaratorias por parte del Jefe de Gabinete de Ministros, en virtud del artículo 3° del vigente Decreto 206/12. Incluso se podrían lograr ciertos avances mediante

⁵⁴ Fallos: 334:445.

la reglamentación pendiente de la Ley de Inteligencia Nacional. De todos modos, cualquier regulación que vaya a determinar qué información es legítimo mantener bajo reserva en una sociedad democrática, de qué modo y por cuánto tiempo, merece el más amplio debate y participación de todos los sectores involucrados.

Para ello, el escenario ideal resulta sin dudas el dictado de una nueva ley de alcance general, que sea discutida en el Congreso Nacional e incorpore las perspectivas de los organismos pertinentes, los archivos históricos y los órganos garantes de acceso a la información de los tres poderes del Estado, sin dejar de lado la incorporación de los diferentes actores de la sociedad civil, incluyendo a las agrupaciones de víctimas y organizaciones de derechos humanos.

V. Bibliografía

Asociación por los Derechos Civiles, ADC, Acceso a la información pública y excepciones de seguridad nacional en Argentina, mayo de 2018. Disponible en <https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2019/06/039-acceso-a-la-informacion-publica-y-excepciones-de-seguridad-nacional-en-argentina-05-2018.pdf>

Bobbio, Norberto, *Democracia y secreto*, México, Fondo de Cultura Económica. 2013

Bobbio, Norberto, *El futuro de la Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986

Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información y Centro de Archivo y Acceso a la Información Pública, CELE y CAinfo, Seguridad Nacional y Acceso a la información en América Latina: Estado de situación y desafíos, julio de 2012. Disponible en <https://www.palermo.edu/cele/pdf/NS-AI.pdf>

Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, “El secreto: La seguridad nacional como coartada para un Estado sin controles” en Derechos Humanos en la Argentina: Informe 2019, 1ª ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. Disponible en <https://www.cels.org.ar/web/capitulos/el-secreto-la-seguridad-nacional-como-coartada-para-un-estado-sin-controles/>

Jurisprudencia

CNCAF, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ Estado Nacional - Agencia Federal de Inteligencia”, sentencia del 27 de junio de 2019, causa N° 63.523/2017

Corte IDH, “Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 151.

_____, “Gomes Lund y otros vs. Brasil”, sentencia del 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 219.

_____, “Caso Humberto Maldonado Vargas y Otros vs. Chile”, sentencia del 2 de septiembre de 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 300.

_____, “Flores Bedregal y otras vs. Bolivia”, sentencia del 17 de octubre de 2022, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 467.

CSJN, “Ganora, Mario Fernando y otros c/ Estado Nacional y Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.”, sentencia del 20/9/1999, *Fallos*: 322:2139

_____, “R.P., R.D. c/ Estado Nacional - Secretaría de Inteligencia del Estado”, sentencia del 19/04/2011, *Fallos*: 334:445.

Decisiones y documentos de organismos internacionales

83

Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Res. 2607, AG/RES 2607 - (XL-O/10), 8 de junio de 2010.

Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública, AG/RES.2958 (LO/20), OEA/Ser.D/XIX.12 2020, 2020.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147, 17 de diciembre de 2005, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Artículo 19, *Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información*, Londres, 1996, ed. español 2005.

Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, OEA, Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y su Guía de Implementación, OEA/Ser.D/XIX.12, 2012.

Comisión de Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993, Estudio sobre

el derecho de restitución, compensación y rehabilitación para víctimas de violaciones manifiestas de derechos humanos: Reporte final del Relator Especial Theo van Bowen, 2 de julio de 1993.

Comisión IDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Derecho a la información y seguridad nacional: El acceso a la información de interés público frente a la excepción de seguridad nacional*, julio de 2020, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.24/20.

Organización Internacional de Normalización y Comisión Electrónica Internacional, ISO/IEC 27001:2022, Sistemas de gestión de la seguridad de la información, octubre de 2022.

Open Society Justice Initiative, *Principios de Tshwane: Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información*, 12 de junio de 2013, Tshwane.

¿Es la prohibición de la mutilación genital femenina una política pública efectiva?

Un estudio sobre la eficacia de la legislación penal en África

María Sol Bucetto*

Resumen

La práctica de la mutilación genital femenina (“MGF”) constituye un mecanismo violento de dominación dirigido a perpetrar la desigualdad y opresión de las mujeres por parte de los hombres. En este sentido, la tradición y los pretextos religiosos se presentan como fundamentos dogmáticos sobre los que se sustenta y legitima esta práctica que afecta tanto la integridad corporal como personal de las mujeres, al limitar su sexualidad y definir su grado de “honorabilidad”. Varios Estados con comunidades involucradas de forma activa en esta práctica comenzaron a prohibirla a través de su legislación. En particular, el caso de Kenia representa uno de los países con mayores progresos en la erradicación de la MGF, atento que cuenta con una sólida legislación y su población está progresivamente aceptando el abandono de la MGF. Sin embargo, se observa que es necesario adoptar políticas que tengan un enfoque de género y una mirada transversal que atraviese toda la vida pública y privada y habiliten el diálogo intercultural, propiciando un giro trópico respecto de lo que significa culturalmente no someterse a la MGF.

Palabras clave: sistema patriarcal - mutilación genital femenina – tradición y derechos de las mujeres y niñas - legislación penal – Kenia

* Abogada con orientación en Derecho Público Internacional (UBA), Candidata a magister en Derechos Humanos (UNLP), Docente de “El control de convencionalidad” (Facultad de Derecho UBA) solbucetto@yahoo.com.ar / solbucetto@gmail.com

Abstract

The practice of female genital mutilation (“FGM”) constitutes a violent mechanism of domination aimed at perpetuating inequality and the oppression of women by men. In this regard, tradition and religious pretexts are presented as dogmatic foundations on which this practice is sustained and legitimized, affecting both the bodily and personal integrity of women by limiting their sexuality and defining their degree of “honorability.” Several states with communities actively involved in this practice have begun to prohibit it through legislation. In particular, Kenya represents one of the countries with the greatest progress in eradicating FGM, given that it has strong legislation and its population is progressively accepting the abandonment of FGM. However, it is necessary to adopt policies that incorporate a gender-focused approach and a cross-cutting perspective that permeates all aspects of public and private life, enabling intercultural dialogue and fostering a cultural shift in the understanding of what it means not to submit to FGM.

Keywords: Patriarchal system - female genital mutilation – tradition and women’s and girls’ rights - criminal legislation – Kenya

I. Introducción: la sociedad patriarcal y la mutilación genital femenina

Como primera aproximación al tema, considero importante tener presente que todo análisis que pretenda observar el mundo actual debe partir del reconocimiento de la existencia de una sociedad patriarcal, entendida como un modelo cultural hegemónico y estructural basado en relaciones de desigualdad entre los estereotipos construidos a partir de una lógica de género binaria, que excluye la posibilidad de que se desarrolle la diferencia. En este sentido, el sistema patriarcal es un modelo de género relacional, que implica que el ser hombre/mujer es un concepto que cobra sentido a través de los sistemas de diferenciación social¹, en cuyo marco se establecen pactos entre los varones que tienen por objeto a las mujeres². En este orden de ideas, los pactos patriarcales existentes se proyectan sobre las instituciones impartiendoles su impronta androcéntrica al incorporarlas al pacto de violencia relacional³, cuya multiplicidad de formas o mensajes se escribe en el cuerpo de las mujeres pero no las tiene como interlocutoras sino como medios de comunicación del mensaje hacia un interlocutor que se representa un igual (varón) en un diálogo horizontal⁴.

En este contexto, la práctica de la mutilación genital femenina (en adelante, “MGF”) se constituye en una poderosa tradición dirigida a perpetrar la desigualdad y opresión de las mujeres por parte de los hombres, actuando como una forma de regulación de las conductas femeninas, a partir de lo cual se delimita y restringe su libertad, coartando toda posibilidad de autoafirmación y autodeterminación.

A partir de estas prácticas se construye una “identidad” de niñas honorables, mujeres puras y aptas para desarrollar su rol de madres y esposas, al mismo tiempo que excluye y juzga a aquellas que no se someten a la misma, se las desprecia, se las considera impuras e incluso se las asocia a la “mala vida”.

Bajo esta óptica, la MGF es una costumbre característica de múltiples culturas, relacionada con rituales de iniciación a la edad adulta o de *purificación* en la mayoría de los casos. De este modo, la tradición se presenta como el fundamento dogmático sobre el que se sustenta y legitima esta desigualdad/opresión. En esta

¹ Artiñano, Néstor, *Masculinidades Incomodas: jóvenes, género y pobreza*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Espacio Editorial, 2015, p. 21.

