

ISSN 1851-3069

R GIO
JA

REVISTA ELECTRÓNICA

Instituto de Investigaciones Jurídicas
y Sociales A. L. Gioja

No 30 (junio - noviembre 2023)



Análisis de la titularidad del derecho de huelga desde la óptica del enfoque de derechos. El caso Orellano

The ownership of the right to strike analysis from a human rights approach. The case Orellano

Por Ana María Bestard y Andrés Marchesín

Resumen: El 7 de junio del año 2016 en la causa "Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo", la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dictó una sentencia en la que decidió que corresponde exigir la previa declaración sindical formal para habilitar el ejercicio del derecho de huelga. En el presente trabajo nos proponemos esclarecer el alcance de la titularidad del derecho de huelga a la luz de la Constitución Nacional (CN) y de los instrumentos internacionales de derechos humanos (IIDH) con jerarquía constitucional, conforme lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 CN. Ello atento que, luego de la reforma constitucional de 1994, no caben dudas sobre el encuadre de nuestro sistema constitucional como un estado constitucional y social de derecho y las consecuencias que ello debe producir, en el caso, sobre el derecho de huelga.

Palabras clave: Derechos humanos; enfoque de derechos; derecho de huelga.

Abstract: On June 7, 2016, in the case "Orellano, Francisco Daniel v. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo", the Supreme Court of Justice of the Nation issued a ruling in which it decided that it is appropriate to interpret the exercise of the right to strike in a restrictive way, in the sense of requiring for its exercise the previous formal union declaration. In this paper we propose to clarify the scope of the ownership of the right to strike in the light of the National Constitution and international human rights instruments with constitutional hierarchy, in accordance with the provisions of art. 75 inc. 22 CN. This is due to the fact that, after the constitutional reform of 1994, there is no doubt about the framing of our constitutional system as a constitutional and social state of law and the consequences that this should entail on the right to strike.

Key words: Human Rights; rights approach; right to strike.

Fecha de recepción: 22/03/22

Fecha de aceptación: 14/08/22



Análisis de la titularidad del derecho de huelga desde la óptica del enfoque de derechos. El caso Orellano*

por Ana María Bestard** y Andrés Marchesín***

1. Introducción

El artículo plantea que la CSJN ha realizado una interpretación restrictiva con relación a la titularidad del derecho de huelga, al circunscribirla a los sindicatos y asociaciones simplemente inscriptas. Ello no se compadece con la titularidad amplia del derecho de huelga, a favor de un conjunto de trabajadores/as (sin necesidad de estar organizados/as en las precitadas entidades), reconocida por la normativa del bloque de constitucionalidad federal. La sentencia Orellano ha vulnerado el art. 14 bis CN, precedentes de la CSJN, jurisprudencia y Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), el Convenio 87 de la OIT y observaciones individuales de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT dirigidos a la Argentina, entre otras normativas. La hipótesis del trabajo gira sobre la necesidad del ejercicio de un control de constitucionalidad/convencionalidad amplia sobre uno de los derechos sociales más representativos del estado constitucional y social de derecho, que no puede ser restringido afectando a la parte más débil de la relación laboral. El trabajo discute la interpretación que hace el más alto tribunal interno del art. 14 bis CN, en base al debate de la Convención Constituyente de 1957 y las distintas doctrinas de autores de derecho laboral y gremial, para enrolarse en un enfoque de derechos humanos que ampara y garantiza la titularidad amplia del derecho de huelga.

* Agradecemos la lectura y observaciones realizadas al artículo por la Dra. Laura Pautassi.

** Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Universidad de Buenos Aires (UBA). Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8447-3558> Correo Electrónico: ambestard@derecho.uba.ar

*** Universidad de Buenos Aires (UBA). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9500-1900> Correo Electrónico: marchesin267@est.derecho.uba.ar

2. Los antecedentes de hecho y de derecho del caso Orellano

Un trabajador del Correo Oficial de la República Argentina S.A. (Correo Argentino o la demandada), Francisco Daniel Orellano (Orellano o la actora) fue sancionado con un despido por convocar y realizar una huelga contra su empleadora, considerada ilegítima al no contar con el acuerdo del sindicato que representa a los trabajadores/as del sector. Correo Argentino justificó el despido de Orellano en la ilegitimidad de la medida de fuerza y en el perjuicio que ésta le ocasionó a la empresa, pues seis millones de piezas postales habían quedado sin distribuir.

La actora demandó a Correo Argentino, reclamó su reincorporación y la reparación del daño moral y material por el despido ocasionado en su carácter de representante gremial, basando su pretensión en la Ley 23.592. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I¹, en una decisión unánime, invalidó el despido por estimarlo discriminatorio, ordenó la reincorporación de Orellano, el pago de los salarios caídos desde el cese hasta la reincorporación y un resarcimiento en concepto de daño moral.

Entre los argumentos esgrimidos para fundamentar su decisión, la Sala I afirmó que la titularidad del derecho de huelga pertenece a los gremios, puesto que la huelga puede ser decidida por una simple pluralidad concertada de trabajadores/as, sin necesidad de que ésta sea declarada por una asociación sindical. A su vez, en refuerzo de tal postura, sostuvo que -de lo contrario- se perjudicaría el derecho a no afiliarse o a desafiliarse del sindicato, toda vez que el ejercicio del derecho de huelga se encontraría supeditado a la pertenencia previa a una asociación sindical, en vulneración de la libertad sindical individual negativa.

El máximo tribunal interno resolvió el recurso extraordinario interpuesto por la demandada, dejando sin efecto la sentencia arriba señalada. La CSJN decidió determinar la titularidad del derecho de huelga para resolver el caso. No contempló la cuestión del despido de la actora, acto violatorio, centralmente, del art. 14 bis CN y de las prescripciones del Convenio 87 de la OIT. La identificación del holding del fallo de la CSJN es clara y concisa: “La normativa

¹ Causa n°53143/10 – “Orellano Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s. juicio sumarísimo” – CNTRAB – SALA I – 28/12/2012

federal examinada solamente confiere el derecho de declarar una huelga a las asociaciones profesionales.” Entonces:

“el único requisito al que el art. 14 bis de la Constitución Nacional supedita el ejercicio de los derechos sindicales por parte de las organizaciones de trabajadores es el de su simple inscripción en un registro especial, cabe concluir que el legítimo ejercicio del derecho de huelga está subordinado a que el sujeto que la dispone haya cumplido con tal recaudo de inscripción” (Considerando 15).

En otras palabras, para la CSJN, de conformidad con el art. 14 bis primer párrafo CN, el único titular constitucional del derecho de huelga no es otro que la asociación sindical con personería gremial y la simplemente inscripta.

3. Estándares de interpretación aplicados por la CSJN

La CSJN llegó a una solución restrictiva de la titularidad del derecho de huelga, cuando dicha titularidad no era una cuestión sometida a debate en el juicio. Utilizó cuatro estándares de interpretación para definir la palabra gremio y arribar a su resolución. La interpretación:

a) Literal. Mediante el análisis de la letra del art. 14 bis CN, llegó a la conclusión de que el derecho de huelga corresponde sólo a los “gremios” como “organizaciones sindicales con personería jurídica” u “organizaciones sindicales libres y democráticas, reconocidas por la simple inscripción en un registro especial”;

b) Originalista. La CSJN cita la opinión de diversos convencionales constituyentes de la Convención Reformadora de 1957, entre ellos: Jaureguiberry quien afirmó -según la CSJN- que “la huelga no es un derecho individual de los trabajadores, sino un derecho colectivo que damos a quienes representan esos intereses colectivos, que a juicio de la comisión - redactora- no es otro que el gremio” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Año 1957, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1958, T. II, pág. 1461); Corona Martínez, quien sostuvo que la huelga debe ser declarada por los trabajadores organizados en un gremio (ídem pág. 1458/9); Colombo, para quien, conforme la interpretación del tribunal, “el gremio es el que debe declararla” (ídem pág. 1459)

(Considerando 9 del Fallo Orellano). Entendiendo gremio como sinónimo de sindicato;

c) Contextual. El segundo párrafo del art. 14 bis CN hace referencia al derecho colectivo del trabajo, pero al no definir “gremio” se remite al primer párrafo de este que refiere a la asociación sindical libre y democrática;

d) Sistemática. Entiende que las normas internacionales, como el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el art. 46 de la Carta de Estados Americanos, el art. 8 del Protocolo de San Salvador (PSS) - Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio 87 de la OIT y los informes del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones) asignan el derecho de huelga a los sindicatos.

4. El derecho de huelga en la Convención Constituyente de 1957

En 1957, el gobierno de facto convocó a elecciones para la conformación de una nueva Convención Reformadora, estando el peronismo proscripto. Con un alto porcentaje de votos en blanco, el radicalismo resultó mayoría en dichas elecciones. De conformidad con la interpretación asignada por la CSJN al término gremio, en el marco del debate de los señores convencionales de 1957, el derecho de huelga corresponde al gremio y por gremio debe entenderse el sindicato y la asociación sindical simplemente inscripta.

Para apoyar este criterio, los jueces citaron al Convencional de la Unión Cívica Radical del Pueblo (UCRP) Jaureguiberry, miembro de la Subcomisión de Derechos Sociales y Gremiales y de la Comisión Redactora, quien afirmó que:

“la huelga no es el simple derecho de no trabajar, o sea la facultad de holgar, como algunos señores convencionales pretenden. Así como el trabajo está contemplado en la parte del artículo 14 que estatuye el ‘derecho a trabajar’, no debe confundirse ese derecho individual con este derecho del trabajo que tiene un alcance social. Si no se lo entiende así, la huelga sería nada más que la facultad de holgar y ese no ha sido el criterio de la comisión”. La CSJN citó, además, las siguientes palabras del referido convencional: “que es derecho porque es una facultad, una facultad que debe pertenecer al gremio, y no a los trabajadores individualmente considerados” y, además, que: “la huelga no es un derecho

individual de los trabajadores, sino un derecho colectivo que damos a quienes representan esos intereses colectivos, que a juicio de la comisión no es otro que el gremio.” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 1957, pág. 1461). Hasta allí llega la cita que la CSJN hace de la intervención del convencional, para reforzar su postura. Sin embargo, la intervención del convencional no había finalizado, sino que él continuó afirmando que: *“No decimos derechos del sindicato porque la sindicalización es libre y podría presumirse que para declarar la huelga habría la obligación de sindicarse.”* (Convención Nacional Constituyente, 1957: 1461).

Del debate extraemos que, según los dichos del convencional, el gremio no es sinónimo de sindicato, ya que el suponerlo importaría una grave restricción al principio de la libertad sindical, de tipo individual negativa, aquella que limitaría el derecho de los/las trabajadores/as individualmente considerados/as a no afiliarse o a desafiliarse de un sindicato. La afiliación a un sindicato - o “sindicación” como dice el convencional referido-, de acuerdo con el pasaje transcrito por la CSJN, sería condición necesaria y obligatoria para el ejercicio constitucional y válido del derecho fundamental de huelga. Esta cuestión no fue la expresada y perseguida por el convencional citado, ni por la Comisión Redactora, tampoco por la Subcomisión, según las constancias referidas del Diario de Sesiones.

A su vez, el convencional Bravo, correligionario de Jaureguiberry, autor del proyecto original del art. 14 bis y uno de los tres miembros informantes del despacho al plenario de la Convención, expresó que cuando incorporaron la palabra gremio, con relación a la huelga, lo hicieron apuntando a la situación de los/as trabajadores/as a quienes correspondía ir a la huelga, estuvieran o no afiliados. Bravo afirmó que la pertenencia al gremio es una situación de hecho, que surge de desarrollar una determinada actividad, oficio o profesión, distinta de la pertenencia a un sindicato, para la que se requiere de la previa afiliación libre del trabajador a la asociación sindical (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 1957: 1457). Asimismo, el convencional remarcó, junto a Jaureguiberry, que la huelga declarada por los trabajadores/as no requiere de la homologación por los sindicatos, ya que no es un derecho que se otorgue a los sindicatos sino a los trabajadores; “basta que lo resuelva una pluralidad de trabajadores, decidiendo libremente, aunque sean solamente los integrantes de un

establecimiento o sección de establecimiento.” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 1957: 1228).

En verdad, la discusión que tuvo lugar en el seno de la Convención de 1957 giró alrededor de las palabras trabajador y sindicato y no entre gremio y sindicato. Pero quedó claro que se incorporó el término gremio como sinónimo de trabajadores/as de la misma actividad, en contra de lo asumido por la CSJN en el caso Orellano.

5. Doctrinas sobre la titularidad del derecho de huelga en el ámbito del derecho laboral

La CSJN, en el fallo Orellano, cita a favor de su postura en materia de titularidad del derecho de huelga el texto “Derecho Sindical” de Tomás Sala Franco e Ignacio Albiol Montesinos,

“pero aquí también apela a la selección arbitraria de fragmentos para construir artificiosamente un argumento favorable a la concentración de la titularidad del derecho de huelga en el sindicato, . . . [los autores precitados] consideran claramente legítima la huelga convocada por un conjunto de trabajadores, como no puede ser de otro modo si se tiene en cuenta que el art. 28.2 de la Constitución española de 1978 reconoce el derecho de huelga a los trabajadores” (García, 2016: 12/3).

Entre los autores de derecho laboral y sindical existen diversas posturas respecto de la titularidad del derecho de huelga. Mariano Núñez clasifica las distintas teorías de la siguiente manera: a) la titularidad sindical, b) la titularidad individual; c) la doble titularidad y d) la titularidad gremial (Núñez, 2013). En el mismo sentido las clasifica Garrido Cordobera (2017).

a) Teoría de la titularidad sindical: Responde a la concepción orgánica de la huelga y representa la postura más restrictiva de las enunciadas, en tanto reconoce como titulares únicamente a las asociaciones sindicales organizadas y reconocidas legalmente. Es el sistema adoptado en Inglaterra, donde solo se reconoce el ejercicio válido del derecho de huelga a las trade unions (sindicatos).

Recientemente, Ackerman (2017) se inclinó favorablemente a considerar que el derecho de huelga es de ejercicio individual, pero de titularidad colectiva, y bajo

la previa declaración de la huelga por un sindicato formalmente reconocido. Esta es la postura en la que se enroló la CSJN en el caso anotado, cuya consecuencia es que las medidas de acción directa que se dispongan por los trabajadores/as quedan fuera de la protección de la legislación laboral por ser consideradas huelgas ilegítimas o ilegales, produciendo consecuencias desfavorables, como el despido. La sentencia Orellano parece ignorar como hecho fundamental que son las huelgas las que históricamente antecedieron a los sindicatos.

b) Contrariamente a la postura anteriormente reseñada, otro sector de la doctrina sostiene que para los/las trabajadores/as, el derecho de huelga es de titularidad individual (y de ejercicio colectivo). Dice Núñez que, en el fondo, “la cláusula constitucional – art. 14 bis CN- debiera entenderse a favor también del derecho de cada persona a hacer la huelga (aunque previamente declarada por una colectividad o, al menos, junto con otras personas)” (Núñez, 2013: 763). Basa su afirmación en que sería contradictorio considerar satisfecha la garantía constitucional que protege el ejercicio de huelga, con sólo permitir al sindicato declararla si con ello se impide al trabajador/a el ejercicio del derecho de huelga.