² Theumer, Emmanuel, “Justicia es que no vuelva a pasar: Heteropatriarcado, necropolíticas del género y Ni una menos”, en Femenías, María Luisa, Novoa, Silvia (coord.) *Mujeres en el laberinto de la justicia*, Rosario, Prohistoria ediciones, 2018, pp. 49-70, p. 70.

³ Bolla, Luisina, Segura, Valeria, Talamonti, Paula, “Extender las redes de mujeres, reforzar los saberes colectivos: reflexiones a partir de las experiencias territoriales para abordar situaciones de violencia de género” en Femenías, María Luisa, Novoa, Silvia (coord.), *Mujeres en el laberinto de la justicia*, Rosario, Prohistoria ediciones, 2018., pp. 163-189, p. 171.

⁴ Femenías, María Luisa, *Aspectos del discurso jurídico*, Rosario, Prohistoria ediciones, 2014, pp. 64-66.

línea de análisis, Marcela Lagarde entiende que “... *la opresión de género se ha apoyado en mitos e ideologías dogmáticas que afirman que la diversidad entre mujeres y hombres encierra en sí misma la desigualdad, y que esta última, es natural, ahistórica y, en consecuencia, irremediable*”⁵.

Asimismo, las comunidades que la practican se amparan en pretextos religiosos con el fin de mitigar la sexualidad femenina y aumentar las posibilidades de contraer matrimonio. Pese a que la MGF no está respaldada por el islamismo ni el cristianismo, queda de manifiesto que las tradiciones culturales y religiosas aún se encuentran representadas a través de prácticas y posiciones sociales jerarquizadas y sexualizadas.

Así pues, este escenario se encuentra acompañado por la presencia implícita de actos violentos que ofician de sostén de toda relación en el marco del modelo patriarcal, tales como el derecho de los maridos de azotar a la mujer, el mandato de casarse –o incluso el matrimonio infantil-, la deserción escolar temprana y la reclusión al espacio doméstico⁶. De este modo, la mujer es percibida como un objeto, subyugada a las demandas patriarcales. Como contrapartida, los hombres son considerados los portadores de la razón, universales y el escenario público es su lugar de pertenencia. Además, son los encargados de la subsistencia de su pueblo tanto en sentido de supervivencia como de herencia cultural. En consonancia con ello, es necesario resaltar el lugar de las purificadoras, quienes se autoproclaman como las encomendadas para proteger y preservar la tradición del *salindé* –MGF-.

En términos conceptuales, la Organización Mundial de la Salud (en adelante, “OMS”) define la MGF como el conjunto de procedimientos consistentes en la resección parcial o total de los genitales externos femeninos y otras lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos no médicos⁷. En la mayoría de los casos se practica en la infancia por “purificadoras” de la propia comunidad, aunque actualmente en muchos lugares es realizada por proveedores de asistencia sanitaria. Es dable resaltar que la MGF no tiene ningún efecto beneficioso para la salud y perjudica de formas muy variadas a las mujeres y niñas incluyendo eventuales peligros para sus bebés⁸.

⁵ Lagarde, Marcela, “Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, n°4, 1996, pp. 86-125, p. 89.

⁶ Al respecto, Segato, Rita, *La argamasa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del derecho*, Brasilia, Departamento de Antropología de la Universidad de Brasilia, 2003, p. 2.

⁷ Es común escuchar también los términos *ablación*, *escisión* o *circuncisión genital femenina* para referirse a esta tradición. Tanto la OMS como la Unión Africana usan el término *mutilación* por considerarlo el que mejor se adapta a la realidad de la práctica y el que mejor engloba todos los tipos de mutilación que existen.

⁸ Para mayor información acerca de prácticas lesivas y las complicaciones sanitarias vinculadas a la MGF, visítese la página web de la OMS, en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (consultado el 24 de junio de 2024). En particular, recomiendo la lectura del Informe “Comprender y abordar la violencia contra las mujeres: Mutilación genital

A la luz de esta información, en 1997, la OMS, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (en adelante, “UNICEF”) y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (en adelante, “UNFPA”) hicieron pública una declaración conjunta contra la práctica de la MGF. En la misma línea, en el año 2012, la Organización de Naciones Unidas (en adelante, “ONU”) declaró a la MGF como una violación de los Derechos Humanos. Sin perjuicio de ello, esta práctica sigue vigente en muchas partes del mundo.

En particular, se concentra en cerca de 30 países de África y de Oriente Medio y Asia meridional, así como algunos países asiáticos (India, Indonesia, Iraq y Paquistán), donde se estima que más de 230 millones de mujeres y niñas vivas actualmente han sido objeto de la MGF. También persiste en algunas pequeñas comunidades con poblaciones emigrantes de Latinoamérica, Europa Occidental, Australia y Nueva Zelanda.

El UNFPA y UNICEF, a través de su programa conjunto mundial, señalaron que solo en 2021, 4.16 millones de niñas estaban en riesgo de sufrir MGF y se calcula que las interrupciones en los programas de prevención relacionadas con la pandemia, podrían derivar a lo largo del próximo decenio en 2 millones de casos de MGF que, de otro modo, se podrían haber evitado⁹. Desde esta perspectiva, el propósito de eliminar todas las prácticas nocivas para las niñas y mujeres –tales como la MGF- dispuesto en la Agenda 2030 de Objetivos de Desarrollo Sostenible del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo se ve en riesgo, toda vez que se estima que unos 68 millones de niñas serán sometidas a la MGF de aquí a 2030 si no se intensifican las iniciativas destinadas a poner fin a esta práctica nociva¹⁰.

89

II. La tensión entre la cultura y los derechos de las mujeres y niñas

En determinados casos, la relación entre el multiculturalismo y el paradigma de los Derechos Humanos puede ser compleja. Para comprender esta intersección, tomaré la noción de “multiculturalismo” como el conjunto de formas de vida diferentes, conservadoras de tradiciones particulares y derechos de las minorías

femenina”, realizado en colaboración con la Organización Panamericana de la Salud, en http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98838/WHO_RHR_12.41_spa.pdf;jsessionid=3BACEE740F24A3406E2CA072FBE67AD0?sequence=1 (consultado el 24 de junio de 2024)

⁹ Al respecto, véase el Informe de la UNFPA “Repercusión de la pandemia de COVID-19 en la planificación familiar y la eliminación de la violencia de género, la mutilación genital femenina y el matrimonio infantil”, en https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/COVID-19_impact_brief_for_UNFPA_23_April_2020_ES.pdf (consultado el 24 de junio de 2024).

¹⁰ Para mayor información sobre el Programa Conjunto sobre la mutilación genital femenina del UNFPA y UNICEF, visítase su página web, en <https://www.unfpa.org/es/programa-conjunto-sobre-la-mutilaci%C3%B3n-ablaci%C3%B3n-genital-femenina> (consultado el 24 de junio de 2024)

sean estas sexuales, culturales o de otros grupos sociales que anteriormente eran invisibles como tales¹¹.

Como indicara previamente, la práctica de la MGF refleja una desigualdad entre los sexos muy arraigada, y es considerada, a nivel de internacional una violación a los derechos humanos de la mujer y la niña, en términos fácticos y de no discriminación. En términos generales, viola el derecho a la salud, integridad física, psíquica, no ser sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, igualdad jurídica e igualdad de oportunidades y a la vida en los casos que el procedimiento acaba produciendo la muerte. En particular, constituye un atentado contra los derechos de salud sexual y reproductiva, por cuanto niega el derecho al placer, a la seguridad sexual del cuerpo y a la toma de decisiones reproductivas libres, transgrediendo ampliamente el derecho a la equidad sexual.

Por otra parte, como contrapartida a las violaciones reseñadas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos también recepta el derecho a la integridad cultural. En relación con esto, existe una discusión de larga data respecto a si el alegado carácter “universal” de los DDHH responde únicamente a valores occidentales. Raimon Panikkar ha dicho que los valores siempre se definen en base al contexto cultural donde fueron concebidos y que debe indagarse si existen conceptos equivalentes entre las diferentes culturas¹².

90

Sin dejar de considerar el valor de la tradición para el bienestar humano, no debe perderse de vista que en el caso de la MGF, tiene una función legitimadora del orden social y del carácter dogmático de la violencia, que pretenden avalar prácticas en pos de la subsistencia cultural pero en detrimento de derechos individuales de las mujeres y niñas. Además, debe tenerse presente que la cultura no es algo estático, sino que está en constante cambio y adaptación.