Cornaglia sostiene que “la posición antinómica que reduce la titularidad del derecho de huelga sólo para las asociaciones sindicales encubre una forma limitativa de la huelga y agravia el principio de razonabilidad de la ley, que el art. 28 de la Constitución Nacional prescribe...” (2015: 1). Para el autor, dicha antinomia persigue únicamente la restricción y desprotección de los derechos de los/las trabajadores/as. No es el sindicato, en su criterio, quien ejerce el derecho de huelga. Estos entes de representación colectiva ejercen un derecho colectivo propio de la libertad sindical, lo cual no obsta al derecho de los/las trabajadores/as, calificado como individual y de incidencia colectiva, cuando la huelga se encuentra encabezada por ellos/ellas. Desde esta posición, derecho individual de incidencia colectiva y derecho colectivo son perfectamente compatibles, sin que necesariamente un criterio suprima el otro. La libre y espontánea agrupación de trabajadores/as asociados/as para el ejercicio de la huelga no priva al sindicato de ejercer sus derechos colectivos “puesto que el sindicato puede organizar, promover, declarar o traicionar huelgas, ejerciendo derechos colectivos, pero no puede como ente ideal, trabajar” (Cornaglia, 2016: 727).

Asimismo, David Duarte se enmarca a favor de concebir el derecho de huelga como de titularidad individual y de ejercicio colectivo, con fundamento en que “en la deliberación, decisión y proclama participan los trabajadores individualmente y el ejercicio es colectivo, en tanto defiende un interés común del agrupamiento” (Duarte, 2021: 2).

c) Afirma Núñez que existe una orientación favorable a la doble titularidad como una posición intermedia, esbozada con el objeto de sostener el vínculo de las organizaciones sindicales con el ejercicio del derecho de huelga, y al mismo tiempo, reconocer la titularidad del derecho de huelga en los/as trabajadores/as.

La huelga es así definida como un acto jurídico complejo, posición ecléctica, que requiere de la intervención tanto de los/as trabajadores/as como de las organizaciones sindicales para poder ser ejercido válidamente. En concreto, se compone primeramente de una manifestación de la voluntad, conocida como declaración o proclamación de la huelga, que corresponde a la organización sindical. Y, luego, del ejercicio del derecho de huelga, que corresponde a los/as trabajadores/as. Ambos, tanto trabajadores/as como organizaciones, participan del derecho de huelga, solo que lo hacen en estadios distintos.

d) Como última postura, Núñez ubica la teoría de la titularidad gremial, contraria a la de la titularidad individual. Sería la de los convencionales constituyentes de 1957, en la que este derecho es de los/las trabajadores/as, sindicalizados o no. En este sentido, la huelga se constituye en la acción de un grupo de trabajadores/as. Para Núñez los convencionales concibieron el término “gremio” del segundo párrafo del art. 14 bis CN en un sentido amplio, abarcando tanto sindicatos como cualquier coalición o agrupación de trabajadores/as. Así lo entendió la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el fallo “Leiva, Horacio c. Swift Armour S.A.”, de julio de 1984². La Corte provincial reconoció a los trabajadores/as como titulares del derecho de huelga sin que la misma hubiera sido declarada y ejecutada por el sindicato. Para Cornaglia (2011) el precitado fallo fue un antecedente que reforzó la libertad sindical receptada en el art 14 bis CN,

² Ello durante la vigencia de la ley de facto 22105 (de asociaciones gremiales de trabajadores). Conviene aclarar que a un año de la reforma constitucional de 1957 se dicta la ley 14455, que establecía el sindicato con personería gremial como sujeto de derecho excluyente. Esta categoría fue mantenida por las leyes posteriores (leyes 20615, 22105 y 23551).

que lamentablemente fue modificado por la jurisprudencia de la década del 90, hacia la titularidad exclusiva a cargo de las asociaciones con personería gremial.

Este criterio es aceptado por parte de la doctrina laboral argentina, así lo hace Amanda Caubet (2013), y fue el sostenido por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en Orellano. Asimismo, por Ernesto Krotoschin, Guillermo Cabanellas, Rodolfo Nápoli, entre otros (Garrido Cordobera, 2017).

Quizás, como afirman Zagari y Mugnolo (2019) existe una confusión entre titularidad del derecho de huelga y titularidad de las facultades de dicho derecho en el germen de la redacción del art 14 bis, sobredimensionándose la declaración de la huelga por sobre el resto de las facultades de su ejercicio.

6. Caracterización y titularidad del derecho de huelga en el marco del bloque de constitucionalidad federal

La huelga es un derecho constitucional, posee el reconocimiento normativo que le otorga legitimidad y el carácter de derecho fundamental. Este derecho corresponde a los trabajadores/as, a los gremios (reunión de trabajadores/as por actividad, profesión, empresa) y a las asociaciones sindicales. Ingresa a la normativa constitucional luego de las revoluciones industriales a fin de proteger al trabajador/a en su labor profesional, es decir, a una categoría social “nueva” que se reconoce por una actividad común.

El desarrollo de la concepción social de los derechos implica que los derechos pueden tener como sujeto activo no solo a una persona física sino a los grupos o colectivos (y también a las personas jurídicas). La CN formal no menciona a los entes colectivos salvo a los gremios, en el segundo párrafo del art 14 bis CN. Pero, conforme Bidart Campos, en la CN material los derechos son reconocidos no sólo a la persona física sino también a los entes colectivos cuyo estatus reglamenta el derecho privado (asociaciones, sociedades comerciales, etc.). Ello debido a que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es un derecho mínimo y subsidiario, que no limita la mayor extensión de los derechos consagrados en el orden interno, conforme el art 29 CADH. “Cuando nuestro derecho interno confiere holgura para extender derechos a favor de entidades colectivas, los tratados sobre derechos humanos asumen y respaldan esta solución” (Bidart Campos, 1995: 333).

Nos interesa destacar, con Quiroga Lavié, que la denominación de derechos sociales apunta a los derechos protectores de los sectores sociales más débiles y también al perjuicio social ocasionado por la carencia de tal protección.

“La consecuencia inmediata de calificar como social el derecho a determinadas prestaciones ha sido otorgarle calidad de orden público, con el efecto de ser considerados irrenunciables tanto para sus titulares, quienes no pueden disponer de ellos, como para ambos sujetos, (*empleador/es o Estado*) quienes no pueden disminuir esos derechos pero sí mejorarlos” (Quiroga Lavié et al, 2001: 250).

Puntualmente, sobre la titularidad del derecho de huelga en la doctrina nacional de derecho constitucional, resulta esclarecedor el desdoblamiento efectuado por Bidart Campos (1995) en respuesta a la pregunta sobre el sujeto activo de la huelga: ¿cuál es el sujeto activo que declara y conduce la huelga? Y ¿cuál es el sujeto activo que participa de la huelga? En relación con la primera pregunta aclara que, antes de la reforma de 1957, la CN impedía asignar monopolio alguno a un sujeto único, y, luego de la reforma de 1957, corresponde interpretar que el derecho de huelga se reconoce a los gremios (asociaciones gremiales), pero ello no obsta a que éste mismo admita implícitamente a otros titulares no mencionados en forma expresa; ello porque la norma que reconoce un derecho a favor de determinado titular no lo niega a otros titulares. Además, porque el art 14 bis no puede empeorar la situación que existía antes de su inclusión por la reforma de 1957. La libertad sindical y la libertad de asociación son previas a su reconocimiento constitucional y el último o las leyes no pueden restringir su ejercicio irrazonablemente. Menos aún, pueden hacerlo las sentencias judiciales, en contra de normas de derechos humanos con rango constitucional.

De este modo, un grupo de trabajadores, o una asociación sin personalidad gremial, deben reconocerse como titulares del derecho de huelga (para declararla y conducirla), en concurrencia con el sindicato investido de personalidad gremial, en contra de lo sostenido por la CSJN en Orellano. Asimismo, el autor precitado reconoce otro sujeto activo, que, si bien no declara o conduce la huelga, sí participa de ella, es la persona humana individual. Entonces, la huelga también es un hecho individual. Y continúa explicando que es cuando cada trabajador/a adhiere a la huelga y abandona su trabajo que ésta asume el carácter de derecho individual,

debiendo respetarse la libertad personal de participar o no en la huelga, declarada por el otro sujeto activo.

La CSJN, luego de la reforma constitucional de 1994 y en su anterior composición, en los fallos ATE I del 2008³, Rossi del 2009⁴, ATE II del 2013⁵ afirmó que la libertad sindical es un principio arquitectónico que sostiene e impone la garantía constitucional del art. 14 bis CN y el corpus iuris del DIDH constitucionalizado. Conviene recordar, asimismo, que en estos precedentes la CSJN hizo hincapié en las doce observaciones individuales que le dirigió la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT a la Argentina, desde 1989 -luego de la sanción en 1988 de la ley 23551- hasta 2008. En dichas oportunidades el órgano internacional expresó y reiteró que la diferente protección sindical, otorgada a los representantes de los sindicatos con personería gremial y de las asociaciones simplemente inscriptas, excedía los privilegios que pueden otorgarse a las organizaciones más representativas. Dicha posición, por lo demás, era compartida por el Comité de Libertad Sindical de la OIT (cc. Fallo ATE I Considerando 8, Fallo Rossi Considerando 6, Fallo ATE II Considerandos 4 y 5). En consecuencia, la CSJN en ATE I declaró la inconstitucionalidad del art 41 a) de la ley 23551 que establece la exclusividad de los trabajadores afiliados a los sindicatos con personería gremial para poder ser elegidos delegados; en Rossi tachó de inconstitucional el art 52 de la ley 23551, que limita solo a representantes de sindicatos con personería gremial la protección contra suspensiones o despidos; en ATE II invalidó el art 31 a) de la ley 23551 y amplió la legitimación procesal de las entidades con personería gremial a las asociaciones simplemente inscriptas.

La determinación de ejercer el derecho de huelga es individual de cada trabajador/a, pero su ejercicio es colectivo porque defiende un interés común (Duarte 2021, Cornaglia 2016) de un grupo en desventaja, respecto de su empleador. El tema reviste decisiva importancia debido a que, si no se reconoce el derecho al conflicto colectivo, la huelga se deslegitima y los/las trabajadores/as que han realizado la medida de fuerza son pasibles de una sanción. Es decir, si se

³ ATE I (Fallos 331: 2499).

⁴ Rossi (Fallos 332: 2715).

⁵ ATE II 2013 (Fallos 336: 672).

exige que la huelga sea declarada solamente por el sindicato o por la asociación gremial simplemente inscripta, para otorgarle la virtualidad de legitimar la suspensión del contrato de trabajo o relación laboral, quedarían fuera del marco constitucional las acciones colectivas de personas que están en el lugar más desprotegido de dicha relación jurídica. Esta no fue la finalidad del art. 14 bis CN ni de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH) con jerarquía constitucional.

La huelga pertenece a la categoría de derechos de los/las trabajadores/as, y no con exclusividad a los sindicatos y gremios simplemente inscriptos, se funda no sólo en el principio de la libertad sindical sino también en el principio *pro personae*. Teniendo en cuenta, a su vez, el principio de progresividad, que rige los derechos sociales, y que debe profundizar la línea de la doctrina judicial aludida. Es en base a las prescripciones del art. 75 inc. 22 CN, introducido por la reforma constitucional de 1994, que corresponde aplicar la ya mencionada cláusula del individuo más favorecido, reflejo del principio de la dignidad humana. Dichas cláusulas impiden disminuir derechos mejor regulados por el ordenamiento nacional o por otros TIDH (art. 29 CADH, art. 5 PIDESC y art. 5.2 PIDCP). El planteo de una dicotomía entre derechos individuales de los/las trabajadores/as y el derecho colectivo de los sindicatos con personería gremial o las asociaciones simplemente inscriptas, con relación al derecho de huelga, constituye un falso dilema para deslegitimar la conducta de los/as huelguistas desde una óptica puramente legislativa (Cornaglia, 2016), en contra del art. 14 bis CN y del enfoque de derechos que surge de la reforma constitucional de 1994.

Consideramos que la CSJN debió aplicar una interpretación del art. 14 bis CN, acorde con la letra e intención del constituyente de 1957 expresadas *ut supra* y con los estándares del DIDH con jerarquía constitucional. Asimismo, teniendo en cuenta la realidad social y económica de la etapa actual del capitalismo, en la que se hace necesaria la protección de los/las trabajadores/as más allá del marco de la típica relación laboral del contrato de trabajo y su sindicalización formal, resultaría ineludible hacer propios los estándares precitados en los ámbitos del derecho laboral y del gremial. Así podría abarcar la protección de todas las personas que no sean parte de dicha relación formal de trabajo (trabajo informal, tercerizados y desempleados) o de quienes estén afiliados a un sindicato con personería gremial

o asociación simplemente inscrita. Estas personas, por atravesar una situación de mayor desventaja que los trabajadores formales, no han perdido la calidad de trabajadores/as. El reconocimiento de la realidad actual y del marco normativo constitucional y convencional, que incluye el DIDH, nos brinda la posibilidad de hacer efectiva la protección aludida⁶.

El nuevo marco normativo del bloque de constitucionalidad federal amplió el contenido del art. 14 bis con las disposiciones no solo del inc. 22 del art. 75 CN sino también con las del inc. 23 del mismo artículo, siendo la justicia social su valor primordial. La premisa de la que debemos partir es que existe un “orden público laboral internacional”. Ello significa que los estados locales sólo pueden igualar o mejorar los derechos del trabajador/a. En línea con la interpretación que defendemos, corresponde entender y aplicar los convenios de la OIT -en especial el Convenio 87 OIT que posee jerarquía constitucional dado que el PIDCP (art. 22.3) y el PIDESC (art. 8.3) reenvían expresamente a éste- y el Protocolo de San Salvador (PSS), adicional a la CADH, sobre derechos sociales.

El precitado art. 8 inc. 1 apartado d) del PIDESC incorpora el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país y el inc. 3 expresa: “Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Parte en el convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 (...) a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”. Es decir, la normativa internacional específica del PIDESC reconoce el derecho de huelga en forma amplia sin asignarlo expresa y exclusivamente a los sindicatos. La regla es que el derecho de huelga debe aplicarse conforme las garantías mínimas del convenio de la OIT o conforme la ley del Estado que ratificó el convenio, si ésta fuera más favorable al trabajador/a.

En consonancia con lo anterior, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en el art. 45 inc. c), es clara al expresar: “Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el

⁶ El reclamo por mejores condiciones laborales que encabezaba Orellano comprendía, entre otros, el ingreso a planta permanente de trabajadores eventuales.

reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva”.

Apoya la postura por nosotros defendida, la Declaración Sociolaboral del Mercosur, pues en el art. 11 expresa que: “Todos los trabajadores y las organizaciones sindicales tienen garantizado el ejercicio del derecho de huelga, conforme a las disposiciones nacionales vigentes. Los mecanismos de prevención o solución de conflictos o la regulación de este derecho no podrán impedir su ejercicio o desvirtuar su finalidad”. También el art. 8 del PSS⁷ obliga a los Estados a garantizar el derecho de huelga con las únicas limitaciones que correspondan a una sociedad democrática con el objetivo de preservar el orden, la salud, la moral pública y los derechos de los demás. No se percibe de qué manera se afectarían los valores antes mencionados con el reconocimiento del ejercicio del derecho de huelga en los/las trabajadores/as que no formaran parte de los sindicatos o asociaciones simplemente inscriptas (García, 2016).

Al mismo tiempo, Ackerman subraya que “aunque parezca sorprendente” los convenios y recomendaciones de la OIT, no incluyen de forma expresa el derecho de huelga. Sin embargo, con fundamento en los arts. 3 y 10 del Convenio 87 OIT, el Comité de Libertad Sindical y el Comité de Expertos de la OIT, lo han reconocido como un “derecho fundamental de los trabajadores y -también- de sus organizaciones” (Ackerman, 2007:70). La libertad sindical guarda una relación inescindible con los derechos humanos desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, cuyo art. 23 incluye el derecho a formar sindicatos de forma expresa. El precitado autor reconoce que la tendencia es concebir el derecho de huelga como parte del corpus iuris de los derechos humanos, lo que justificaría

⁷ Protocolo de San Salvador, adicional a la CADH, sobre DESC. Art. 8º: Los Estados Parte garantizarán: a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Parte permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Parte también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente; b. El derecho a la huelga. 2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley. 3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.

la aplicación del principio hermenéutico *pro personae*, como se expresó más arriba.

Por las razones expuestas afirmamos que el derecho de huelga corresponde a los/las trabajadores/as como grupo informal tanto como a los sindicatos con personería gremial y a las organizaciones simplemente inscriptas. No encontramos normas del DIDH que recorten o disminuyan derechos, menos aun cuando en el ordenamiento jurídico local no existe norma constitucional que los limite. En definitiva, no encontramos basamento constitucional interno ni del bloque de constitucionalidad federal que asigne el derecho de huelga con exclusividad a las organizaciones con personería gremial o simplemente inscriptas, en contraposición a la interpretación realizada por la CSJN en el caso de análisis.

La CSJN, con la sentencia aquí criticada, ha transgredido su propia línea jurisprudencial, tal como expresamos, restringiendo un derecho fundamental, en violación al principio de progresividad (arts. 26 CADH y 2.1 PIDESC), aplicado in re “Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud S.A.”, sentencia del 7/12/2010 (Fallos 333:2306), y en los fallos en éste citados, donde expresó:

“... el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art. 2.1), sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos: 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, cit., p. 2004). Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Madorrán, cit.: 2004) ...”. (Considerando 6° “Álvarez, Maximiliano c/ Cencosud S.A.”).

En relación al principio de progresividad, se expidió la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, in re Orellano: aplicó la doctrina judicial de la CSJN en el caso ATE I⁸ y las recomendaciones de la Comisión de Expertos de la OIT que

⁸ En este sentido: “En nuestro derecho positivo el art. 5 inc d) de la ley 23.551 incluye como derecho de todas las asociaciones sindicales – sin circunscribirlo a las que cuentan con personería gremial-, el derecho de huelga y de “adoptar demás medidas legítimas de acción sindical” y el art. 31 al describir los “derechos exclusivos” de los sindicatos con personería gremial no menciona el derecho de huelga, por tanto no podría entenderse que las medidas de acción directa son exclusivas de la

había recordado al Estado Argentino que “la mayor representatividad no debería implicar para el sindicato que la obtiene privilegios que excedan de la prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales” Observación Individual sobre el Convenio sobre Libertad Sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (N° 87) Argentina (ratificación 1960, 2008) (Considerando 2 Voto de la jueza Gabriela Alejandra Vázquez).

Pero aún más, en virtud del bloque de constitucionalidad federal, el control de constitucionalidad/convencionalidad que deben aplicar los jueces a nivel interno incluye no sólo la normativa de los TIDH sino también las disposiciones de los órganos de control de los TIDH y, en el caso de la CorteIDH, las decisiones producto de su competencia jurisdiccional y consultiva. Es por lo que no puede desconocerse que dicho tribunal interamericano expresó:

“los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de iure y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes...” (CorteIDH Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC 18/03 Párrafo 149).

Por otro lado, una consecuencia no menor derivada del art. 75 incs. 22 y 23 CN es que el Estado argentino incurre en responsabilidad internacional si no cumple con las obligaciones a las que se comprometió al ratificar la CADH, en sus artículos 1 y 2. Tales son las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos receptados en la convención. La responsabilidad internacional se produce por actos violatorios de derechos humanos realizados tanto por el

asociación con personería gremial” Voto de la jueza Gabriela Alejandra Vázquez in re – Causa 53143/10 “Orellano Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s. juicio sumarísimo” – CNTRAB – SALA I – 28/12/2012.

Estado nacional como por los particulares. El principio de igualdad y no discriminación, de carácter imperativo, genera obligaciones de protección por parte de los Estados y efectos respecto de terceros particulares (CorteIDH Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC 18/03, punto 5). Tal concepción constituye la teoría *Drittwirkung*, en base a la cual la responsabilidad, que -en principio- recayó sobre el Estado, se extiende a los actos de los particulares violatorios de los derechos humanos. Y dentro del contexto de la relación laboral, se expresa en el deber del empleador de respetar los derechos humanos de sus trabajadores (Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo. Considerando 4, voto mayoría).

En relación al control de convencionalidad externo, realizado por la Corte IDH, mediante el que puede determinar la mencionada responsabilidad del Estado y la aplicación de las sanciones que considere legítimas, son pocos los casos resueltos en los que se describan los hechos de los/as trabajadores/as como marco de la vulneración del derecho (Zagari y Mugnolo, 2019), uno de ellos es el caso “Lagos del Campo vs. Perú”, sentencia de la CorteIDH del 31 de agosto de 2017⁹. La relevancia de esta sentencia está dada porque constituye la primera decisión en la que la CorteIDH hace operativo el principio de progresividad, receptado en el art 26 CADH¹⁰, en materia de derechos sociales¹¹.

Si bien el actor del reclamo ante la Corte IDH era una persona sindicalizada señalaremos algunos párrafos de la sentencia de ese tribunal referidos a la libertad sindical y su relación con el principio de progresividad, que resultarían de

⁹ La competencia de la CorteIDH frente a violaciones de los derechos receptados en el PSS se limita a los derechos de educación y libre asociación, razón por la cual no ha habido casos contenciosos en que se haya declarado la violación al derecho de huelga. La CorteIDH ha utilizado en éstos la violación de otros derechos civiles y políticos, en juego en los casos a resolver, y aún del art 26 CADH para decidirlos.

¹⁰ Artículo 26 CADH. Los Estados Parte se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional. ...para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, de la Carta de la OEA, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

¹¹ Lagos del Campo era Presidente de la Asamblea General del Comité Electoral de la Comunidad Industria de Perú. La empresa Ceper-Pirelli, en la que había trabajado por más de trece años, lo excluyó del precitado Comité Electoral. Las elecciones atacadas de ilegítimas fueron anuladas por el Ministerio de Industria y se instruyó un nuevo proceso electoral. La empresa le formuló cargos a Lagos del Campo por su conducta y lo despidió alegando “faltamiento grave de palabra” contra la empleadora. Lagos del Campo inició acciones judiciales, interpuso diversos recursos, los que, finalmente, fueron denegados o declarados improcedentes, por lo cual se vio imposibilitado de acceder a los derechos de la seguridad social que se derivaban de su empleo.

aplicación al caso Orellano. La Corte IDH utilizó el principio del “*iura novit curia*” (el juez conoce el derecho) y señaló que el art. 26 CADH, basamento del principio de progresividad, está ubicado en el Capítulo de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, en la Parte I referida a los “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”, en consecuencia, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, así como lo están los derechos civiles y políticos. Con ello ratificó que los derechos civiles y políticos y los sociales están en un pie de igualdad, ambos sometidos al citado principio.

Luego, y profundizando aún más el análisis, determinó la operatividad del art. 26 CADH para los derechos sociales. Afirmó que los derechos protegidos por este son los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, entre los que se encuentran el derecho al trabajo en condiciones aceptables para todos/as y el de asociarse libremente para la defensa de sus intereses.

En cuanto a las afectaciones a la libertad de asociación, la Corte IDH remarcó su protección receptada en el art. 16 CADH y volvió a aplicar el art. 26 CADH, en relación al derecho de los/as empleadores/as y trabajadores/as de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, como derecho fundamental para la plena realización de los ideales democráticos.

En segundo término, consideramos pertinente, con relación a la protección de los trabajadores/as no sindicalizados, transcribir la siguiente sección:

“... la protección que reconoce el derecho a la libertad de asociación en el contexto laboral se extiende a organizaciones que, aun cuando tengan una naturaleza distinta a la de los sindicatos, persigan fines de representación de los intereses legítimos de los trabajadores. Esta protección deriva del propio artículo 16 de la Convención Americana, el cual protege la libertad de asociación con fines de cualquier índole, así como de otros instrumentos internacionales, que reconocen una protección especial a la libertad de asociación con fines de protección de los intereses de los trabajadores, sin especificar que esta protección se restrinja al ámbito sindical. En este sentido, el propio artículo 26 de la Convención Americana, que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reconoce el derecho de los empleadores y trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, y el

Preámbulo de la Carta Democrática Interamericana reconoce que el derecho de los trabajadores de asociarse para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos” (Sentencia “Caso Lagos del Campo”, Párrafo 158).

En el mismo sentido que el reseñado por la CorteIDH en Lagos del Campo, en el que se relaciona el derecho de asociación con el derecho de asociarse con fines de defensa de los derechos laborales, la CSJN debió haber aplicado los artículos 16 y 26 de la CADH en Orellano, con el objetivo de garantizar el ejercicio de la democracia, a fin de consolidar las libertades personales y la justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales de las personas (Preámbulo de la CADH).

Por último, la reciente OC 27/21 CorteIDH¹² sobre Derechos a la Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Huelga y su relación con otros Derechos, con Perspectiva de Género afirma que los derechos de los/las trabajadores/as son derechos humanos y realiza una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva del derecho laboral internacional y nacional conforme con el DIDH. Define el derecho de huelga como uno de los derechos fundamentales que los trabajadores/as pueden ejercer con independencia de sus organizaciones porque constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales.

La CorteIDH subraya que los Estados deben tener en cuenta que la ley debe proteger el ejercicio del derecho de huelga de todos los/las trabajadores/as y que las condiciones previas que la legislación establezca para que una huelga se considere lícita no deben obstaculizar o impedir la práctica de esta. Por otro lado, señala que el Estado no debe sancionar a los trabajadores/as cuando participen de una huelga legal. Las restricciones legales al derecho de huelga (la libertad sindical y la negociación colectiva) sólo pueden establecerse en el marco de una sociedad democrática con el fin de proteger el orden, la salud y la moral públicas y los derechos de terceros, y deben interpretarse restrictivamente, en aplicación del principio pro-persona, sin privar el contenido esencial del derecho ni reducir su valor práctico (OC 27/21 Párrafo 114). A su vez, destaca la vinculación entre los derechos a la libertad de expresión, de reunión, de asociación y el de huelga,

¹² OC CorteIDH 27/21 sobre Derechos a la Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, del 5 de mayo de 2021.

derechos que le permiten a los/las trabajadores/as defender sus intereses ante los/las empleadores/as y nivelar la relación desigual que existe entre ellos/as (OC 27/21 Párrafo 141).

En concreto, la precitada OC, en la línea con el fallo Lagos del Campo, reconoce que los derechos de libertad sindical y huelga están protegidos por el art. 26 CADH, cuyos alcances deberán fijarse de acuerdo con el corpus iuris internacional. Avanza, aunque quizás de forma contradictoria, cuando expresa que el derecho de huelga es un derecho de exigibilidad inmediata, “sin perjuicio de que su ampliación y perfeccionamiento a estándares superiores sea progresivo. Si algo requiere, sustancialmente, es su respeto por parte de las autoridades, las cuales deberán abstenerse de toda injerencia” (OC 27/21 Párrafo 118).

Más allá de lo señalado con relación al derecho de huelga, corresponde resaltar que la OC 27/21, interpreta las normas interamericanas sobre las obligaciones de los Estados relacionadas con el ejercicio de los derechos colectivos que trata, desde un enfoque de derecho y de género. Expresa la exclusión, ausencia o desigualdad de la mujer en los ámbitos laboral y sindical y la necesidad de garantizar el ejercicio de derechos a los que refiere en igualdad de condiciones. Además, hace hincapié en la igualdad formal y material de hombres y mujeres y advierte que se deben evitar y erradicar situaciones que aparentemente neutrales perpetúan la discriminación de las mujeres.

7. Enfoque de derechos humanos y titularidad del derecho de huelga en la jurisprudencia de la CSJN

Salvo en pocos antecedentes, la jurisprudencia de la CSJN no había tratado el tema de la titularidad del derecho de huelga hasta 2016. Sin perjuicio de que en algún caso se reconoció dicha titularidad incluso a las simples coaliciones, en el fallo Riobo Alberto c. La Prensa S.A., de 1992, el máximo tribunal interno reconoció dicha titularidad, de manera excluyente, a las asociaciones sindicales (Zagari y Mugnolo, 2019).

A más de veinticinco años de la reforma constitucional de 1994, luego de visitar el fallo Orellano, debemos afirmar que el enfoque de derechos humanos resultante del bloque de constitucionalidad federal y, en especial del DIDH en éste incorporado, parece no haber irradiado la decisión de la CSJN. El enfoque

mencionado tiene por finalidad la de garantizar la equidad social y de género. Luego de la reforma se produce la incorporación jurídica de los principios de interdependencia, interrelación, indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos, por ende, la eliminación de la distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y económicos, sociales, culturales y ambientales, por el otro.

Cabe mencionar que el art. 5 de la Declaración de Viena, adoptada en la Conferencia de Derechos Humanos en 1993, dispone que todos los derechos humanos poseen las características mencionadas y que la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de manera justa y equitativa, así como promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin perjuicio de la diversidad de sistemas políticos, económicos y culturales de los Estados. Con la incorporación aludida también se diluye la clasificación entre derechos operativos y derechos programáticos, al introducirse el amparo colectivo, mediante el art. 43 CN.

El enfoque precitado, que resulta consecuencia de lo anterior, importa un marco conceptual (teórico) pero, a la vez, una vía de acción para lograr el desarrollo económico con justicia social de los Estados integrantes del sistema interamericano (Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, 2009; Pautassi, Laura. 2010; Bestard, Ana María y Royo, Laura, 2010), tal como concordantemente promueve el art 75 inc. 19 CN. Con ese objetivo es inevitable que incluya el principio de igualdad y no discriminación y el de responsabilidad del Estado (con el alcance señalado ut supra). Desde este enfoque, las políticas e instituciones que tienen por finalidad alcanzar los objetivos mencionados deben aplicar las normas y principios del DIDH, el que ha configurado con mayor claridad no sólo las obligaciones negativas del Estado en relación a los derechos humanos (obligación de respeto: no restricción ilegítima, no obstrucción del ejercicio) sino, fundamentalmente, las obligaciones positivas del Estado (acciones que el Estado debe poner en práctica para lograr la plena realización de los derechos humanos, ejemplo de ello, las acciones positivas del art. 75 inc.23 CN). Dichas obligaciones importan el reconocimiento de la titularidad de derechos a favor de las personas, es decir, de un campo de poder para ellas que limita el margen de acción de los obligados: Estado y/o particulares.

El Poder Judicial no está ajeno a ello, sino que es uno de los órganos encargados de propiciar su efectividad al intervenir en los supuestos de violación de los derechos humanos. En el caso bajo análisis, la CSJN realizó una interpretación restrictiva y regresiva, porque produjo un retroceso en el goce o ejercicio de un derecho protegido con mayor alcance.¹³ Si bien podría considerarse que el tribunal amplió, en la sentencia Orellano, la protección constitucional a los casos de huelga declarada por las asociaciones sindicales simplemente inscriptas, pensamos que, en verdad, no tuvo en cuenta el marco teórico del enfoque de derechos ni la interpretación extensiva de la palabra gremio del art 14 bis CN. Ello le hubiera permitido extender la protección del derecho de huelga a los grupos de trabajadores/as sin filiación sindical. Se trata de un supuesto de “regresividad en los resultados (o fáctica) sin que necesariamente la Corte efectuara interpretaciones regresivas en el plano normativo...La regresividad implica en Argentina no solo una cuestión de derechos humanos sino también constitucional” (Etchichury 2020:41).¹⁴ Resta agregar que esta postura restrictiva de la CSJN volvió a aplicarse en el caso "ADEMUS y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta - y otros/ amparo sindical"¹⁵, en el que la mayoría del tribunal consideró que es incuestionable la validez constitucional del art. 31, inc. c, de la ley de asociaciones gremiales que reconoce que sólo los sindicatos con personería gremial pueden negociar convenios colectivos, desplazando al resto de asociaciones gremiales¹⁶.