Ahora bien, las normas consuetudinarias que habilitan este accionar tienen fuertes rasgos patriarcales y reflejan las redes de poder que dan sustento a la dinámica sexista, a razón de que las mujeres son naturalizadas como seres inferiores dentro de su propia cultura. No obstante, existen también conflictos al interior de este conjunto normativo. Al respecto, Janet Rifkin es una de las autoras que ven al derecho como un paradigma de masculinidad y Catherine MacKinnon entiende que refuerza más las distribuciones de poder existentes¹³.

¹¹ Leciñana Blanchard, Mayra, “El desafío de las diferencias: teoría feminista latinoamericana, ¿quién habla y cómo?”, en AAVV *Actas de las VII Jornadas Nacionales de Historia de las Mujeres; II Congreso Iberoamericano de estudios de Género*, Salta, Universidad Nacional de Salta, 2004, https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/18396/CL_04_%282005%29_02.pdf?sequence=1&isAllowed=y, último acceso: 24 de junio de 2024.

¹² Véase Panikkar, Raimundo, “Is the notion of Human Rights a Western Concept?”, *Diogenes* 30 (120), 1982, pp. 75-102.

¹³ Véase, Rifkin, Janet, “Toward a Theory of Law and Patriarchy”, *Harvard Women's Law Journal*,

Leída en términos de consagración cultural, la práctica de la MGF recurre al entrecruzamiento de la tradición, el orden natural y la religión como pilares para justificar la purificación a través del *salindé*. Por otro lado, existe el *mooladé*, como “derecho de asilo otorgado al que huye”. Ambos institutos forman parte de la herencia cultural del pueblo y su transmisión intergeneracional las convirtió en convenciones orales con valor jurídico, reconocidas desde tiempos inmemoriales.

Analizadas en abstracto, estas figuras no parecen colisionar entre sí. El conflicto surge cuando se recurre a una (*moolaadé*) en busca de protección de la otra (*salindé* -MGF-), en tanto ésta lesiona intereses particulares de las mujeres en pos de mantener tradiciones colectivas. En este sentido, debe concluirse que la defensa de derechos colectivos apoyados en una tradición patriarcal no supera el test de género y tienden a mantener estructuras discriminatorias para las mujeres y/o para quienes no desean acatar los mandatos ancestrales de sus propios grupos étnicos de pertenencia¹⁴.

III. La prohibición de la mutilación genital femenina a través de la legislación penal

El movimiento internacional contra la MGF alentó a que los países con comunidades involucradas de forma activa en esta práctica comiencen a prohibirla a través de su legislación. A modo informativo, téngase presente que el marco normativo internacional que protege a las mujeres y niñas contra la MGF también se compone de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su protocolo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer y la Convención de Derechos del Niño. Asimismo, cuenta con sus respectivos organismos de protección, junto con la Relatoría especial sobre la violencia contra la mujer de Naciones Unidas y la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres del Sistema Interamericano.

Además de las leyes locales, en 2016 el Parlamento Panafricano, el órgano legislativo de la Unión Africana, aprobó la prohibición en sus 50 Estados miembros en virtud del plan de acción firmado entre sus diputados y representantes del UNFPA.

Cabe señalar que Senegal fue el primer país en erradicar por completo la MGF y que las recientes legislaciones de Sierra Leona (en 2019) y Sudán (en 2020) se consideran grandes logros, ya que tenían de las mayores tasas de MGF en el mundo¹⁵.

3, 1980; y Mackinnon, Catharine, “Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence”, en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, VIII, 1983.

¹⁴ Femenías, María Luisa, Vidiella, Graciela, “Multiculturalismo y Género. Aportes de la democracia deliberativa”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2017, pp. 23-46, p. 45.

¹⁵ Libia, por ejemplo, ha firmado acuerdos con los principales líderes tradicionales para suspender

A diferencia, preocupa la situación de Malí, donde el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer denunció que el gobierno no había tipificado como delito la MGF, lo cual permitía violar con impunidad los derechos de las mujeres¹⁶.

Al mismo tiempo, sin perjuicio del valor reconocido a la sanción de estas normas, millones de niñas en África están en riesgo de sufrir la MGF debido a que sus gobiernos no aplican estas leyes. La ONG Amnistía Internacional reveló que en Egipto, Etiopía e Indonesia, donde la MGF está prohibida por ley, se sigue practicando de forma clandestina, a pesar de que las instituciones musulmanas y cristianas también se hayan posicionado en su contra. Del mismo modo, también manifestó su preocupación por el aumento de la MGF en Chad¹⁷.

En esta línea, genera aún más preocupación el proyecto de ley presentado ante el Parlamento de Gambia para levantar la prohibición de la MGF. Los parlamentarios votaron abrumadoramente a favor de este proyecto, que luego fue enviado a un comité parlamentario para una revisión antes de la votación final que se llevará adelante próximamente¹⁸.

1. El caso de Kenia: su evolución respecto a la MGF

92

Según Naciones Unidas, Kenia era uno de los países donde existía un gran apoyo a la tradición de la MGF. Sin embargo, a través de los años se ha constituido en un referente de la eliminación de la MGF en el mundo, convirtiéndose en la punta de lanza para un verdadero cambio, pues no solo cuenta con legislación penal sino que también su presidente ha manifestado abiertamente su posición respecto a la prohibición.

El proceso de elaboración de la legislación en Kenia fue extendido, ya que en 2001 se sancionó el decreto que criminalizaba la MGF, pero fue recién aprobado en 2011, imponiendo un castigo de tres años de prisión y una multa de 2.000 dólares.

Por su parte, el presidente Uhuru Kenyatta se había comprometido a poner fin a la MGF en el 2022 (y 2030 de toda violencia de género), fecha que los grupos

la MGF de forma temporal. La norma convertía en delito por un año la MGF en toda mujer menor de edad, pero continuaba siendo legal en adultas que la consienten. De este modo, se ha dispuesto en reiteradas ocasiones la suspensión temporal de esta práctica, pero aún no ha aprobado una legislación que la prohíba de manera permanente.

¹⁶ Mali tiene un proyecto de ley redactado en 2017 que declara ilegal la MGF, pero todavía no se ha aprobado. Véase, Comité CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Malí, 34° período de sesiones 16 de enero a 3 de febrero de 2006.

¹⁷ Al respecto, véase el informe de Amnistía Internacional, Situación de los derechos humanos y los cambios que se han producido en la región a lo largo de 2020, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/paises/africa/>, último acceso: 24 de junio de 2024.

¹⁸ UNICEF ya había expresado su preocupación en el informe anual de Gambia de 2022. Véase, <https://www.unicef.org/gambia/media/1581/file/UNICEF%20Gambia%20Annual%20Report%202022.pdf>

de derechos de las mujeres decían que no era realista debido a las altas tasas de prevalencia que aún se dan en algunas áreas del país.

Pese a este contexto favorable, esta práctica aún persiste en algunas comunidades, cuyo grado de incidencia varía según el grupo étnico: los somalis tienen un 94% de incidencia, por ejemplo, mientras que los luo tan solo un 0,2%.

Para analizar si en el seno de las comunidades ha existido algún cambio a partir de la sanción de la ley, resultan de gran utilidad los informes estadísticos elaborados por UNICEF. Así, en su informe de 2011 surge que entre los años 1997-2008, en el territorio de África existía un 47% de mujeres entre 15 y 49 años que habían sido mutiladas y 26% que tenían al menos una hija que había sido sometida a la MGF. En particular, Kenia presentaba 27% de sus mujeres mutiladas y no se obtuvieron datos respecto a sus hijas¹⁹.

En 2013, ya con la ley en vigencia, UNICEF señaló que en Kenia y la República Unida de Tanzania, las niñas entre los 15 y 19 años tenían tres veces menos probabilidades de sufrir esta experiencia que sus madres²⁰.

En 2014 tanto UNICEF como el UNFPA llevaron a cabo un estudio profundizado de la cuestión, de donde surge que la cantidad de niñas y mujeres de 15 a 49 años sometidas a MGF se había reducido a 21% (variando del 98% en la región Noreste al 1% en la región Oeste) y las niñas de 0 a 14 años –reportadas por sus madres- rondaba el 3%. Esta estadística revela que 4 millones de niñas y mujeres han sido sometidas a la MGF²¹. El número resulta alarmante, debido a que se trata de una práctica ilegal en el país, pero aun así Kenia estaba entre los países con tasas más bajas, muy por debajo de otros países como Somalia (98%), Guinea (97%) o Yibuti (93%).