¹³ Contrariamente, y siguiendo el enfoque de derechos, la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones que intervino en el caso de autos en 2020, luego de la sentencia de la Corte, decidió la inconstitucionalidad del despido dispuesto, confirmando el fallo de primera instancia, en tanto lo trató como un despido discriminatorio basado en la participación de actividades sindicales por parte del actor, así como en la vulneración de los derechos fundamentales de reunión, libertad de pensamiento y expresión, libertad de asociación, derechos que cuentan con protección tanto en el orden nacional como supranacional. En este sentido, decidió la reincorporación de Orellano al haber considerado el despido como discriminatorio en los términos de la Ley 23.592.

¹⁴ Tampoco, la CSJN tuvo en cuenta la Observación General 23 Comité DESC (2016) sobre Condiciones Justas y Equitativas de Labor, publicada poco tiempo antes de dictar la sentencia, que habla del derecho de huelga sin incluirlo entre los derechos sindicales (Etchichury 2020).

¹⁵ ADEMUS (Fallos 343:867). El juez Rosatti vota en disidencia. Sostiene que la “prioridad” de los sindicatos resulta menos tuitiva que el art 14 bis CN, lo que determina la necesidad de darle prevalencia a la norma constitucional (conforme interpretación de la Corte en el mencionado fallo "Orellano"), ya que en definitiva significaba, según su voto, una mayor protección al sistema sindical democrático, libre y desburocratizado.

¹⁶ Además, en esta sentencia resolvió que la decisión recurrida carecía de sustento (al basarse en el inc. a y no en el inc. c de la ley 23551) y que en los precedentes ATE I, Rossi y ATE II, mencionados por el a quo, no se había cuestionado la potestad exclusiva conferida a los sindicatos con personería gremial para negociar en forma colectiva.

Sin embargo, en un fallo posterior, APSAI, del 4 de marzo de 2021,¹⁷ en el que la CSJN hace suyo el dictamen de la Procuración, decidió que el art. 38 de la ley 23551, que sólo permite a las asociaciones con personería gremial la retención en nómina de las cuotas sindicales, otorga un privilegio que perjudica y discrimina indebidamente a las organizaciones simplemente inscriptas. El Procurador afirmó que no se había logrado acreditar la existencia de un interés público imperioso que avalara la exclusión de las últimas de un medio esencial para la defensa de sus intereses gremiales. Y, a su vez, que el privilegio legal a las organizaciones más representativas no se vinculaba con su prioridad de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades o en la designación de delegados ante organismos internacionales, únicas prerrogativas admitidas en el Convenio 87 de la OIT.

Posteriormente, en consonancia con una visión restrictiva del ejercicio de los derechos colectivos de los/as trabajadores/as, la CSJN negó la tutela gremial prevista en el art 48 de la ley 23551 a un trabajador designado Delegado Titular Consejero Gremial de Capacitación para representar a ATE en la Comisión Consultiva del Sistema Nacional de Capacitación, con el fundamento del carácter transitorio y por tiempo determinado de la relación contractual con el Estado.¹⁸

8. A modo de conclusión

1. El bloque de constitucionalidad federal está compuesto por la CN y los TIDH con jerarquía constitucional. Dicho bloque, en consecuencia, debe prevalecer e irradiar el resto del ordenamiento jurídico interno.
2. Los tribunales deben aplicar la normativa internacional mencionada conforme la interpretación que de ella hagan los organismos internacionales de control, siempre que el ordenamiento interno no provea un alcance mayor de los derechos en juego. Lo deben hacer de forma coherente y respetando los precedentes que recepten los principios constitucionales y de DIDH, que determinan la aplicación del enfoque de derechos.

¹⁷APSAI (Fallos 344:233).

¹⁸Romero, Jonathan Iván c/ Ministerio de educación y Deportes de la Nación s/juicio sumarísimo, del 21/10/2021(Fallos 344:3057).

3. En el caso Orellano, la interpretación que efectuó el más alto tribunal interno de las normas aplicables para determinar la mencionada titularidad no respetó el criterio con el que los constituyentes de 1957 incorporaron el art 14 bis CN, tampoco aplicó los principios que surgen del bloque de constitucionalidad federal (principios de dignidad, pro personae, de igualdad y no discriminación, de libertad sindical, de progresividad) ni la normativa de la OIT. En definitiva, no consideró el derecho de huelga ejercido por Orellano como un derecho humano constitucionalizado.

4. Consideramos que las leyes reglamentarias de los derechos gremiales y las interpretaciones que al aplicarlas asignaron la titularidad del derecho de huelga solo a la organización gremial más representativa por decisión ministerial y a la asociación simplemente inscripta se hallan en flagrante violación del bloque de constitucionalidad federal. El camino zigzagueante de la jurisprudencia necesita de los principios enunciados para lograr la coherencia necesaria en el fortalecimiento del estado constitucional y social de derecho.

5. La aplicación al caso del enfoque de derechos humanos hubiera consolidado la efectivización del estado constitucional y social de derecho que, aunque posee recepción jurídica en la CN se encuentra aún pendiente de vigencia en el marco social.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor y PAUTASSI, Laura (2009). "El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas públicas" en *La revisión judicial de las políticas públicas. Estudio de casos*. Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura. Compiladores. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- ACKERMAN, Mario (2017). Conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: "El derecho de huelga", 19/05/2017. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=3k_YZpuSUH4
- ACKERMAN, Mario (2007). *Relaciones Colectivas del Trabajo en Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo VIII. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- BESTARD, Ana María y ROYO, Laura (2010). "Exigibilidad de los DESC en el ámbito de la jurisprudencia y su importancia en la elaboración de las políticas públicas" en *Perspectiva de derechos. Políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina*. Pautassi, Laura. Directora. Buenos Aires. Biblos.

- BIDART CAMPOS, Germán (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Nueva edición ampliada y actualizada. Buenos Aires. Ediar.
- CAUBET, Amanda (2013). *Trabajo y Seguridad Social*. Tercera edición actualizada. Buenos Aires. La Ley.
- CORNAGLIA, Ricardo (2016). “La titularidad del derecho de huelga”. *Doctrina Laboral y Previsional*. Errepar. No. 371, julio del 2016, p. 727 y ss. Disponible en <https://www.rjcornaglia.com.ar/228.-la-titularidad-del-derecho-de-huelga.html>
- CORNAGLIA, Ricardo (2015). “El derecho de huelga como derecho de incidencia colectiva”, *La Ley*, 19 de octubre del 2015, Tomo 2015 F. Disponible en <https://www.rjcornaglia.com.ar/221.-el-derecho-de-huelga-como-derecho-de-incidencia-colectiva.html>
- CORNAGLIA, Ricardo (2011). “La libertad sindical como derecho y el sentido que cobra para los tribunales superiores provinciales”. *La Ley On Line, Derecho del Trabajo*, 23 de noviembre del 2011. Disponible en www.rjcornaglia.com.ar/200.-la-libertad-sindical-como-derecho-y-el-sentido-que-cobra-para-los-tribunales-superiores-provinciales.html
- DUARTE, David (2021). Comentario al fallo “Orellano, Francisco Daniel vs. Correo Oficial de la República Argentina S.A.” - Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en <https://www.abogadosdesalta.org.ar/noticia/comentario-al-fallo-orellano-francisco-daniel-vs-correo-oficial-de-la-republica-argentina-sa--corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion#.WrFUBmrOXIU>
- ETCHICHURY, Horacio (2020). “Un giro restrictivo. Nuevas direcciones de la Corte argentina en derechos sociales”. *Revista de Derecho*, N° 53, Universidad del Norte, 2020, pp. 30-58. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n53/2145-9355-dere-53-30.pdf>
- GARCÍA, Héctor Omar (2016) “¿Quiénes son titulares del derecho de huelga? (Sobre la doctrina sentada por la Corte Suprema en la causa “Orellano c. Correo Oficial de la República Argentina” y las inconsistencias de sus fundamentos)”. *DT*, Año LXXVI, N° 07, julio 2016, pp. 1532/1545.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia (2017). “Panorama de los derechos de incidencia colectiva” en *Derechos de incidencia colectiva. Estudios desde el Código Civil y Comercial*. Garrido Cordobera, Lidia y Pérez Pejic, Gonzalo. Directores. Buenos Aires. Aldina Editorial Digital.
- NUÑEZ, Mariano (2013). “Medios de presión”, en *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por Ackerman, Mario. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fé. Tº VIII. Págs. 730 y ss.
- PAUTASSI, Laura (2010). “El enfoque de derechos y la inclusión social. Una oportunidad para las políticas públicas” en *Perspectiva de derechos. Políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina*. Pautassi Laura. Directora. Buenos Aires. Biblos.

- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, BENEDETTI, Miguel Ángel, y CENICACELAYA María de las Nieves (2001). *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I. Santa Fe. Rubinzal Culzoni Editores.
- ZAGARI, Julieta y MUGNOLO, Juan Pablo (2019). “Las medidas de acción sindical. El derecho de Huelga” en *Derecho Colectivo del Trabajo*. Mugnolo Juan Pablo director. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ediar.

Documentos

- CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE (1957). Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Imprenta del Congreso de la Nación.

Autonomía y aborto legal en la Argentina. Análisis del debate parlamentario de la Ley 27.610

Autonomy and Legal Abortion in Argentina. An Analysis of the Parliamentary Debate on Law 27.610

Por Agustina Abril Boriosi y Gabriela Rodríguez Rial

Resumen: El 30 de diciembre de 2020 el Congreso de la Nación Argentina sanciona la Ley N° 27.610 que consagró el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) y la obligatoriedad de brindar cobertura integral y gratuita. El texto votado fue iniciativa del Poder Ejecutivo que promulgó y puso en vigencia la ley menos de treinta días después. Una de las deudas incumplidas de la democracia argentina se saldó con menos debate público y movilización que dos años y medio antes. Este artículo se focaliza en el análisis del proceso deliberativo que permitió la sanción de la interrupción legal del embarazo en 2020. Por un lado, se relatan, brevemente, los antecedentes del reclamo por la legalización del aborto en la Argentina y se describen algunos elementos distintivos del comportamiento legislativo de las sesiones del 10 y 11 y del 29 y 30 de diciembre de 2020. Por el otro, se analizan los órdenes de argumentos esgrimidos en el debate parlamentario, para identificar los usos políticos del concepto de “autonomía”.

Palabras claves: aborto; autonomía; debate parlamentario; libertad.

Abstract: On December 30, 2020, the National Congress of Argentina passed the Law N° 27.610, which guaranteed the access to voluntary termination of pregnancy (VTP) and the provision of free essential care. The endorsed text was an initiative from the executive power that enacted and enforced the law in less than 30 days. One of the unfulfilled promises of Argentine democracy was finally being fulfilled with less public debate and mobilization than two and a half years before. This article analyzes the deliberative process that gave way to the enactment of the law concerning the legal interruption of pregnancy in 2020. On the one hand, I briefly recount the background of the claims for the legalization of abortion in Argentina and highlight some important elements of the legislative behavior during the sessions of December 10 and 11, and December 29 and 30, 2020. On the other hand, I analyze the arguments that were put forward during the parliamentary debate, so as to identify the political uses of the concept of “autonomy”.

Key words: abortion; autonomy; parliamentary debate; freedom.

Fecha de recepción: 23/05/22

Fecha de aceptación: 9/02/23



Autonomía y aborto legal en la Argentina. Análisis del debate parlamentario de la Ley 27.610*

Por Agustina Abril Boriosi** y Gabriela Rodríguez Rial***

I. Introducción

El 30 de diciembre de 2020 el Congreso de la Nación Argentina sanciona la Ley N.º 27.610 que consagró el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) y la obligatoriedad de brindar cobertura integral y gratuita. El texto votado fue iniciativa del Poder Ejecutivo que promulgó y puso en vigencia la ley menos de treinta días después. Una de las deudas incumplidas de la democracia argentina se saldó con menos debate público y movilización que dos años y medio antes. El proyecto, presentado en el mes de marzo de 2018 y redactado por la Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito fue rechazado por la Cámara de Senadores el 9 de agosto de ese mismo año. Sin embargo, los protagonistas y analistas de este proceso percibían que, más temprano que tarde, las personas con capacidad de gestar en la Argentina iban a poder decidir cuándo hacerlo (Pecheny y Herrera, 2019: 15-17). Quizás por esta convicción, las circunstancias y el contenido del debate parlamentario de diciembre 2020 ha recibido menos atención que las épicas jornadas de junio y agosto de 2018.

Desde una perspectiva de larga duración se puede afirmar que, con independencia del momento en que se haya producido la sanción y promulgación de la Ley 27.610, se trata de la resultante de la lucha del movimiento de mujeres que permitió incorporar a la agenda política un tema marginado del debate público (Brown, 2020; Tarducci, 2018). Una mirada cortoplacista destacaría que el presidente Alberto Fernández no sólo habilitó el debate sino también que el proyecto tratado fue elaborado por el Poder Ejecutivo, comprometiendo así el apoyo de legisladores/as integrantes de la coalición

* Agradecemos especialmente a Mirna Lucaccini y quienes evaluaron este artículo cuyas sugerencias han contribuido a mejorar su calidad. Cualquier error u omisión es exclusiva responsabilidad de las autoras.

** Universidad de Buenos Aires (UBA). ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8865-941X>. Correo electrónico: agus.boriosi1@gmail.com

*** Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9363-1853>. Correo electrónico: rodriguezgabriela@conicet.gov.ar

política en el gobierno (Frente de Todos). Aunque ambos enfoques y explicaciones son plausibles, uno de los desafíos del análisis político es establecer continuidades y rupturas del fenómeno que se estudia respecto del espacio de experiencia y horizonte de expectativas en el que inserta (Rodríguez Rial, 2020: 153-156)¹.

Este artículo se focaliza en el análisis del proceso deliberativo que permitió la sanción de la interrupción voluntaria del embarazo en 2020. Por un lado, se relatan brevemente los antecedentes del reclamo por la legalización del aborto en la Argentina y se describen algunos elementos distintivos del comportamiento legislativo de las sesiones del 10 y 11 y del 29 y 30 de diciembre de 2020. Por el otro, se analizan los órdenes de argumentos esgrimidos en el debate parlamentario para identificar los usos políticos del concepto de “autonomía”, porque fue uno de los ejes centrales de las argumentaciones a favor y en contra de la legalización del aborto. El objetivo de este análisis descriptivo-interpretativo es abordar las siguientes preguntas: ¿la autonomía es un concepto político cuya semántica se disputa en los órdenes de argumentos que justifican los votos a favor y en contra de la interrupción voluntaria del embarazo en su trámite legislativo de 2020? ¿Aun sin haber coincidencias en torno de su definición, el hecho de que la autonomía sea un valor central de la tradición democrático liberal puede haber incidido en el resultado final de la votación? Y estos interrogantes investigativos se articulan con un problema político actual: ¿en un futuro el debate sobre los sentidos de la autonomía favorecerá la generación de consensos o la polarización del campo político?