A partir del análisis de otras variables, también pudo concluirse que hay determinadas condiciones de fondo que influyen sobre la posibilidad de ser víctimas de esta práctica. De este modo, las niñas y mujeres de zonas rurales que viven en hogares pobres, con menos educación o que se identifican como musulmanas corren un mayor riesgo de sufrir MGF o tienen más probabilidades de haber sido sometidas a ella²².

En cuanto a su continuidad, el 26% de las madres sometidas a MGF cuyas hijas también fueron mutiladas opinó que debía mantenerse, el 7% no estaba segura y el 4% que debía continuar. Por su parte, el 6% de las niñas y mujeres entre 15 y 49

¹⁹ Véase UNICEF, Estado mundial de la infancia de 2011: tabla estadística sobre mutilación/ablación femenina, <https://www.unicef.org/costarica/media/801/file/Estado%20Mundial%20de%20la%20Infancia%202011.pdf>, último acceso: 24 de junio de 2024.

²⁰ Véase UNICEF, Mutilación/ablación genital femenina: Resumen estadístico y exploración de la dinámica del cambio, https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2019/04/UNICEF_FGM_report_July_2013.pdf, último acceso: 24 de junio de 2024.

²¹ Véase UNFPA, Female Genital Mutilation Dashboard (FGM) – Kenya, <https://www.unfpa.org/es/data/fgm/KE>, último acceso: 24 de junio de 2024.

²² Véase UNICEF, A profile of female genital mutilation in Kenya March 2020, <https://data.unicef.org/resources/a-profile-of-female-genital-mutilation-in-kenya/>, último acceso: 24 de junio de 2024.

años consideró que debía continuar, el 92% que debía parar y el 1% no se definió. El 9% de los niños y hombres del mismo rango etario manifestaron que debía continuar, el 89% que debía parar y el 2% que dependía de la situación.

Por último, en 2019 se realizó una recopilación en la base de datos global que analiza la MGF en relación al padrón obtenido en 2014. A partir de encuestas demográficas y sanitarias, se desprende que la prevalencia de la práctica entre las niñas de 0 a 14 años sometidas a MGF fue de 3% y entre niñas y mujeres de 15 a 49 años fue de 21% (nuevamente con mayor presencia en zonas rurales y hogares más pobres).

Respecto a la continuidad, el porcentaje de niñas y mujeres y niños y hombres entre 15 y 49 que consideran que se debe eliminar la práctica se mantuvo inalterable. Esto demuestra que el descenso en la prevalencia ha sido constante durante al menos tres generaciones de mujeres, y parece haber comenzado hace cuatro o cinco décadas²³.

En otro orden de ideas, el cuadro sanitario provocado por el COVID-19 ha puesto en riesgo los avances conseguidos, puesto que se ha registrado un aumento alarmante en casos de MGF.

La lucha contra la pandemia generó un vacío de autoridad que impidió llevar adelante efectivas políticas de control y trabajo de sensibilización. Conjuntamente, entre las medidas adoptadas, el cierre de las escuelas implicó no solo la pérdida de acceso a la educación, sino también que las niñas no puedan acudir a esta red de protección, donde se sentían seguras y podían denunciar casos de MGF.

94

Por otra parte, la falta de ingresos por el cese de las actividades llevó a que las familias accedan a matrimonios infantiles por la tradición de la entrega de una dote y que antiguas circuncidadoras retomen sus tradicionales trabajos²⁴.

Pese a este escenario, es de destacar que en marzo de 2021 el tribunal superior de justicia de Kenia rechazó la despenalización de la MGF en lo que se convirtió en una sentencia histórica. En aquella oportunidad, una doctora cuestionó la constitucionalidad de la prohibición, solicitando que se les permitiera a las mujeres mayores de 18 años que pudieran practicar la MGF, alegando que tienen derecho a elegir qué hacer con su cuerpo a esa edad y que ninguna cultura es superior a otra.

Los jueces resolvieron que limitar la libertad de ejercer la propia cultura es razonable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad de la mujer cuando lo que se busca es restringir cualquier expresión que cause daño a una persona.

Sin perjuicio de aquel hito judicial, en 2021 UNICEF advirtió que las ablaciones realizadas en clínicas y hogares privados está aumentando en Egipto, Sudán, Guinea y Kenia.

²³ UNICEF, Female genital mutilation (FGM): Global database of FGM, <https://data.unicef.org/resources/dataset/fgm/>, último acceso: 24 de junio de 2024.

²⁴ Para mayor información, véase el informe Amnistía Internacional, Amnistía Internacional África: Guidelines for African States to protect the rights of women and girls during the COVID-19 pandemic, <https://www.amnesty.org/en/documents/afr01/2285/2020/en/>, último acceso: 24 de junio de 2024.

IV. Conclusiones finales

La persistencia de la sociedad patriarcal provoca una limitación sobre la autonomía física, emocional y económica de las mujeres y funda una estructura de injusticia de género androcrista que incluye el sexismo cultural. Esta devaluación se expresa mediante una amplia gama de ofensas, entre las que se encuentran las agresiones sexuales²⁵. En este sentido, la MGF se presenta como un mecanismo violento de dominación y opresión hacia las mujeres, que afecta tanto su integridad corporal como personal al limitar su sexualidad y definir su grado de “honorabilidad”.

En la actualidad, las pruebas demuestran que la mayoría de los habitantes de los países donde se practica quieren dejar de hacerlo y que el apoyo total a la MGF está en declive incluso donde es casi universal (como Egipto y Sudán). El caso de Kenia representa uno de los países con mayores progresos en esta área, atento que cuenta con una sólida legislación, su población está progresivamente aceptando el abandono de la MGF y su presidente incluso lo ha establecido como un objetivo de su gestión.

Sin embargo, la ONG Amnistía Internacional reportó que, pese a los esfuerzos realizados por el Estado para mejorar las condiciones estructurales de las mujeres, ellas siguen estando desfavorecidas e insuficientemente representadas en la mayoría de las esferas públicas y privadas²⁶. De este modo, en línea con la postura sostenida por Nancy Fraser, queda de manifiesto que aún existe sujeción a normas androcéntricas y culturalmente sexistas que impiden su participación en pie de igualdad en la creación de la cultura, constituyen injusticias de reconocimiento y resultan en un círculo vicioso de subordinación cultural²⁷, donde las mujeres no alcanzan la condición de sujetos y se constituyen como “subalternas”, privadas de participar en el dialogo social²⁸.

En este contexto, es necesario instaurar canales de participación estables y abiertos a todos los sectores, que permita el establecimiento de prioridades y

²⁵ Fraser, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista»”, en Prieto Del Campo, Carlos (ed.) *Redistribución o reconocimiento. Un debate entre marxismo y feminismo. Judith Butler Nancy Fraser*, Madrid, Editorial Traficantes de Sueños, 2000, pp. 23-67, p. 41/42.

²⁶ Información extraída del INFORME 2020/21, disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/paises/pais/show/kenia/>

²⁷ FRASER, N. (2000) “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista»”, op. cit., p. 43. Judith Butler discute esta teoría sosteniendo que “No se trata sencillamente de que ciertas personas sufran una falta de reconocimiento cultural por parte de otras, sino, por el contrario, de la existencia un modo específico de producción e intercambio sexual que funciona con el fin de mantener la estabilidad del sistema de género, la heterosexualidad del deseo y la naturalización de la familia” (Butler, Judith, “El marxismo y lo meramente cultural”, en Prieto Del Campo, Carlos (ed.) *Redistribución o reconocimiento. Un debate entre marxismo y feminismo. Judith Butler Nancy Fraser*, Madrid, Editorial Traficantes de Sueños, 2000, pp. 67-89, p. 82)

²⁸ SPIVAK, G. (1985), *¿Puede el sujeto subalterno hablar?*, Orbis Tertius, 1985.

agendas locales y nacionales más consensuadas, efectivas y cercanas a las realidades de quienes se encuentran en las situaciones más difíciles. Es importante tener en cuenta qué se dice y quién lo dice, por ello resultan de gran utilidad las campañas del UNFPA²⁹, que exponen los testimonios de sobrevivientes a la MGF para difundir conciencia y ponerle fin a la práctica. En términos de Luce Irigaray, esta experiencia conjunta y corporal³⁰ funciona como reconstructora de identidades a partir de elementos identitarios diferentes, llegando a provocar un giro trópico respecto de lo que significa culturalmente no someterse a la MGF.