II. Antecedentes históricos y descripción de la votación en las sesiones de 2020

II.1. Breve historia del reclamo por la legalización del aborto en la política argentina

En la manifestación por la conmemoración del Día Internacional de la Mujer el 8 de marzo de 1984 miles de mujeres gritaron: “Qué destino, qué destino, muere una mujer por día por aborto clandestino” (Tarducci, 2018: 426). Esta coyuntura crucial para el movimiento de mujeres en nuestro país marca el inicio de un recorrido que

¹ Espacio de experiencia y horizonte de expectativas son dos categorías de la Historia Conceptual de Reinhart Koselleck (1993: 336-7). El espacio de experiencia es un pasado que se hace presente a través de lo experimentado y lo recordado y el horizonte de expectativas liga al presente con el futuro.

terminará con el aborto como un asunto privado, tabú e íntimo para convertirlo en un problema social y de salud pública (Brown, 2020). Poco tiempo después, tuvo lugar el primer Encuentro Nacional de Mujeres (1986) en donde se comenzaron a problematizar y discutir temáticas relacionadas con el libre ejercicio de la sexualidad. En gran medida fue gracias a estos debates que en 1988 se creó la Comisión por el Derecho al Aborto (Brown, 2020). Al año siguiente, María Florentina Gómez Miranda, militante y diputada por la Unión Cívica Radical (UCR), se convirtió en la primera legisladora en presentar un proyecto de ley tendiente a asegurar la despenalización del aborto en todos los casos de violación (Pecheny, Lucaccini y Zaidan, 2019)².

El discurso de los derechos humanos de los años 1980 hizo posible que en la década siguiente no sólo se demandaran derechos reproductivos, sino que también se instalarán los reclamos ligados a una ciudadanía sexual que garantice libertad para decidir sobre el propio cuerpo no sólo reproductor sino también sexualizado (Barrancos, 2011; Pecheny, 2011; Gutiérrez, 2010). A pesar de que los años noventa significaron un avance en cuestiones relativas a los derechos de las mujeres, este proceso estuvo obstaculizado por ciertos sectores de las elites políticas que hicieron propia la postura más conservadora de los grupos religiosos, especialmente de la Iglesia católica³. En 1994 el entonces presidente Carlos Menem intentó incorporar a la Constitución Nacional un artículo consagrando el derecho a la vida desde la concepción. Fue en virtud de la oposición del movimiento de mujeres a esta iniciativa que no se incorporó esta reforma (Pecheny, Lucaccini y Zaidan, 2019). De hecho, en el debate parlamentario en la Cámara Baja del 10 de diciembre de 2020 la diputada María Rosa Martínez (Frente de Todos, provincia de Buenos Aires) menciona este antecedente recordando la renuncia al Consejo Nacional de la Mujer de las feministas peronistas Virginia Franganillo, Loli Domínguez y Marcela Durrieu por estar en contra de la propuesta de enmienda constitucional del entonces líder del partido justicialista y

² Para ver más acerca del proyecto de ley de Florentina Gómez Miranda: <https://www.nuevospapeles.com/nota/12367-he-logrado-correr-el-velo-de-una-hipocresia>

³ Cabe destacar el rol fundamental que tuvieron en este periodo la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo llevada a cabo en el Cairo (1994) y la Conferencia Internacional de la Mujer que tuvo lugar en Beijing (1995). A pesar de que el Estado argentino mantuvo su posición en contra del aborto, ambas conferencias fueron un punto de inflexión en el debate en torno a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres tanto en el plano internacional como a nivel local.

titular del Poder Ejecutivo (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 337).

Después de que el aborto legal se convirtiera en un tema central del movimiento de mujeres a partir de los encuentros nacionales de Rosario y Mendoza⁴ (2003-2004), y gracias a la articulación de diferentes alianzas federales, el 28 de mayo del 2005, Día Internacional de Acción por la Salud de las Mujeres, se lanzó de manera oficial la Campaña Nacional por derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito (desde aquí en más la Campaña). Bajo la consigna “Educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir”, la Campaña redactó y presentó en ocho ocasiones diferentes proyectos para el tratamiento de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), cambiando en cada oportunidad y de manera discontinua el número de legisladores/as a favor de la iniciativa (Medici, 2020).

A mediados de febrero del 2018, la Campaña organizó el primero de muchos encuentros bautizados como “pañuelazos” para anunciar que se presentaría por séptima vez un proyecto de ley por la legalización del aborto. Pocos días después de la convocatoria de la Campaña en las puertas del Congreso de la Nación, el expresidente Mauricio Macri, hizo pública su decisión de dar vía libre al tratamiento del proyecto. La misma fue ratificada en la apertura del 136° período de sesiones ordinarias en la que afirmó estar “a favor de la vida” pero también de los “debates maduros y responsables”⁵.

Después de 30 años de Encuentros Nacionales de Mujeres, 13 años de insistencia por parte de la Campaña, el precedente del fallo F.A.L⁶ y la gran influencia de la convocatoria del movimiento Ni Una Menos⁷ a partir del año 2015, el proyecto de ley fue tratado por el pleno de la Cámara por primera vez en el año 2018, con la firma de 71 legisladores/as y encabezado por diputadas de cuatro bloques políticos diferentes: Victoria Donda de Libres del Sur, Brenda Austin de la Unión Cívica Radical, Romina del

⁴ Ver Brown (2020: 5).

⁵ Ver discurso: <https://www.caserosada.gob.ar/informacion/discursos/42114-mensaje-del-presidente-mauricio-macri-en-la-apertura-del-136-periodo-de-sesiones-ordinarias-del-congreso>

⁶ En el año 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó posición con el fallo F.A.L donde determinó que cualquier aborto de un embarazo producto de una violación, sin importar la salud mental de la mujer, no es punible, tanto para la mujer como para la persona que cause la interrupción del embarazo. Esta sentencia cambió los parámetros sociales y legales bajo los cuales se entendía el aborto en un caso de violación.

⁷ <http://niunamenos.org.ar/quienes-somos/carta-organica/>

Plá del Partido Obrero en el Frente de Izquierda, y Mónica Macha del Frente para la Victoria (Berdondini, 2019).

El 13 de junio del mismo año tuvo lugar una sesión histórica que después de 22 horas de debate abrió paso a la “media sanción” del proyecto de IVE. La aprobación del proyecto de ley se tradujo en una amenaza real y en muchos casos inesperada para los/as que estaban en contra de la legalización del aborto. Frente a esto, aumentaron las convocatorias y también las presiones de diferentes grupos de poder hacia todos/as los/as legisladores/as que no habían definido su posición hasta el momento. En la madrugada del 8 de agosto el Senado de la Nación rechazó la iniciativa.

A pesar de este resultado, el reclamo se mantuvo vigente tanto en la agenda pública como en las calles. A su vez, se le sumó el apoyo explícito de Alberto Fernández, transformando al aborto legal en una de sus promesas de campaña electoral en el año 2019. Aun en el marco de la pandemia por COVID-19 que, entre otras cosas, alteró el funcionamiento habitual de ambas Cámaras del Congreso⁸, el proyecto para legalizar el aborto en la Argentina fue enviado por el Poder Ejecutivo Nacional y debatido en la Cámara baja entre el 11 y el 12 de diciembre y entre 29 y 30 de diciembre en la Cámara alta.

II.2. El aborto en votos. Similitudes y diferencias entre las sesiones de diciembre de 2020 y julio-agosto de 2018

La bibliografía especializada en poderes legislativos plantea que las votaciones son fotos y que no siempre alcanzan para analizar todos los determinantes que inciden en el comportamiento de los/as legisladores/as. Por lo tanto, es importante incorporar otros elementos como el trabajo en comisiones, los roles en las estructuras jerárquicas de las cámaras y el tipo de distritos en el cual fueron electos o electas los/as legisladores/as⁹. A los efectos de este artículo y en base a los datos arrojados por los

⁸Se trató de sesiones con modalidad mixta, en las que solo estuvieron exceptuados de la presencialidad los mayores de 60 años y quienes tuvieran alguna enfermedad preexistente, participando de las sesiones de forma remota.

⁹ Por ejemplo, en los distritos con restricciones partidarias débiles (los más pequeños en lo que refiere a la magnitud medida en términos de la cantidad de bancas en juego) los partidos o coaliciones partidarias tienen menos efecto para disciplinar el voto que en los de restricciones fuertes, es decir, aquellas

informes de la Subsecretaría de Asuntos Parlamentarios de la Nación (2021a; 2021b), en este apartado se describen aquellos aspectos de las votaciones de 2018 y 2020 que se relacionan con la autonomía como un concepto clave en el debate sobre la interrupción voluntaria del embarazo en 2020.

En primer lugar, mientras que en 2018 expusieron 738 personas en las audiencias públicas previas al debate en la Cámara Baja, en el año 2020 se presentaron tan solo 60. De la misma manera, se redujo significativamente el número de expertos/as que hablaron en las audiencias de la Cámara Alta del congreso: 99 en 2018 y 55 en 2020. Esta disminución evidencia una diferencia entre el proceso legislativo que concluyó con el tratamiento del proyecto en un año y el otro.

Por un lado, para los/as parlamentarios/as que están a favor de la legalización del aborto, la extensión de la discusión dada en el 2018 era necesaria para instruir no sólo a los/as representantes que tenían la responsabilidad de votarla sino también a una parte de la sociedad desinteresada en la temática. En el 2020 en cambio, el debate público se redujo por la urgencia de un reclamo que ya no podía seguir esperando. Desde esta perspectiva, el debate social y legislativo estaba saldado, y lo importante era sancionar la ley.

Por otro lado, varios/as legisladores/as hacen mención a la falta de debate previo a la hora de justificar su voto negativo en las sesiones de 2020. Desde su punto de vista, el Poder Ejecutivo adoptó una actitud irresponsable por apresurar el tratamiento legislativo de la interrupción voluntaria del embarazo en un contexto sanitario, social y político donde no era prioridad. Otra crítica apunta a no haber realizado una consulta popular vinculante, según lo establecido en el artículo 40 de la Constitución de la Nación Argentina.

En segundo lugar, se pueden identificar cambios en el comportamiento legislativo entre 2018 y 2020 no sólo reflejados en los votos positivos o negativos resultantes sino también respecto del recorrido que tuvieron ambos proyectos antes de llegar al debate

circunscripciones de mayor tamaño. Este factor incide notablemente en la colaboración de las mujeres, más allá de las fronteras partidarias, en la sanción de leyes, aunque también hay que tener en cuenta la proporción de mujeres en las cámaras (a medida que aumenta, la colaboración disminuye) o si el tema del proyecto de ley en cuestión polariza al electorado. Tanto Santamarina (2020) como Barnes (2018) abordan esta temática.

en el recinto. La literatura politológica sobre coaliciones, agenda y colaboración legislativa sostiene que los legisladores, en general, y las legisladoras, en particular, cuentan con mecanismos para lograr que el tratamiento de un proyecto de ley avance o se frene (Calvo y Leiras, 2012; Barnes, 2018; Santamarina 2020). Para comprender este proceso hay que tener en cuenta los dos pilares organizativos del congreso argentino: el sistema de comisiones y los bloques partidarios.

En 2020, la Cámara de Diputados de la República Argentina aprobó el proyecto de interrupción voluntaria del embarazo con 131 votos a favor, 117 en contra y 6 abstenciones. Las comisiones intervinientes en la Cámara Baja fueron 4: Legislación General (Cecilia Moreau - a favor), Legislación Penal (Carolina Gaillard - a favor), Mujer y Diversidades (Mónica Macha - a favor), Acción Social y Salud (Pablo Yedlin - a favor), registrando un solo cambio de comisión respecto al 2018¹⁰. Tanto en el 2020 como en el año 2018, la comisión “cabecera” del debate fue la Legislación General, presidida por Daniel Lipovetsky (Propuesta Republicana, de ahora en más PRO - a favor) en el año 2018 y por Cecilia Moreau (Frente de Todos, de ahora en más FDT) en el año 2020. En lo que respecta a la presidenta de la Comisión de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en 2018 (Alejandra Martínez), votó a favor, a diferencia de las presidentas de la comisión de Acción Social y Salud Pública (Carmen Polledo, PRO) y de Legislación penal (Gabriela Burgos, UCR) que votaron en contra.

En 2020 el Senado de la Nación Argentina sancionó la Ley 27.610 con 38 votos a favor, 29 en contra y una abstención. En dos años, con una renovación de un tercio de la Cámara alta y un cambio de presidente de por medio, la votación en el Senado prácticamente se invirtió respecto de 2018. Fueron 21 los senadores y las senadoras que ocuparon bancas en el año 2020 y no participaron del debate legislativo dos años antes. De ellos, 11 pertenecen al Frente de Todos. Si tenemos en cuenta que la bancada tiene un total de 14 ingresantes, el 78,6% de las y los senadores que se incorporaron al Senado en 2019 en la boleta encabezada por Alberto Fernández y Cristina Fernández de Kirchner, votaron en línea con el Poder Ejecutivo. Si bien no se trata del único factor que afectó el cambio de comportamiento de la votación en el Senado su importancia no

¹⁰ En el año 2018 el proyecto giró a la comisión de Familia, mujer, niñez y adolescencia mientras que en 2020 a la recientemente creada comisión Mujeres y Diversidad.

puede ser soslayada. En esta oportunidad el proyecto tuvo giro a tres comisiones: Banca de la Mujer, Salud, y Justicia y Asuntos Penales. Aunque el número de comisiones intervinientes respecto al 2018 fue el mismo, la cabecera del debate en esta ocasión fue la Banca de la Mujer presidida por Norma Durango, quien votó a favor de la legalización de la IVE, mientras que en el 2018 fue la comisión de salud, cuyo titular, Mario Fiad, estaba en contra. A pesar de que la Banca de la Mujer del Senado no se haya manifestado de manera unánime a favor del proyecto presentado por el ejecutivo, el hecho de que su presidenta fuese una militante proactiva del mismo permitió sumar votos de senadores/as indecisos.

Cabe recordar que en 2018 la presidenta del cuerpo y vicepresidenta de la Nación, Gabriela Michetti, dispuso el giro a una cuarta comisión, Presupuesto y Hacienda, que en ese entonces tenía como titular al senador del PRO, Esteban Bullrich, férreo opositor del aborto legal, seguro y gratuito. Esta decisión recibió críticas no sólo de senadores y senadoras sino también de diferentes organizaciones de la sociedad civil que entendieron a la determinación de la en ese entonces vicepresidenta como una “maniobra dilatoria” y forzaron a Michetti a revertir su decisión de girar el proyecto a esta última comisión.

A diferencia de este escenario, la presidenta del cuerpo y vicepresidenta de la Nación durante el debate legislativo de 2020, Cristina Fernández de Kirchner, había votado a favor de la legalización del aborto en 2018, y, por tanto, no usó sus recursos de poder institucional de manera reactiva al tratamiento de la interrupción voluntaria del embarazo como su predecesora. A su vez, de los tres vicepresidentes el primero (Martín Lousteau, UCR - CABA) y la tercera (Laura Elena Rodríguez Machado, PRO - Córdoba) votaron a favor mientras que el vicepresidente segundo, Maurice Closs (FDT - Misiones), lo hizo por la negativa al igual que la presidenta provisional, senadora Claudia Ledesma Abdalá (FDT - Santiago del Estero). El proyecto tuvo dictamen de dos comisiones, presididas por hombres, que uno votó a favor, Oscar Parrilli (Justicia y Asuntos Penales, FDT), y otro en contra, Mario Fiad (Salud, UCR).

En tercer lugar, está muy instalado en el campo político que el mapa de la Argentina se divide en dos áreas claramente diferenciadas, posicionando al norte en contra de la legalización del aborto y el sur, incluida la Ciudad Autónoma de Buenos

Aires (CABA) y la provincia de Buenos Aires, a favor. Cada una de estas regiones representaría dos cosmovisiones del mundo diferentes: tradicionalismo versus modernidad; Argentina profunda y federal versus el extranjerismo centralista; y el respeto al derecho vigente versus la innovación jurídico-legislativa¹¹. Estas representaciones del sentido común, no exentas de maniqueísmo, e incluso esgrimidas como argumentos en el debate parlamentario, quedan parcialmente desmentidas frente a un voto por provincia que no fue homogéneo¹². En el caso de la Cámara Baja, los distritos de mayor tamaño, en términos de magnitud, y por ende, con mayores restricciones, fueron los que más votos aportaron para la aprobación del proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo. En el Senado, como todas las circunscripciones son iguales al elegirse tres senadores/as, dos por la primera minoría y el restante por la segunda lista en cantidad de votos, la distinción entre distritos de altas y bajas restricciones partidarias no aplica.

Finalmente, un argumento instalado en la opinión pública y en la literatura politológica especializada en el estudio de procesos legislativos es que las posturas a favor o en contra de la legalización del aborto son transversales a las coaliciones políticas (Santamarina, 2020). En este proceso fue fundamental la alianza de las legisladoras identificadas como “sororas” que estaban a favor de la aprobación. Sin embargo, la mayoría de los votos que permitieron la aprobación del proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo fueron aportados por un bloque: el Frente de Todos, con 82 votos afirmativos en la Cámara Baja y 25 en el Senado. En el caso de la coalición Juntos por el Cambio, con la excepción del bloque radical de diputados donde se impusieron quienes estaban a favor de la legalización del aborto, la mayoría de sus diputados/as y senadores/as votaron en contra. Un elemento a destacar es que mientras en el 2018 el rechazo a la iniciativa en la Cámara Baja implicó al 68,5% de los

¹¹ Sobre la diferencia entre las interpretaciones statoquistas y las sociohistóricas-convencionalizadas del derecho constitucional y civil resultan muy interesantes los aportes de Gargarella (2019) y Herrera (2019, 2018).

¹² En la Cámara Baja son solo dos las jurisdicciones que presentan un comportamiento homogéneo (tanto a favor como en contra): Formosa (en contra), Río Negro (a favor). En el caso del Senado, en cinco jurisdicciones el voto a favor del proyecto fue homogéneo: la Ciudad de Buenos Aires, Chubut, Córdoba, Neuquén y Río Negro. Por otro lado, encontramos un rechazo generalizado entre los senadores de las provincias de San Juan y Santiago del Estero.

integrantes del PRO, este se expandió al 75,5% en el año 2020. Sólo los/as legisladores/as del Frente de Izquierda votaron unánimemente a favor.

En síntesis, en 2020 el proceso previo al debate legislativo fue más breve que en 2018. Tampoco existió una colaboración reactiva entre autoridades parlamentarias, de bloque o de comisión para impedir la sanción de la interrupción voluntaria del embarazo como sucedió en el Senado en 2018. Aunque los distritos de mayor tamaño aportaron un significativo número de votos de diputados/as para lograr la aprobación de la ley tanto en 2018 como en 2020 ni en la Cámara Baja ni en el Senado existió un comportamiento homogéneo por provincia. A su vez, si bien no se impuso en el oficialismo ni en la oposición una disciplina partidaria coactiva de autonomía de los/as legisladores/as, el bloque del Frente de Todos aportó cuantitativamente más voluntades a favor de la legalización del aborto en la Argentina.

Hasta aquí se ha analizado, por un lado, cómo fue el tratamiento en comisiones y el rol que tuvieron las mujeres en posiciones de poder en las cámaras legislativas a la hora de que se frene el proyecto de legalización del aborto en 2018 o, por el contrario, se logre su sanción en el año 2020. Y, por el otro lado, se describió cómo votaron los/as legisladores/as por provincia y por coalición partidaria para mostrar cómo estas dos variables incidieron tanto en el resultado del debate legislativo que concluyó con la sanción de la Ley 27.610, como en los argumentos esgrimidos durante el mismo que se analizan a continuación.

III. La autonomía en disputa: tipos de argumentos y usos del concepto en el debate parlamentario 2020

A continuación, se presenta un análisis del debate parlamentario (Honorable Cámara de Diputados y Senado de la Nación) de 2020 que se centra en el tipo de argumentos y las semánticas predominantes de la autonomía como concepto político-jurídico. En nuestro análisis de los discursos de los/as parlamentarios/as nos focalizamos en el contenido semántico (lo que se dice) y no en los actos de habla (cómo se dice o qué se comunica a través del decir). Por ello, nuestro enfoque está más próximo

a la metodología de la Historia Conceptual de R. Koselleck que a la Historia Intelectual de los lenguajes políticos de Pocock y la escuela de Cambridge (Skinner, 1990).

El objetivo de esta sección es abordar a la autonomía como un término políticamente relevante atendiendo a su uso dentro de los tipos u órdenes específicos de argumentos en el debate parlamentario que concluyó con la sanción de la interrupción voluntaria del embarazo en la Argentina a partir de la combinación de un análisis onomástico y con otro semántico. Por ello, se analiza el concepto de autonomía a partir de su relación con otros en sincronía discursiva (análisis onomástico) pero también semánticamente, es decir, teniendo en cuenta los sentidos de la autonomía a lo largo del tiempo (Koselleck, 1993, Rodríguez Rial, 2020, Aguirre y Morán, 2020).

III. 1. Los órdenes o tipos de argumentos predominantes en la discusión legislativa sobre el aborto

En la primera sección de este apartado se van a interpretar fragmentos de debates seleccionados con énfasis en el tipo de argumento (jurídico constitucional, sanitario, biográfico, ético y de género) que utilizan los/as legisladores/as para justificar su voto favorable o negativo¹³, tal como lo hicieron Mirna Lucaccini, Mario Pecheny y Luca Zaidan (2019) en su estudio del debate parlamentario de 2018.

Los argumentos de orden jurídico constitucional son aquellos que se refieren a la constitucionalidad del proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, su inserción en el orden jurídico y su compatibilidad con el Estado de Derecho. Este tipo de argumentos se encuentra en los planteos de legisladores/as que están tanto a favor o en contra de la legalización del aborto. Sin embargo, es más notable su uso en quienes se oponen al proyecto con la intención de demostrar que es inconstitucional legalizar el aborto en la Argentina. Entre quienes adoptan esta posición se puede destacar al senador Dalmacio Mera (Frente de Todos - Catamarca). Luego de analizar diferentes artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, el senador por Catamarca afirmó:

¹³ Las citas fueron extraídas del Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación y del Diario de Sesiones del Senado del 11 y el 12 de diciembre y el 29 y 30 de diciembre, respectivamente.

“Hemos escuchado a importantes constituyentes y a importantes constitucionalistas en las audiencias, presidenta. Todos-o casi todos- nos han dado esta interpretación de sentido común. El Derecho es sentido común. No es para expertos (...) No existe en ningún tratado el derecho al aborto: lo que existe es el derecho a la vida. Y lo establecen los tratados a los que hemos adherido, nuestra Constitución nacional y el código civil” (Senado de la Nación 2020: 19).

Aunque Mera fue el referente jurídico en el Senado de quienes se oponían a la legalización del aborto, falta en su intervención un tema recurrente entre quienes votaron en contra de la iniciativa del Poder Ejecutivo: las constituciones provinciales que protegen la vida desde la concepción. Así pues, apoyar el proyecto presentado por el ejecutivo implica negar la autonomía de las provincias, entidades preexistentes al Estado nacional. Este punto de vista es criticado por la senadora María de los Ángeles Sacnun (Frente de Todos - Santa Fe) quien sostiene:

“Presidente: me parece que el federalismo tampoco puede usarse para alegar la inconstitucionalidad del proyecto de ley, como hemos escuchado anteriormente. (...) ninguna regla, desde el punto de vista provincial –concretamente–, puede contrarrestar o contrariar lo establecido por la Constitución de la Nación Argentina. Ese piso mínimo que establece la Constitución Nacional debe ser ineludiblemente respetado. Los derechos a la igualdad, a la no discriminación y a la autonomía no admiten interpretaciones provinciales” (Senado de la Nación, 2020: 46)

En general, quienes defienden la posibilidad de legalizar el aborto antes de la semana catorce desde un enfoque jurídico constitucional, adoptan una perspectiva convencional constitucionalizada, según la caracterización de la jurista Marisa Herrera (2018). Tal es el caso de la diputada Laura Russo (Frente de Todos - Buenos Aires) que enfatiza las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos para justificar su posición favorable a la interrupción voluntaria del embarazo (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 31).

Respecto de los argumentos de orden sanitario, que apuntan a la salud de la persona gestante o al sistema de salud en general, entre quienes votaron a favor sigue presente, como en 2018, el motivo de la clandestinidad y de que se trata de un problema

que la salud pública puede resolver favorablemente, independientemente de la cantidad efectiva de mujeres muertas por abortos mal realizados:

“Pero, además del deber de resolver este dilema [se refiere al derecho a la vida como gradual o absoluto]¹⁴, tenemos que resolver un problema de salud pública. Algunos discuten cifras. (...) Bueno, hay cientos de miles de abortos por año en la Argentina; hay 40.000 externaciones por año, más o menos, en hospitales por abortos inseguros; una mujer fallece cada diez días en la Argentina por abortos inseguros” (Senador Martín Lousteau, UCR-Juntos por el Cambio CABA) (Senado de la Nación, 2020: 123)

Es recurrente en los debates parlamentarios de 2020 la referencia a la falta de oportunidad del debate sobre el aborto legal, seguro y gratuito debido a la crisis sanitaria, consecuencia de la pandemia de COVID-19 y la falta de recursos del sistema de salud para financiar este tipo de iniciativa. También se destaca que el tratamiento de la ley fue “*express*” en relación con 2018, dada la disminución de expositores y expertos/as en las audiencias previas al debate legislativo. A su vez, los/as legisladores/as que se oponen a la iniciativa del ejecutivo con un argumento de tipo sanitario, encuentran cuestionable que este proyecto, a diferencia del presentado en 2018, priorice la autonomía de la mujer por sobre las problemáticas del sistema de salud:

“(...) entre el debate que dimos en 2018 y el que estamos dando ahora, la posición oficial de quienes impulsan este proyecto varió. Dejó en un segundo plano la problemática del acceso al sistema de salud para centrarse en la consagración de un derecho subjetivo que se ancla en la autonomía de la voluntad, desentendiéndose de las desigualdades escandalosas con que el sistema judicial de cada una de las provincias maneja el tema que estamos tratando” (Diputado Karim Augusto Alume Sbodio, Frente de todos, San Luis) (Honorable Cámara de Diputados; 2020: 335).

Los argumentos de orden biográfico, aunque tienen menos relevancia cuantitativa que otros, son importantes porque revelan estrategias para justificar un voto que demuestre consistencia entre una trayectoria vital y política, que exprese algún tipo de tensión entre estos dos elementos, o que dé cuenta de por qué se cambió de posición

¹⁴ La aclaración es nuestra.

respecto de la votación de 2018. Tal es el caso de la senadora Silvia García Larraburu (Frente de Todos - Río Negro) quien, a partir de la historia de Marina, una mujer que decidió abortar, aun contraviniendo su fe, comprendió que “la interrupción voluntaria del embarazo es la demanda de las nuevas generaciones” (Senado de la Nación, 2020: 28).

Entre quienes se manifiestan en contra al proyecto proliferan las referencias a los/as niños/as con alguna discapacidad que no nacerían en caso de legalizarse el aborto en la Argentina. La finalidad de este tipo de intervenciones es generar empatía emocional a partir de la vivencia de la paternidad o maternidad de un/a hijo/a, que en caso de existir una legislación que permita el aborto, podría no haber nacido¹⁵.

Los argumentos de tipo ético son aquellos que se centran en el debate del origen de la vida y en la colisión entre los derechos de la persona gestante y el feto. En el plano político coyuntural tuvo mucho impacto la presentación del ministro de Salud en diciembre de 2020, Ginés González García, quien se refirió al embrión como un “fenómeno”. Aunque no se trata de una definición técnicamente errada, esta caracterización no sólo fue percibida como ofensiva por la mayoría de quienes votaron contra el proyecto de interrupción legal del embarazo, sino que fue incluso cuestionada en términos de su científicidad. Pero, más allá de esta objeción contextual, el principal argumento esgrimido de tipo ético entre los/as legisladores/as que se oponen a la legalización del aborto es que la vida se inicia con la concepción:

“Ahora estamos banalizando la vida, porque se respeta a capricho o a libre arbitrio hasta la semana catorce, después de la semana quince parece que la empezamos a proteger, pero (...) en la semana treinta podemos suministrar algo a la madre, si su salud integral la incómoda, para que el niño no nazca vivo, ya que es incómodo para todos los médicos ver morir al niño en el sanatorio u hospital” (Diputada Marcela Campagnoli, Coalición Cívica- Juntos por el Cambio, CABA) (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 28).

¹⁵ Por ejemplo, la diputada Graciela María Caselles (Frente de Todos - San Juan) menciona a su hija adolescente, Agustina, que tiene síndrome de Down. Ver Honorable Cámara de Diputados (2020: 246-7).

Cuando el debate se centra en la vida es importante distinguir entre el embrión y la persona, que es una noción de tipo jurídico y no biológico¹⁶. En tal sentido, la discusión deja de plantearse en términos de ciencia, religión o convicción para ser una cuestión de filosofía del derecho:

“Si no respetamos la autonomía no podremos encontrar valor alguno para respetar la vida. Para ser titulares de esos derechos se requiere la capacidad de determinar conductas conforme a valores. También se requiere ser conscientes y tener capacidad para adoptar esas decisiones que cada uno de nosotros tomamos y que tengan consecuencias, sean placenteras, dolorosas o hasta incluso normativas” (Diputado Maximiliano Ferraro, Coalición Cívica, CABA) (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 159).

Antes de concluir este apartado vale la pena destacar dos intervenciones, que refieren al feminismo en su lucha por la igualdad y el reconocimiento. En el primer caso se lo hace para reivindicar la lucha por la legalización del aborto:

“Este proyecto de ley viene a darnos soberanía sanitaria a través de una mirada transfeminista. Ahora, quiero centrarme en la transformación que implica para el sistema sanitario el transfeminismo. El aborto legal es un paso clave hacia un sistema sanitario y político para la multiplicidad de identidades y cuerpos” (Diputada Mónica Macha, Frente de Todos, Buenos Aires) (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 22).

En el segundo caso, se cuestiona a la interrupción voluntaria del embarazo por no ser, según la diputada del PRO, de una demanda central del movimiento de mujeres:

“Señor presidente: la legalización del aborto no representa una reivindicación del feminismo. Me parece que estamos incluidas en una cantidad de temas más. La lucha del movimiento feminista internacional es mucho más amplia” (Diputada Carmen Polledo, PRO, CABA) (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 27).

En el debate parlamentario de 2020 sobre la legalización del aborto no hubo un predominio de los argumentos ético-morales, sino que los jurídicos constitucionales y

¹⁶ Para una muy buena síntesis de argumentos filosóficos que demuestran que el aborto legal no sólo es compatible con el derecho penal vigente sino también con las creencias compartidas incluso por quienes se oponen a esta iniciativa ver Ribera López (2018).

los de género tendieron a ser cuantitativa y cualitativamente más significativos. Como veremos a continuación, la autonomía, aunque esté presente en intervenciones enfocadas en lo ético, lo sanitario y hasta lo biográfico, es un concepto de raíz filosófica liberal republicana, que puede ser reivindicado por el feminismo.

III. 2. La autonomía: un concepto polémico presente en distintos tipos de argumentos

La autonomía es un concepto cuya presencia se destaca en los debates parlamentarios que llevaron a la sanción de la IVE en 2020. Se entiende por concepto, una palabra plurívoca, cuyos significados varían según el contexto sociohistórico en un sentido amplio, pero también a partir de los usos que se les da en discursos determinados¹⁷. Los conceptos se pueden dividir en tres tipos: de la tradición cuyo sentido teórico persiste, al menos parcialmente; de la identidad del término, que han cambiado de significado; y neologismos. La autonomía es un concepto tanto del primero como del segundo tipo, porque remite al horizonte de expectativas en el que emerge la subjetividad moderna y su definición se articula con nociones como persona, dignidad, voluntad, libertad, propiedad de sí, pero sus significados fueron cambiando con el tiempo, según el género discursivo (en nuestro caso un debate legislativo) y el tipo de argumento dentro del cual se emplea.