En el mismo sentido, debe reforzarse el rol de las madres y ancianas que oficiaban la práctica y ahora consideran que debe acabar, exhibiendo una evolución en los dogmas por ellas defendidos, en tanto se transforman en un símbolo de resistencia contra las prácticas culturales que lesionan sus derechos particulares y se entabla una relación de confianza de una mujer a otra, para que una se convierta en guía, mentora y mediadora de la otra respecto de ella y del mundo³¹. Para esto es necesario que existan espacios genuinos que habiliten el diálogo intercultural pero el escenario actual es de “diálogo intercultural complejo”, donde es difícil llevar a cabo el diálogo inter-cultural si no hay previamente un fortalecimiento grupal intra-cultural que habilite los contextos y la autonomía crítica necesaria para hacer frente al fundamentalismo identitario³².

96

Al respecto, el análisis de los datos estadísticos de Kenia expone que el porcentaje de mujeres mutiladas y cortadoras que consideraban que la práctica debía proseguir ha descendido desde 2008-2009 y 2014, pero la mayor oposición a su continuidad se presentaba en niñas y mujeres jóvenes, siendo más difícil que mujeres mayores y ancianas dejen de considerar que la MGF era requerida por el Islam o la comunidad.

Ahora bien, considerando que precisamente en ese período se sancionó la ley prohibiendo la MGF es posible presumir que su aprobación influyó favorablemente, toda vez que se reportó una reducción en el porcentaje de niñas y mujeres mutiladas. Sin perjuicio de ello, lo descripto anteriormente pone de manifiesto que, particularmente para las generaciones más arraigadas a la tradición, la ley no es suficiente ya que subyace una cuestión de género que precisa un plan integral y holístico.

Desde esta perspectiva, endurecer las penas o hacer cumplir por la fuerza las leyes no es suficiente para cambiar el comportamiento social y hasta puede propiciar prácticas clandestinas. Además, cuando se tiene constancia de un caso de MGF sigue siendo

²⁹ Véase, UNFPA, “Nacidas completas”, disponible en <https://www.unfpa.org/es/born-complete> y «Una parte de mí”, disponible en <https://www.unfpa.org/es/una-parte-de-mi>

³⁰ Luce Irigaray ha desarrollado el concepto de la “representación” a partir de la experiencia corporal y compartida. Al respecto, véase Irigaray, Luce, *Speculum*, Paris, Les éditions de Minuit, 1974.

³¹ Femenías, María Luisa, Herrera, María Marta, “Los derroteros de la Diferencia”, *Revista Maracanan*, Rio de Janeiro, V. 4, n° 4, 2007-2008, pp. 59-77, p. 69.

³² Benhabib, Seyla, *Las reivindicaciones de la cultura*, Buenos Aires, Katz, 2005, pp. 73-86.

muy difícil llegar a una condena, debido a que depende de la evidencia presentada en el juicio y muchas veces las niñas y mujeres no quieren declarar por vergüenza o miedo.

Son necesarias políticas que partan del diagnóstico sobre la desigualdad estructural entre géneros y se orienten a transformar el escenario en el largo plazo poniendo en cuestión privilegios masculinos y distribuyendo bienestar entre géneros. El objetivo debe ser buscar soluciones transformadoras que aspiren a corregir los efectos injustos, reestructurando el sistema subyacente que los genera³³.

Es decir, deben adoptarse políticas que tengan un enfoque de género y una mirada transversal que atraviese toda la vida pública y privada. Esto es, tener en cuenta que las mujeres no son un colectivo al cual se pueda uniformemente aplicar una política, sino que se deben analizar esas diversidades e intervenir interseccionalmente, para lo cual es indispensable la participación de la población objetivo de dicha política en todas las instancias de creación, puesta a prueba y evaluación.

En vista de ello, las políticas para promover la eliminación de la MGF deberían desarrollarse y aplicarse teniendo en cuenta el trasfondo cultural y social de las comunidades que la practican, ya que no todas tienen las mismas necesidades. Es preciso llevar a cabo un “discurso interno” dentro de las comunidades, a fin de resolver las tensiones entre los derechos humanos y las normas consuetudinarias y poder exponer y desacreditar las prácticas discriminatorias³⁴, sin abandonar aspectos significativos de su cultura. En esta tarea, resulta trascendental el rol de las madres y de las antiguas cortadoras que ayudan a entender que la práctica no tiene ningún beneficio.

Por otra parte, se ha observado que la práctica es más prevalente en las áreas rurales que las urbanas y entre las comunidades con menor escolarización y nivel de riqueza. De este modo, las hijas de madres con niveles educativos más altos corren un riesgo menor de ser víctimas de MGF, por lo cual queda demostrado que la escuela es un ámbito indispensable para desmitificar creencias, encontrar refugio y establecer vínculos con otras personas que se oponen a la práctica.

No debe pasarse por alto que el cuerpo médico también debe recibir instrucción educativa, a fin de que entiendan que su intervención no hace que la MGF deje de ser violatoria de los derechos de niñas y mujeres. Lo mismo respecto de niños y hombres, ya que siguen representando un porcentaje menor en relación a la intención de que la práctica se discontinúe.

Por último, no hay que desconocer que los argumentos en torno a los peligros de la integridad cultural sólo se enarbolan cuando las mujeres intentan transformar

³³ Fraser, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista»”, op. cit., p. 48.

³⁴ An-Na'im, Abdullahi Ahmed, “La responsabilidad del Estado según el derecho internacional de los Derechos Humanos frente al cambio del derecho religioso y consuetudinario”, en COOK, R. (org.), *Derechos humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales de la Mujer*, Bogotá, Profamilia, 1997.

prácticas que afectan sus vidas y ello trastoca los intereses de los sectores en el poder³⁵. Sin embargo, es la misma tradición que puede llegar a proveer elementos que legitimen la lucha, forjando un momento superador de la cultura, donde las mujeres transmutan de objetos de dominación a sujetos políticos sin dejar de lado su identidad.

Estas desigualdades entre hombres y mujeres no podrían mantenerse sin la violencia sistemática y estructural que termina conformándose en un mecanismo de control social³⁶, que busca generar miedo recurriendo a la violencia como medio de control patriarcal y reprimiendo la inconducta respecto al estereotipo de género asignado, con un fin “reparatorio” del estatus dañado por esa disidencia al modelo hegemónico³⁷.

Para concluir, debe recordarse que el feminismo, por principio, se opone a cualquier cultura patriarcal. No obstante, en casos como el presente, es posible adoptar una postura intermediaria que se centra en la posibilidad de convivencia con el multiculturalismo, a la luz de un test que arroje como resultado un multiculturalismo que tome en cuenta las identidades que merecen reconocimiento y las diferencias dignas de afirmación, y contribuya a expansión de la democracia. Y en esa democracia, la situación de las mujeres debe ser paritaria³⁸.

Bibliografía

98

Amnistía Internacional, Amnistía Internacional Africa: Guidelines for African States to protect the rights of women and girls during the COVID-19 pandemic, <https://www.amnesty.org/en/documents/afr01/2285/2020/en/>, último acceso: 24 de junio de 2024.

Amnistía Internacional, Situación de los derechos humanos y los cambios que se han producido en la región a lo largo de 2020, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/paises/afrika/>, último acceso: 24 de junio de 2024.

³⁵ Hernández Castillo, Rosalva, “Re-pensar el multiculturalismo desde el género. Las luchas por el reconocimiento cultural y los feminismos de la diversidad”, *Revista de Estudios de Género, La Ventana*, n° 18, diciembre 2003, pp. 9-39, p. 27.

³⁶ Rodríguez, Marcela, “Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio”, en Abregú, Martín, Courtis, Christian (comp.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 579-619, p. 596.

³⁷ Femenías, María Luisa, “Reivindicación cultural y violencia contra las mujeres”, en *Discriminación y Género*, Ciudad de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, pp. 111-116, pp. 113-114.

³⁸ Femenías, María Luisa), *El género del multiculturalismo*, Bernal, UNQui, 2007, p. 300 y 302. Por otra parte, Susan Moller Okin, bajo la idea de que el multiculturalismo resulta malo para las mujeres por sus caracteres discriminatorios y patriarcales, sostiene la radical alternativa de la desaparición de la cultura para apaliar el relegado lugar social de las mujeres. Véase Moller Okin, Susan, *Is Multiculturalism Bad For Women?*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

An-Na'im, Abdullahi Ahmed, "La responsabilidad del Estado según el derecho internacional de los Derechos Humanos frente al cambio del derecho religioso y consuetudinario", en COOK, R. (org.), *Derechos humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales de la Mujer*, Bogotá, Profamilia, 1997.

Artiñano, Néstor, *Masculinidades Incomodas: jóvenes, género y pobreza*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Espacio Editorial, 2015.

Benhabib, Seyla, *Las reivindicaciones de la cultura*, Buenos Aires, Katz, 2005.

Bolla, Luisina, Segura, Valeria, Talamonti, Paula, "Extender las redes de mujeres, reforzar los saberes colectivos: reflexiones a partir de las experiencias territoriales para abordar situaciones de violencia de género" en Femenías, María Luisa, Novoa, Silvia (coord.), *Mujeres en el laberinto de la justicia*, Rosario, Prohistoria ediciones, 2018., pp. 163-189.

Butler, Judith, "El marxismo y lo meramente cultural", en Prieto Del Campo, Carlos (ed.) *Redistribución o reconocimiento. Un debate entre marxismo y feminismo. Judith Butler Nancy Fraser*, Madrid, Editorial Traficantes de Sueños, 2000, pp. 67-89.

Comité CEDAW, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Malí, 34º período de sesiones 16 de enero a 3 de febrero de 2006.

Femenías, María Luisa), *El género del multiculturalismo*, Bernal, UNQui, 2007.

Femenías, María Luisa, "Reivindicación cultural y violencia contra las mujeres", en *Discriminación y Género*, Ciudad de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, pp. 111-116.

Femenías, María Luisa, *Aspectos del discurso jurídico*, Rosario, Prohistoria ediciones, 2014.

Femenías, María Luisa, Herrera, María Marta, "Los derroteros de la Diferencia", *Revista Maracanan*, Rio de Janeiro, V. 4, n° 4, 2007-2008, pp. 59-77.

Femenías, María Luisa, Vidiella, Graciela, "Multiculturalismo y Género. Aportes de la democracia deliberativa", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2017, pp. 23-46.

Fraser, Nancy, "¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia

en la era «postsocialista»”, en Prieto Del Campo, Carlos (ed.) *Redistribución o reconocimiento. Un debate entre marxismo y feminismo. Judith Butler Nancy Fraser*; Madrid, Editorial Traficantes de Sueños, 2000, pp. 23-67.

Hernández Castillo, Rosalva, “Re-pensar el multiculturalismo desde el género. Las luchas por el reconocimiento cultural y los feminismos de la diversidad”, *Revista de Estudios de Género*, La Ventana, n° 18, diciembre 2003, pp. 9-39.

Irigaray, Luce, *Speculum*, Paris, Les éditions de Minuit, 1974.

Lagarde, Marcela, “Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, n°4, 1996, pp. 86-125.

Leciñana Blanchard, Mayra, “El desafío de las diferencias: teoría feminista latinoamericana, ¿quién habla y cómo?”, en AAVV *Actas de las VII Jornadas Nacionales de Historia de las Mujeres; II Congreso Iberoamericano de estudios de Género*, Salta, Universidad Nacional de Salta, 2004, https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/18396/CL_04_%282005%29_02.pdf?sequence=1&isAllowed=y, último acceso: 24 de junio de 2024.

100 Mackinnon, Catharine, “Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence”, en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, VIII, 1983.

Moller Okin, Susan, *Is Multiculturalism Bad For Women?*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

Panikkar, Raimundo, “Is the notion of Human Rights a Western Concept?”, *Dio- genes* 30 (120), 1982, pp. 75-102.

Rifkin, Janet, “Toward a Theory of Law and Patriarchy”, *Harvard Women’s Law Journal*, 3, 1980.

Rodríguez, Marcela, “Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio”, en Abregú, Martín, Courtis, Christian (comp.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 579-619

Segato, Rita, *La argamasa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del derecho*, Brasilia, Departamento de Antropología de la Universidad de Brasilia, 2003.

Spivak, Gayatri, “¿Puede el sujeto subalterno hablar?”, *Orbis Tertius*, año 3, n° 6, 1998, pp. 175-235.

Theumer, Emmanuel, “Justicia es que no vuelva a pasar: Heteropatriarcado, necropolíticas del género y Ni una menos”, en Femenías, María Luisa, Novoa, Silvia (coord.) *Mujeres en el laberinto de la justicia*, Rosario, Prohistoria ediciones, 2018, pp. 49-70.

UNFPA, Female Genital Mutilation Dashboard (FGM) – Kenya, <https://www.unfpa.org/es/data/fgm/KE>, último acceso: 24 de junio de 2024.

UNICEF, A profile of female genital mutilation in Kenya March 2020, <https://data.unicef.org/resources/a-profile-of-female-genital-mutilation-in-kenya/>, último acceso: 24 de junio de 2024.

UNICEF, Estado mundial de la infancia de 2011: tabla estadística sobre mutilación/ablación femenina, <https://www.unicef.org/costarica/media/801/file/Estado%20Mundial%20de%20la%20Infancia%202011.pdf>, último acceso: 24 de junio de 2024.

UNICEF, Female genital mutilation (FGM): Global database of FGM, <https://data.unicef.org/resources/dataset/fgm/>, último acceso: 24 de junio de 2024.

101

UNICEF, Mutilación/ablación genital femenina: Resumen estadístico y exploración de la dinámica del cambio, https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2019/04/UNICEF_FGM_report_July_2013.pdf, último acceso: 24 de junio de 2024.

Reseñas

Reseña normativa

Janice Balanian

Durante el primer semestre del 2024, el Congreso de la Nación sancionó cinco leyes, de las cuales cuatro fueron impulsadas por el Poder Ejecutivo. Entre las normas aprobadas se destaca la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, una iniciativa que consta de 238 artículos y abarca temas como la declaración de emergencia, la reforma del Estado, la promoción del empleo registrado, la modernización laboral, la regulación energética y el Régimen de Incentivos de Grandes Inversiones (RIGI). Esta ley tuvo una versión inicial, más amplia en su alcance, que fue debatida en la Cámara de Diputados entre finales de enero y principios de febrero de 2024, aunque no logró ser aprobada en la votación particular.

Asimismo, por impulso del Poder Ejecutivo, se sancionaron la Ley sobre Medidas Fiscales Paliativas y Relevantes, la modificación del sistema normativo nacional de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, y el acuerdo para eliminar los cargos por roaming internacional entre los países del Mercosur.

En efecto, durante el periodo señalado, el Congreso Nacional dictó las siguientes leyes:

- Ley 27.739 - Modificación del sistema normativo nacional de prevención en lavado de activos y financiamiento del terrorismo.
- Ley 27.740 - Aprobación del acuerdo para la eliminación del cobro de cargos de roaming internacional a los usuarios del Mercosur, celebrado el 17 de julio de 2019 en la Ciudad Capital de la Provincia de Santa Fe, República Argentina.
- Ley 27.741 - Institución del 31 de octubre de cada año como “Día de las Iglesias Evangélicas y Protestantes”.
- Ley 27.742 - Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos.
- Ley 27.743 - Ley sobre medidas fiscales paliativas y relevantes.

Tras la enumeración anterior, a continuación, se ofrece una síntesis del contenido de algunas de esas leyes.

Ley 27.739¹

Modificación del sistema normativo nacional respecto de la prevención y represión del lavado de activos, la financiación del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva

El 14 de marzo de 2024, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 27.739, que introduce modificaciones al marco normativo vigente en materia de prevención y represión del lavado de activos (LA), la financiación del terrorismo (FT) y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva (FP). Estas reformas están alineadas con los estándares internacionales y responden a los riesgos identificados en la primera Evaluación Nacional de Riesgos de LA y la actualización de la Evaluación Nacional de Riesgos de FT/FP. La ley modifica el Código Penal, reforma la Ley 25.246 sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo, crea un Registro Centralizado de Beneficiarios Finales, establece un mecanismo de control parlamentario y dispone la creación de un Registro de Proveedores de Servicios de Activos Virtuales (PSAV).

106 En primer lugar, en cuanto a las modificaciones al Código Penal, se incrementó el monto de la condición objetiva de punibilidad en el artículo 303, que ahora asciende a 150 salarios mínimos vitales y móviles (SMVM). Asimismo, se añadió el verbo típico “adquirir” al inciso primero, ampliando las conductas tipificadas. En relación al tipo penal atenuado, la pena de prisión fue sustituida por una multa pecuniaria. También se modificó el artículo 306, incorporando los “bienes u otros activos” dentro del tipo penal de financiación del terrorismo, y se introdujo un nuevo tipo penal que sanciona el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Además, el artículo 41 quinquies fue actualizado para incluir en el tipo penal de terrorismo los delitos previstos en las convenciones internacionales vigentes en el país.