La presencia de la autonomía en la discusión sobre la legalización del aborto en el Congreso argentino en el año 2020 se observa en el plano cuantitativo. En el debate parlamentario que se dio en la cámara de diputados, la palabra “autonomía” fue empleada 60 veces por 36 diputados/as diferentes de los/as que 27 estaban a favor y 9 en contra. En el caso de la cámara de senadores, la palabra autonomía fue utilizada 47 veces por 25 senadores/as, de las cuales 18 estaban a favor y 7 en contra.

Pero, como la recurrencia de un término no es un factor que baste para dar cuenta de su importancia en un corpus discursivo, a continuación, a través de la

¹⁷ Según R. Koselleck (1972: 56) “una palabra se transforma en concepto cuando el contexto de significado en el cual y por el cual la palabra es utilizada accede a la palabra”. Sobre la relación entre conceptos, palabras e ideas en la teoría y el análisis políticos ver Rodríguez Rial (2020).

ejemplificación con pasajes de los debates parlamentarios, se identifican algunos usos de la autonomía que participan de argumentos de tipo de género, de orden ético, de orden jurídico, biográfico y sanitario.

El diputado socialista de Santa Fe, Enrique Estevez, apoyando la interrupción voluntaria del embarazo, asocia la autonomía con la libertad de una mujer para decidir si quiere o no tener un hijo que choca con un Estado y una cultura machista que se lo impiden” (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 201). Votando en contra, Martín Maquiñera (PRO - La Pampa), alega el argumento ético del derecho a la vida del embrión, reivindica la autonomía del “indefenso (...) que no puede decidir sobre su cuerpo” (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 43). Jimena Latorre (UCR - Mendoza) y Nicolás Del Caño (FIT - Buenos Aires), votando a favor, emplean la palabra autonomía en dos tipos de argumentos distintos: jurídico y sanitario. Para la primera la autonomía implica el goce informado de los derechos en una sociedad solidaria y plural (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 96) mientras que para el segundo, alguien autónomo es quien elige lo que quiere hacer y disfruta de su sexualidad, sin riesgo de perder la vida por ello (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 135).

De estos ejemplos se pueden deducir dos corolarios. Por un lado, la autonomía es un concepto que puede justificar un voto favorable o no a la interrupción voluntaria del embarazo en diferentes órdenes de argumentos. He aquí su carácter polémico. Por el otro, la autonomía tiene una semántica predominante que participa de la tradición política democrático liberal cuyos valores fundamentales son el goce igualitario de derechos, la libertad, la propiedad de sí y el pluralismo. Pero el demoliberalismo tiene un límite: supone un sujeto político homogéneo, que, aunque se pretende desmarcado genéricamente, se piensa en términos de varón, propietario, heterosexual y autocentrado. Por ello, como respuesta a estas contradicciones, pero en los pliegues de una tradición a la que no puede renunciar, desde el feminismo se postula una concepción de la autonomía relacional que reconoce el carácter intersubjetivo y socialmente condicionado de toda decisión individual.

III. 3. La autonomía: definiciones y declinaciones

¿Qué se entiende, entonces, por autonomía y cómo opera en este contexto discursivo específico? La autonomía es un concepto teórico, estrechamente vinculado al demoliberalismo, pero que tiene resonancias cotidianas (Kauppinen, 2011: 257; Nedelsky, 2011: 121-128, 142-6). Aunque no se puede identificar ninguna definición estipulativa de autonomía, sus usos en el debate parlamentario apuntan al campo de la filosofía moral kantiana. Por ejemplo, cuando los diputados Estévez y Maquiyera se refieren a la “autonomía para decidir”, o la diputada Latorre recuerda que el ser “humano es un fin en sí mismo y no un instrumento de otro”, aquí hay un eco del párrafo 4: 440 de la *Fundamentación a la Metafísica de las Costumbres*:

“La autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad, por la cual es ella para sí misma una ley -independientemente de cómo estén constituidos los objetos del querer. El principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de éste: que las máximas de la elección, en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluidas como ley universal” (Kant, 2015: 4: 440).

Ser capaz de vivir de acuerdo con su propia ley, definir o dar forma a su vida, y tener autoconciencia de cuándo otros factores (la ansiedad, el miedo, las imposiciones sociales o familiares) nos conducen a un camino que no hemos elegido, forman parte de una concepción de la autonomía presente en nuestra vida diaria, en la lucha del movimiento de mujeres y también en este debate parlamentario. Para Kant, la autonomía es una propiedad de la voluntad, que es por definición racional, y si bien es individual, remite al universal del imperativo categórico (Reaht, 2013: 35). Así fue receptada por el liberalismo, en el que tendió a predominar una concepción de la libertad más negativa, posesiva y privatista que la kantiana que comparte el ideal republicano de la no dominación¹⁸. Es precisamente con esta versión masculino-propietario-céntrica del liberalismo con la que el feminismo como teoría y como

¹⁸ Para el republicanismo la libertad no implica la ausencia de obstáculos como para el liberalismo. El objetivo no es evitar cualquier interferencia sino aquellas que son arbitrarias. La noción kantiana de *bürgerlichen Selbständigkeit* al ser un núcleo central de su concepto de ciudadanía es de raigambre republicana, porque supone que la participación en instituciones políticas es fundamental para el reclamo de derechos individuales. Sobre Kant y autosuficiencia cívica -que también podría traducirse como autonomía- se puede consultar a Davies (2021). Sobre los tipos de libertad y la diferencia entre republicanismo y liberalismo ver Pettit (2006).

proyecto polemiza. Por ende, como plantea la jurista y politóloga canadiense Jennifer Nedelsky (2011: 6, 121, 131, 142, 151, 301), en lugar de desembarazarse de la autonomía hay que redireccionarla, y esto es factible a través de una conceptualización relacional que tenga en cuenta los condicionamientos sociales y el carácter intersubjetivo de cualquier elección individual.

III. 3. 1. La autonomía y los derechos entre los pliegues del individualismo

Cuando la diputada Jimena Latorre dice que el pluralismo, la solidaridad y la autonomía no significan otra cosa que mujeres libres en el ejercicio de sus derechos, con información y educación para decidir, y protegidas por un Estado que no las estigmatiza ni criminaliza a la hora de acceder a la salud parece estar inspirando su planteo en el abordaje del aborto desde la perspectiva del derecho internacional de los Derechos Humanos (Pinto, 2016). Desde un contexto normativo generalista las Naciones Unidas entienden al principio de autonomía “como un objetivo de importante cumplimiento para garantizar el ejercicio pleno de los derechos a la vida, seguridad, libertad, privacidad, vida familiar, no discriminación e igualdad” (Celorio, 2018: 8; Bricchetti, 2020: 76).

Hasta el momento la autonomía aparece como un derecho y principio personal. Esta dimensión individualista de la autonomía es criticada por la diputada Alejandra Vigo del Bloque Córdoba Federal: "En mi opinión, sostener como principal argumento el principio de que el aborto es un derecho de las mujeres y de su autonomía consagra una visión individualista sobre el tema" (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 36).

La diputada Florencia Lampreabe del FDT (provincia de Buenos Aires) parece estar respondiendo a esta objeción cuando destaca que la autonomía de las mujeres es relacional:

“Tampoco hablamos de autonomía como un derecho individual, porque -como dijimos- se trata de un derecho para todas las mujeres y personas gestantes por su condición de tales. Al día de hoy, todavía seguimos peleando por esta autonomía que históricamente nos ha sido negada y que hemos ido arrancando y conquistando a fuerza de lucha: autonomía para votar, autonomía para poder divorciarnos, autonomía para decidir y ejercer nuestros derechos sexuales y reproductivos, autonomía para

poder construir nuestros proyectos educativos y laborales, autonomía para decidir ser madres o interrumpir un embarazo no deseado” (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 124-5).

Y casi cerrando el debate en la Cámara Baja Silvia Lospennato, del PRO (provincia de Buenos Aires), explica que la autonomía no tiene una única dimensión o aspecto, sino que es “física, económica y decisional” (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 352).

Así pues, la autonomía es un concepto multidimensional, a la vez individual, colectivo y relacional o intersubjetivo (Brichetti, 2020; Celorio, 2018; Nedelsky, 2011; Kauppinen, 2011). La autonomía no se comprende ni se ejerce fuera de un contexto. Por un lado, existen condicionantes sociales e institucionales que limitan o facilitan el ejercicio de la autonomía como el patriarcado, el poder masculino, la distribución desigual de las tareas de cuidado, el acceso diferencial a la justicia, la existencia de Estados que promuevan el bienestar universal o de burocracias que faciliten la *accountability*, y no apelen a lenguajes estereotipados ni fomenten prácticas que cristalizan privilegios (Brichetti, 2020; Celorio, 2018; Kauppinen 2011; Nedelsky 2011; Pautassi, 2018). Por el otro, hay condicionantes psicológicos y culturales que impactan no solamente en el ejercicio de los derechos subjetivos sino también en la autonomía como presupuesto de la política y el derecho moderno (Gutiérrez 2010; Kauppinen, 2011; Nedelsky 2011).

Según Alicia Gutiérrez (2010) la Campaña, al hacer referencia a la necesidad de profundos cambios culturales, entiende que la autonomía individual es imposible sin la autonomía del conjunto de la sociedad. Esta es una dimensión de la autonomía que la liga con la justicia social de una manera mucho más fuerte de lo que supone la diputada Vigo, quien crítica al proyecto de tener una mirada individualista. Por ello, dice Gutiérrez (2010), parafraseando a Cornelio Castoriadis, “el concepto de autonomía adquiere relevancia en el marco de demandas que lo ubican en luchas sociales más amplias para reconvertir a la autonomía individual liberal en una noción emancipatoria”. En tal sentido, la legalización del aborto es una condición necesaria pero no suficiente para la autonomía de las personas gestantes. La teoría feminista propone un abordaje de

la autonomía que desestabiliza al orden liberal, aunque se apropie de conceptos originados en el interior de este paradigma.

III.3. 2. Autonomía y libertad

Desde la concepción kantiana, la autonomía está totalmente imbricada con la libertad hasta el punto que por momentos parecen sinónimos (Reath, 2013). Aun Nedelsky (2011) y Kauppinen (2011) al criticar la concepción liberal individualista de la libertad como no interferencia estatal en la esfera privada, reconocen la premisa de que el ejercicio de la autonomía está ligado a la experiencia concreta de sentirse y reconocerse libres.

¿Cómo se asocian libertad y autonomía en el debate parlamentario que concluyó en la sanción de la interrupción voluntaria del embarazo?

Por un lado, independientemente de la orientación del voto, los/as legisladores/as que articulan en sus intervenciones los conceptos de autonomía y libertad tienden a considerar a esta última como un sinónimo de la primera. Se es libre o no para decidir o para elegir, porque la voluntad no se encuentra limitada por factores externos:

“Lógicamente que, si hablamos de libertad, no podemos escindir del concepto de “autonomía de la voluntad”. Y en este tema de libertad y autonomía de la voluntad, el problema está en que nos cuesta asumir que las mujeres ya decidieron, ya decidieron sobre su propio cuerpo. Independientemente, de lo que podamos pensar, de que podemos estar a favor o en contra, ya tomaron una decisión” (Senador Luis Petcoff Naidenoff, UCR - PRO, Formosa, a favor) (Senado de la Nación, 2020: 148).

Justificando su voto negativo, la diputada Vigo sostenía que hacerse un aborto no es un ejercicio de libertad, porque no es una experiencia que se elija (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 39).

Por el otro, entre quienes apoyan o no la legalización del aborto hay una diferencia esencial respecto del estatuto que tiene la libertad como autonomía de la voluntad respecto de otras libertades o derechos. Quienes se oponen a la interrupción voluntaria del embarazo como Walberto Enrique Allende (San Juan, Frente de Todos), colocan

otras libertades (la de conciencia de los médicos) y derechos (la vida del embrión) por encima del derecho a decidir de las personas gestantes (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 153). Contrariamente, quienes están a favor, conciben a la autonomía de la voluntad de la mujer como la libertad por antonomasia, tal es el caso del senador Juan María País (Frente de Todos, Chubut) (Senado de la Nación, 2020: 88).

Hay otros usos de la libertad que no son tan significativos cuantitativamente pero sí cualitativa y simbólicamente.

La mayoría de quienes se opusieron a la iniciativa del Poder Ejecutivo, e incluso algún/a legislador/a de la oposición que votó a favor, alegaron la falta de oportunidad de la misma en un contexto donde, a causa de la pandemia, se recortaron las libertades personales más básicas como la libre circulación. Pero sólo el diputado José Luis Patiño (PRO - CABA), que se abstuvo, reivindicó la libertad individual contra la omnipotencia del Estado con argumentos muy afines a los que sostuvo Juan Bautista Alberdi en una conferencia homónima en 1880 (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 172-173; Alberdi, 1996)

A su vez, los diputados Fabio Quetglas (UCR - Buenos Aires) y Carlos Vivero (FDT- Neuquén), al apoyar la legalización del aborto, presentan de manera original el problema de la libertad. El primero enfatiza lo incómoda que es la libertad para un sistema orientado a la productividad (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 33) y el segundo destaca que el debate sobre la libertad y sus sentidos no es metafísico sino político (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 149).

Brenda Austin (UCR - Córdoba) es quizás quien reconoce más explícitamente que la libertad, además de ser el contrario asimétrico de emociones como la vergüenza¹⁹ o el miedo, tiene una historia:

“Y yo estoy absolutamente convencida de que lo que hoy venimos a hacer acá es a ratificar esa historia de libertad, a darle a esa libertad una conquista más: la de la autonomía de las mujeres para decidir sin miedo, sin presión, sin la amenaza de la cárcel; para tomar decisiones por nosotras mismas; para emanciparnos del yugo que representa ese código Penal que hace cien años sancionó este Congreso sin ninguna

¹⁹ La relación contrario-asimétrica entre dos términos se produce cuando la valoración positiva de uno implica la desvalorización del otro. Sobre las relaciones contrario-asimétricas en la semántica conceptual ver Koselleck (1993: 117, 207-9, 21).

mujer aquí sentada. También quiero decir algo que creo que todos tienen en claro: la Argentina -a lo largo de estos años, desde la recuperación democrática- ha dado pasos sólidos, sostenidos, consistentes en la ampliación de derechos. No ha parado. Ha encontrado sí resistencias de algunos actores” (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 346-7).

Esta historia de la libertad no se limita al plano racional, sino que también implica elegir en función del deseo y el goce. El tópico del placer fue un núcleo argumental de la intervención del senador Fernando “Pino” Solanas en el debate de 2018 y es retomado en 2020 por algunos/as diputados/as y también por senadores/as, que incluso mencionan en sus discursos al fallecido cineasta y político. Desde esta concepción, se entiende a la maternidad a partir del deseo informado y consciente como la única fórmula para que las mujeres alcancen la autonomía sobre sus cuerpos. De esa manera, como afirma la senadora Eugenia Duré (FDT, Tierra del Fuego- a favor), las mujeres y las diversidades van a poder vivir en plena libertad, como también lo hacen los hombres, “(...) en el pleno goce de nuestros derechos” (Senado de la Nación, 2020: 34).²⁰.