En segundo lugar, la reforma de la Ley 25.246 amplió el listado de sujetos obligados ante la Unidad de Información Financiera (UIF), incluyendo a los proveedores de servicios de activos virtuales (PSAV), proveedores no financieros de crédito, agentes depositarios de valores, abogados y proveedores de servicios societarios, entre otros. También se incorporó un capítulo sobre las organizaciones sin fines de lucro, que dejarán de ser sujetos obligados ante la UIF, pero deberán someterse a un análisis de riesgos por posible abuso para la financiación del terrorismo y establecer medidas para mitigar estos riesgos.

En tercer lugar, se creó el Registro Público Centralizado de Beneficiarios

¹ La Ley 27.739 fue promulgada parcialmente por el Poder Ejecutivo el 14 de marzo de 2024 (Decreto N° 254/2024, Boletín Oficial N° 35.383).

Finales, con el objetivo de reunir información adecuada, precisa y actualizada de todos los beneficiarios finales activos en el país en un único registro nacional. La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) será la autoridad de aplicación a nivel nacional y se establecerán distintos niveles de acceso, tanto para organismos públicos como particulares. Además, no se podrá invocar el secreto fiscal para restringir el acceso a la información contenida en el Registro.

En cuarto lugar, se estableció el control parlamentario sobre el sistema de prevención, investigación y persecución penal del lavado de activos, la financiación del terrorismo y el financiamiento de armas de destrucción masiva, a través de la Comisión Bicameral de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia del Congreso.

Finalmente, se creó el Registro de Proveedores de Servicios de Activos Virtuales a cargo de la Comisión Nacional de Valores (CNV), el cual reunirá la información adecuada, precisa y actualizada sobre aquellas personas humanas y jurídicas que revistan el carácter de PSAV.

Ley 27.742²

Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos

107

El 27 de junio de 2024, el Congreso de la Nación aprobó la Ley Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, una iniciativa de 238 artículos impulsada por la administración del presidente Javier Milei. Esta ley declara la emergencia pública en materia administrativa, económica, financiera y energética por el plazo de un año y delega en el Poder Ejecutivo diversas facultades conforme al artículo 76 de la Constitución Nacional.

El Título II, denominado “Reforma del Estado”, define las bases de delegación para la reorganización administrativa, con el fin de mejorar el funcionamiento del Estado, reducir el tamaño de la estructura estatal y fortalecer el control interno de la administración pública nacional. En este marco, se declaran sujetas a privatización varias empresas y sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional. Asimismo, se introducen modificaciones a la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 19.549) y a la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional (Ley 25.164).

El Título III introduce reformas al régimen de “contratos y acuerdos transaccionales”. El Título IV se enfoca en la promoción del empleo registrado, mientras que el Título V aborda la modernización laboral. En este contexto, se establecen pautas para la regularización de relaciones laborales no registradas

² La Ley 27.742 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 8 de julio de 2024 (Decreto N° 592/2024, Boletín Oficial N° 35.456).

o deficientemente registradas, se modifica el periodo de prueba y se admite la posibilidad de sustituir la indemnización prevista en la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744) por un fondo o sistema de cese laboral. También se introduce la figura de los trabajadores independientes con colaboradores, entre otras disposiciones.

El Título VI regula el sector energético, introduciendo reformas a la Ley de Hidrocarburos (Ley 17.319), la Ley de Gas Natural (Ley 24.076), la Ley de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (Ley 26.741) y las leyes sobre energía eléctrica (Ley 15.336 y Ley 24.065). Además, se crea el Ente Nacional Regulador del Gas y la Electricidad que, una vez constituido, sustituirá al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) y al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS). El Poder Ejecutivo también queda facultado para elaborar, en conjunto con las provincias, una legislación ambiental armonizada, con el objetivo de aplicar las mejores prácticas internacionales de gestión ambiental en las actividades de exploración, explotación y transporte de hidrocarburos, conforme al artículo 23 de la Ley 27.007.

El Título VII crea el Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones (RIGI), orientado a atraer grandes inversiones nacionales y extranjeras, promover el desarrollo económico, mejorar la competitividad, aumentar las exportaciones, generar empleo y fortalecer las cadenas de producción locales. Este régimen es aplicable a inversiones en sectores como forestoindustria, turismo, infraestructura, minería, tecnología, siderurgia, energía, petróleo y gas.

Finalmente, el Título VIII introduce “medidas fiscales para un ajuste equitativo y de calidad”. Entre otras cuestiones, modifica la Ley de Impuestos Internos para prever que, en caso de que el precio de venta al consumidor de tabaco no sea una base idónea para determinar el valor imponible, la AFIP podrá establecer un precio de referencia.

Ley 27.743³

Ley sobre medidas fiscales paliativas y relevantes

El 27 de junio de 2024, el Congreso de la Nación aprobó la Ley sobre Medidas Fiscales Paliativas y Relevantes, que introduce reformas en el ámbito fiscal. Entre las principales modificaciones, se destacan la implementación de un régimen de regularización de obligaciones tributarias, aduaneras y de seguridad social, así como un régimen para la regularización de activos. Además, incluye reformas en el Impuesto sobre los Bienes Personales, el Impuesto a las Ganancias, el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes, los derechos de importación y exportación, y los impuestos internos. También prevé la derogación del Impuesto a la Transferencia

³ La Ley 27.743 fue promulgada por el Poder Ejecutivo el 8 de julio de 2024 (Decreto N° 593/2024, Boletín Oficial N° 35.456).

de Inmuebles y la creación del Régimen de Transparencia Fiscal al Consumidor.

El Régimen de Regularización de Obligaciones Tributarias, Aduaneras y de la Seguridad Social permite regularizar obligaciones vencidas al 31 de marzo de 2024, mediante pago al contado o a través de un plan de facilidades de pago. Asimismo, se contempla la condonación de intereses resarcitorios y punitivos desde el 20% al 70%, dependiendo de la fecha y modalidad de pago elegida. Mientras tanto, el Régimen de Regularización de Activos permite a las personas humanas, sucesiones indivisas y sujetos comprendidos en el artículo 53 de la Ley del Impuesto a las Ganancias declarar bienes en Argentina y exterior sobre los cuales posean propiedad, posesión, tenencia o guarda al 31 de diciembre de 2023. Este Régimen introduce un impuesto especial de regularización, cuya alícuota varía según el periodo en el que se realiza la adhesión y el valor total de los bienes declarados. Este impuesto se calculará y abonará en dólares estadounidenses, con algunas excepciones.

Asimismo, se crea un Régimen Especial para el Ingreso del Impuesto sobre los Bienes Personales (REIBP) dirigido a personas humanas y sucesiones indivisas que hayan sido residentes fiscales en el país al 31 de diciembre de 2023, así como para quienes hubieran perdido dicha condición a esa fecha. Los beneficios para los contribuyentes que opten por adherirse al régimen son la exclusión del Impuesto sobre los Bienes Personales y de todo otro impuesto patrimonial por los períodos fiscales 2023 a 2027 y la estabilidad fiscal en impuestos sobre el patrimonio hasta el año 2038.

Con relación al Impuesto a las Ganancias, la ley establece una nueva Tabla de Alícuotas aplicable exclusivamente a las rentas generales y a los ingresos por trabajo en relación de dependencia, cargos públicos y jubilaciones percibidas hasta septiembre de 2023 inclusive. También se actualiza el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes. Finalmente, se deroga el Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas (ITI) y se crea un Régimen de Transparencia Fiscal al Consumidor, cuyo objetivo es proporcionar información al consumidor sobre la carga fiscal contenida en los bienes y servicios adquiridos.

Reseñas bibliográficas



**García Amado, Juan A., *Teoría del Derecho. Una introducción*,
Zela, 2023, 312 págs.**
Reseña bibliográfica por Yanara Suenaga

El Profesor Juan Antonio García Amado es un reconocido jurista y filósofo del derecho, cuyas aportaciones en teoría jurídica, argumentación y filosofía del derecho lo han consolidado como una referencia en su campo. Nacido en España, obtuvo su doctorado en Derecho por la Universidad de Oviedo y, actualmente, es catedrático en la Universidad de León, España. A lo largo de su carrera ha producido una extensa obra académica y ha impartido un gran número de conferencias, en las que su estilo se caracteriza por su lucidez, proximidad y un toque de ironía que, sin perder rigor, hace accesibles temas como el razonamiento jurídico, la ponderación, el objetivismo moral y el positivismo jurídico. Gracias a su habilidad para ilustrar sus argumentos con ejemplos concretos y directos, logra no solo enriquecer el debate, sino también hacerlo más dinámico y fácil de seguir. Esta combinación de claridad y precisión, junto con su picardía e inteligencia, capta la atención de sus oyentes y lectores con un ingenio que ayuda a elevar el nivel de la discusión.

García Amado, o “Toño”, como algunos con mucho cariño y respeto le llaman, se ha ganado un lugar destacado en el ámbito jurídico gracias a su apasionada y

firme convicción en la defensa de sus ideales académico-jurídicos. Su habilidad en la argumentación y su destreza para desentrañar conceptos complejos, lo convierten en un escritor y expositor perspicaz. Al confrontar o rebatir, busca aclarar los puntos en discusión y presentar razonamientos sólidos que invitan a reconsiderar opiniones, siempre promoviendo una comunicación directa, clara y provocativa.

Una de sus peculiaridades es que su compromiso y dedicación son tan firmes que, con gran sensatez y coherencia, sabe distinguir entre el debate académico y la amistad que mantiene con muchos en el gremio jurídico. Gracias a esta claridad, García Amado no duda en cuestionar y poner en jaque incluso a sus amigos cercanos, abordando aspectos jurídicos de gran relevancia. Un ejemplo notable de esto es la gran amistad y cariño mutuo que comparte con el Profesor Manuel Atienza; a pesar del respeto que se tienen, García Amado no duda en desafiar sus ideas y plantear, con franqueza y severidad sus diferencias. Muchos hemos sido testigos de esos acalorados y emocionantes debates entre Manuel Atienza y García Amado, o, García Amado y Manuel Atienza, los cuales, al final, siempre terminan con una sonrisa y abrazo cálido que deja de lado cualquier desacuerdo jurídico entre ellos dos. Esto es una prueba del nivel de debate que se puede tener y esperar de Toño, tanto en papel y pluma como con micrófono en mano.

112 En consonancia con su dedicación y compromiso académico, García Amado se mantiene muy activo, lo que le ha valido numerosas invitaciones a conferencias y seminarios en diversas universidades y centros de investigación, especialmente en Latinoamérica. Además, se destaca como un divulgador entusiasta que busca poner al alcance los debates jurídicos actuales a un público más amplio. A través de su labor, ha influido en generaciones de estudiantes y académicos interesados en comprender diversos desafíos teóricos y filosóficos que enfrentan los sistemas jurídicos modernos, posicionándose, así como un referente importante en este ámbito.

Con una vasta trayectoria como autor, ha publicado múltiples libros, artículos y contribuciones en destacadas revistas jurídicas. Su más reciente libro, *Teoría del Derecho: Una Introducción*, se presenta como una accesible alternativa para quienes buscan entender algunos fundamentos conceptuales del derecho. Esta obra, destinada a quienes desean adentrarse en temas filosóficos y teóricos del derecho, presenta una organización precisa y cuidadosamente elaborada. El libro está dividido en cinco secciones que abordan diversos aspectos de teoría jurídica y su relación con el Estado y la sociedad. Con un estilo directo y sólido, muy característico del autor, entrelaza teoría y práctica, ofreciendo un enfoque que invita a analizar y considerar el derecho desde múltiples perspectivas y problematizaciones.

En la primera sección, ¿Qué tiene de particular el derecho?, presenta algunos elementos estructurales que hacen únicas a las normas jurídicas en comparación con otras normas sociales. También introducen dos de las principales tesis de mayor discusión del positivismo jurídico: la tesis de la separación conceptual entre

derecho y moral, y la tesis de las fuentes sociales de —todo— Derecho. La segunda sección, *Normas jurídicas y sistemas jurídicos*, analiza la estructura interna de los sistemas jurídicos, abordando las relaciones jerárquicas y de competencia entre las normas jurídicas, además de explorar mecanismos que permiten abordar conflictos y situaciones atípicas. La tercera sección, *Las normas jurídicas y sus problemas*, comienza explorando la pregunta: ¿Qué es una norma jurídica y de qué tipos las hay? En este contexto, introduce temas como los conflictos normativos, la interpretación, las lagunas y las antinomias. Paralelamente, propone alternativas de solución para cada uno de estos problemas. Así, brinda al lector una visión práctica de algunos de los desafíos que enfrentan los operadores jurídicos. En la cuarta sección, *Reglas, principios, conflictos de derechos y ponderación*, toma como punto de partida la distinción entre reglas y principios de Alexy. A partir de ahí, inicia una reflexión sobre el concepto de ponderación, centrada en qué es lo que se pondera y cómo se realiza este proceso. Además, incorpora un ejemplo de J. Feinberg para ilustrar una discusión sobre derechos (fundamentales) y los conflictos que pueden surgir entre ellos. Finalmente, en la quinta sección, *Derecho y Estado*, examina cuestiones de legitimidad, obediencia y los orígenes del Estado moderno. También incluye una discusión sobre la separación de poderes y espetos fundamentales para entender el Estado de Derecho en su contexto actual.

Con esta estructuración, García Amado demuestra su notable habilidad para simplificar aspectos complejos de la teoría del derecho. Con su huella inconfundible, que se distingue en cada página, combina teoría y práctica de manera precisa, abordando cuestiones centrales en diversas temáticas relacionadas con las normas jurídicas, desde su validez e interpretación hasta su aplicabilidad y estructura. Utilizando ejemplos concretos, logra precisar ideas abstractas y guía al lector para dimensionar lo que implica un sistema jurídico. Además, invita a una reflexión significativa sobre el papel del derecho en la sociedad, explorando su función como instrumento de control social y político.

A través de esta integración, ofrece una perspectiva del derecho que invita al lector, incluso a aquellos con un conocimiento sólido en la materia, a reconsiderar algunas ideas o hipótesis. Sin plantear un desafío directo, la profundidad y claridad de su análisis generan una reflexión natural sobre el impacto del derecho en las estructuras de poder y en la organización de la sociedad. De manera sutil, esta obra fomenta una revaloración de lo que damos por sabido, proporcionando un espacio para una reflexión crítica que amplía nuestra comprensión del derecho.

En ese sentido, y por todo lo anterior, leer a García Amado representa una oportunidad invaluable para quienes estén interesados en los debates teóricos y filosóficos del derecho. Su obra no solo ofrece respuestas a preguntas habituales, sino que también plantea nuevos interrogantes que fomentan una reflexión constante. Independientemente de la postura jurídica de cada persona, sus aportaciones permiten

reconsiderar componentes clave del derecho, especialmente en lo referente al positivismo jurídico, ya sea para profundizar en él o para cuestionarlo desde otra perspectiva.

A lo largo de sus páginas, se adentrará en un ciclo continuo de debates y reflexiones, convirtiendo la obra de García Amado en una fuente inagotable de ideas y cuestionamientos. Un receptor curioso descubrirá que cada respuesta encontrada en este libro puede abrir la puerta a nuevas dudas, enriqueciendo así su proceso de aprendizaje. Una advertencia para el lector: adentrarse en los textos de García Amado puede llevarlo a un ciclo —aparentemente interminable— de análisis, reflexiones, debates, dilemas y conflictos propios de la teoría jurídica. Sin embargo, esto es justamente lo que resulta tan cautivador: en cada página encontrará, si no respuestas, al menos una guía que lo acercará a ellas. Esa es la esencia de aproximarse a García Amado, ya sea a través de sus escritos, clases, conferencias o mentorías: siempre hay algo nuevo por descubrir y aprender de él.

En una ocasión, durante una velada, uno de sus discípulos, el Profesor Ricardo Garzón, dijo: “Toño predica con el ejemplo”. Esa frase sigue resonando en mí hasta el día de hoy, ya que no podría estar más de acuerdo con mi compañero Ricardo. He tenido la oportunidad de comprobarlo personalmente, y no hay duda de que Juan Antonio García Amado vive y predica lo que enseña. Este libro no es la excepción, y lo demuestra una vez más. Así que, querido lector, le recomiendo que se prepare una buena taza de café o mate, se ponga cómodo y se disponga a disfrutar de una lectura que promete ser profundamente estimulante y llena de reflexiones. Advertidos están. Continuará...