Si bien esta semántica de la libertad-autonomía no resulta predominante en el debate en términos cuantitativos, es importante por los desafíos que plantea a las conceptualizaciones predominantes de la libertad en la historia del pensamiento político que suelen remitir a la libertad de obstáculos externos (moderna o negativa), la libertad para participar del gobierno de la comunidad política (antigua o positiva) y la libertad como lo opuesto a la dominación (libertad republicana)²¹.

III.3. 3. La autonomía como propiedad de sí

Además de con la libertad, la autonomía se asocia con un conjunto muy potente de conceptos que, hayan nacido o no en la modernidad, están fuertemente arraigados al liberalismo como tradición político-jurídica. Entre ellos se destacan los de persona,

²⁰ También ver la intervención de Lampreabe en la Honorable Cámara de Diputados (2020: 124).

²¹ Sobre las diferencias entre libertad positiva, negativa y republicana ver Constant [1819] (1988), Berlin (1969), Abdo Ferez (2020: 23-35), Pettit (2006), Skinner (1990).

dignidad, igualdad de derechos y propiedad. Y si hay una clase de propiedad que se articula con la autonomía en tanto independencia, decisión, elección e incluso control, es la propiedad del cuerpo.

Si nos detenemos en esta última es porque es una de las consignas centrales del feminismo como proyecto político y de la Campaña (Ciriza, 2010: 93, 110-12; Gutiérrez, 2010: 1, 5-6). En el debate parlamentario de 2020 esta reivindicación aparece en las intervenciones de varios legisladores y varias legisladoras que votaron a favor del proyecto, como el senador Mariano Recalde (FDT - CABA), cuando estructuran su argumento a partir de los conceptos de autonomía como libre elección: “[y] es también una cuestión de derechos humanos porque se trata del derecho de las mujeres a decidir sobre sus cuerpos.” (Senado de la Nación, 2020: 91). Así lo hace también la diputada María Mercedes Joury (PRO - Buenos Aires) cuando reafirma su compromiso con el movimiento de mujeres que militó la legalización del aborto en 2018 “con todas ellas en el reconocimiento pleno de nuestro derecho a decidir sobre nuestro cuerpo (...) sin ser estigmatizadas, ni perseguidas y sin poner en riesgo nuestras vidas” (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 225).

El argumento de la propiedad del cuerpo, relacionado con el control de sí, pero sobre todo con la posesión, no es tan recurrente en este debate parlamentario sobre el aborto como podría haberse esperado. Probablemente esta ausencia sea consecuencia de las discusiones teóricas y políticas que surgieron en torno de esta problemática en los últimos años dentro de la teoría política feminista.

Alejandra Ciriza (2010) se interroga por los sentidos del cuerpo como primera propiedad en la filosofía política de John Locke. Ciriza (2010: 107) sostiene que, si bien Locke no fue un adalid de la emancipación, tampoco fue el responsable de la acumulación salvaje del moderno capitalismo. Desde esta perspectiva histórico-contextualista, se critican las interpretaciones de la relación de libertad y propiedad en Locke que asimilan al cuerpo a cualquier otra cosa más, y por lo tanto, habilita su enajenamiento. Las corrientes liberales, libertarias, marxistas (la teoría del individualismo posesivo de C. Mcpherson) e incluso algunas feministas han priorizado esta lectura de la relación entre libertad y propiedad en Locke, centrada en la no interferencia y la posesión. Para Ciriza es posible pensar la propiedad del cuerpo en

Locke desde una perspectiva republicana, cuyos pilares son la libertad como no dominación y la autonomía kantiana. El derecho del sujeto sobre su cuerpo es exclusivo e inalienable, “nadie puede vender ni comprar ni afectar sus medios de vida hasta el extremo de necesitar el permiso de otro para existir” (Ciriza, 2010: 104).

A la luz de este planteo, se entiende por qué cuando la disputa por el derecho al aborto es llevada al terreno de la propiedad del cuerpo el eje de la discusión pasa por el conflicto entre derechos: de la mujer, a decidir, por una parte, y del feto, a la vida, por la otra. En ese marco, las populares consignas feministas “Mi cuerpo mis reglas” o “Mi cuerpo mi decisión” fueron desarmadas y utilizadas por los opositores a la legalización del aborto en el recinto parlamentario en pos de un argumento centrado en “un enfrentamiento de dos derechos”. Por ello, es importante distinguir, por un lado, a la propiedad del cuerpo de la mujer como una “cosa” y por el otro, al derecho autónomo a decidir sobre el cuerpo de las personas gestantes en libertad:

“Es mentira que el simple fallo F.A.L resuelve todo. Hay que estar en el territorio. Hay que saber lo que sucede. No digan que el abuso es algo que puede pasar y que eso en realidad la convierte en madre. Nadie puede ahijar algo producto de una violación. Somos una experiencia humanizante. Somos sujetos cuando hay otro u otra que nos mira. Es imposible ahijar a alguien simplemente por el hecho de tenerlo adentro del cuerpo. Eso no es así. No somos cachorros, aunque nos quieran comparar permanentemente con perros; no lo somos. La vida y la muerte son una experiencia social, subjetiva, cultural y política” (Diputada Jimena López, Frente de Todos, Buenos Aires, a favor) (Honorable Cámara de Diputados, 2020: 105).

Así pues, la autonomía como concepto relacional puede desprenderse del individualismo posesivo de la libertad burguesa y habitar los cuerpos en lugar de adueñarse de ellos. Somos responsables tanto de nuestros cuerpos como del mundo en que vivimos, pero no los controlamos. Son cuerpos con fronteras porosas, porque no se distinguen claramente de otros a los que se nutre y se cuida (Nedelsky, 2011: 279, 305; Pautassi, 2018, 2021). En palabras de Jenniffer Nedelsky (2011: 157):

“El feminismo relacional no romantiza la comunidad ni la relación, sino que más bien entiende que la gran capacidad creativa de los seres humanos es siempre en relación con otros y otras. Concebir la autonomía como relacional no sólo produce un

vocabulario/lenguaje teórico que puede capturar el corazón de ese valor, sino que dirige nuestra atención a las estructuras institucionales que pueden dar forma a la articulación del valor y apuntar hacia la necesidad de transformación”.

En síntesis, la autonomía no aparece solamente en un tipo u orden de argumento ni tampoco es empleada exclusivamente por quienes apoyan la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Incluso entre quienes se oponen, criticando el individualismo del derecho a decidir continuar o no un embarazo, hay una valoración de la autonomía de la voluntad en tanto y en cuanto esta forma de ejercicio de la libertad se subordine a otras. La diferencia radica en que quienes defienden la interrupción voluntaria del embarazo hacen de la autonomía un pilar ideológico de sus argumentos. A su vez, se trata de un fenómeno multidimensional. Los aspectos individual, social y relacional de la autonomía no siempre se articulan armónicamente. A su vez, la autonomía se vincula con otros conceptos claves de la subjetividad política moderna hasta el punto de que pueden funcionar como sinónimos. El hecho de ser una noción fuertemente arraigada en una de las tradiciones que más ha marcado la cultura política de las democracias contemporáneas como el liberalismo explica por qué la autonomía ha permitido motorizar la discusión política sobre la legalización del aborto en Argentina.

IV. Conclusiones: Autonomía, libertad y derecho a decidir sobre el propio cuerpo después de la sanción de la ley 27.610

En primer lugar, la legalización del aborto pasó de ser una agenda de contra público subalterno, es decir un tema marginal en el debate político que solo era reivindicado como propio por un grupo minoritario, a formar parte de la opinión pública hegemónica (Lucaccini, Zaidan y Pecheny, 2019: 255). Luego de años de luchas, el tema fue visibilizado socialmente y apropiado por la clase política. Esto último se refleja no sólo en el resultado de la votación en las sesiones de diciembre de 2020 sino también en que fue una promesa de campaña presidencial en 2019. El Frente de Todos y Juntos por el Cambio asumieron posiciones respecto del aborto en la figura de sus

candidatos presidenciales. Cabe recordar que Alberto Fernández se manifestó a favor mientras que Mauricio Macri lo hizo en contra. A su vez, otros/as referentes/as político-partidarios explicitaron su postura respecto de la interrupción voluntaria del embarazo a la hora de competir por un cargo electivo en sus respectivos distritos, no siempre coincidiendo con la toma de posición de los líderes de sus coaliciones políticas de pertenencia. Esto explica por qué, sólo los/as legisladores/as del Frente de Izquierda votaron unánimemente a favor del aborto legal. Quienes apoyaron la iniciativa del Poder Ejecutivo tanto en la Cámara Baja como en el Senado emplearon argumentos jurídico-constitucionales, éticos, sanitarios y de género, donde el concepto de autonomía jugó un rol central.

En segundo lugar, hubo un cambio coyuntural visible tanto en los resultados de la votación que permitieron la sanción de la ley 27.610 como en lo que respecta al tipo u orden de argumentos esgrimidos y en los modos de conceptualizar la autonomía. Por un lado, la estructuración de los votos en ambas cámaras refleja que el apoyo de legisladores/as de la coalición oficialista favoreció la sanción de la ley. A su vez, no operó en 2020 una coalición reactiva a la legalización del aborto como la que se articuló en el Senado en 2018. Por el otro, si bien no existe un cambio ostensible ni en el articulado de los proyectos presentados en 2018 (el de la Campaña) y en 2020 (el del Poder Ejecutivo Nacional) ni en la intencionalidad de sus redactoras, sí es notable la modificación en el tipo u orden de argumentos presentados en el debate parlamentario y el rol que desempeña la autonomía dentro de cada uno de ellos.

En tercer lugar, entre quienes se manifiestan a favor del proyecto predominan argumentos de género y jurídico-constitucionales, estos últimos en consonancia con el enfoque del derecho internacional de los derechos humanos. En este marco la autonomía se concibe de manera multidimensional, relacional y contextualizada, y se aleja del paradigma individualista liberal burgués. ¿Podría decirse que en este debate las razones públicas tuvieron mayor peso que las convicciones personales que el de 2018? (Lucaccini, Zaidan y Pecheny, 2019: 248-9). A pesar de que algunos/as legisladores hicieron explícitas sus creencias religiosas, la mayoría de los/las opositores a la interrupción voluntaria del embarazo trató de evitar que la opinión pública asociara su voto con convicciones personales. Esto implica una valorización de la libertad

republicana en el marco de la institucionalidad de un Estado secular. Aun no habiendo un consenso respecto de cómo definir la autonomía, su semántica predominante está ligada a la igualdad de derechos, la libertad, la propiedad de sí y el pluralismo, valores predominantes del demoliberalismo. En tal sentido, incluso en un contexto político polarizado como el argentino de los últimos años, los procesos de ampliación de derechos (baste pensar en la ley 26.618 de matrimonio igualitario sancionada en 2010) han encontrado una justificación ideológica discursiva en esta tradición. Es imposible identificar un único factor explicativo que dé cuenta de por qué en 2018 no se aprobó la ley de interrupción voluntaria del embarazo y en 2020 sí. Pero se puede establecer una relación entre la parte de este artículo que describe el proceso de sanción de la ley 27.610 y aquella que analiza los argumentos del debate parlamentario a partir del concepto de autonomía y sus declinaciones como catalizadores de la discusión.

En cuarto lugar, cada vez que se aborda la libertad desde una perspectiva teórico-política se suele remitir la dicotomía entre libertad negativa o moderna, entendida como no interferencia o como ausencia de obstáculos externos, y la positiva o antigua donde ser libre significa participar del gobierno de la comunidad política. Más recientemente se ha incorporado un tercer tipo o clase, asociado con el republicanismo: la libertad como no dominación, siendo esta última una interferencia arbitraria que impide la independencia de la ciudadanía. La relación semántico-conceptual entre autonomía y libertad en el contexto del debate que se dio en el parlamento argentino para sancionar en 2020 la legalización del aborto antes de la semana catorce muestra ciertas insuficiencias y rigideces de estas tipologías para comprender qué es la libertad hoy en día.

Finalmente, al poner a la autonomía en el centro de un debate parlamentario que resulta en la sanción de la interrupción legal del embarazo se lo inserta en una batalla ideológica más amplia donde lo que está en juego es qué significa ser libre en el mundo contemporáneo. Así pues, la autonomía articulada en un argumento de género, informado política y teóricamente por las luchas del movimiento feminista, es un instrumento de emancipación. Pero también se favorece la reapropiación de este concepto por quienes se oponen a esta iniciativa y plantean que el derecho de las mujeres y personas gestantes a decidir sobre su cuerpo y proyecto de vida interfiere con

otras libertades aún más valiosas que estas. En línea con este argumento se posicionan los/as que adhieren al libertarismo, inclinación política que desde hace unos años viene creciendo en el escenario político argentino tanto en el plano electoral como en lo que respecta a su presencia en los medios de comunicación masiva. Estos grupos políticos, si bien valorizan la autonomía de la voluntad, cuestionan la apropiación que se ha hecho desde el feminismo de este concepto y consideran al aborto como un conflicto de propiedad. Teniendo en cuenta que tanto la persona gestante como el feto son propietarios de su “corporalidad”, la primera tendría derecho de interrumpir con su embarazo sólo si su cuerpo-propiedad se encontrara en riesgo.

A esto se suma que en el PRO la disputa entre los sectores liberales y los conservadores pareciera inclinarse cada vez más a favor de los segundos, que entienden que el derecho de las mujeres y personas gestantes a interrumpir un embarazo no deseado atenta contra los valores occidentales y cristianos (Souroujon, 2021: 152-6). A partir de la derrota electoral de Juntos por el Cambio en el 2019, la progresiva radicalización de la derecha impactó en la militancia de quienes se autoidentifican como defensores/as de las dos vidas que se ha articulado y masificado. Incluso en marzo de 2022 ha habido una marcha de estos sectores pidiendo la derogación de la Ley 27.610. Aunque es probable que esto no se produzca, al menos en el corto plazo, los sectores que entienden que la autonomía de las mujeres y personas gestantes para decidir si desean maternar es una amenaza para la sociedad están teniendo una presencia cada vez más significativa en la arena política argentina que no debería ser subestimada.

Por consiguiente, no basta proclamar el carácter integral e intersubjetivo del principio y derecho de la autonomía para que se lo pueda vivir en plenitud, sino que es necesario modificar instituciones, prácticas, usos del lenguaje ordinario y hacer posible el acceso a la justicia de quienes históricamente han sido excluidas, excluidos y excluides de ese “privilegio”. Sólo así estaremos en condiciones de dar la batalla político-ideológica contra quienes cuestionan la autonomía de las mujeres en nombre de la libertad.

Bibliografía

- ABDO FERREZ, Cecilia (2021). *La Libertad*, Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento.
- ALBERDI, Juan Bautista (1996). "La omnipotencia del estado es la negación de la libertad individual" En Oscar Terán, *Escritos de Juan Bautista Alberdi: El redactor de la Ley*, Bernal: Universidad de Quilmes.
- BARNES, Tiffany D. (2018). "La colaboración legislativa de las mujeres y las restricciones institucionales: variaciones entre las provincias argentinas" En *Revista SAAP*, 12(1), pp. 11-44.
- BARRANCOS, Dora (2011). "Género y ciudadanía en la Argentina", *Iberoamericana, Nordic Journal of Latin American and Caribbean Studies*, 41 (1-2), pp. 23-39.
- BERDONDINI, Mariana (2019). "Derechas y derechos en la era Macri, La irrupción del aborto en la agenda legislativa de Cambiemos" En J. B. Lucca & E. Iglesias, *La Argentina de Cambiemos*. Rosario: UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, pp. 161-182.
- BERLIN, Isaiah (1969). "Two concepts of liberty" En *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, pp. 118-172.
- BRICHETTI, Florencia M. (2020). "El acceso al aborto no punible en el Protocolo Nacional para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo: una mirada desde el derecho a la autonomía personal y la no discriminación" En *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, (25), pp. 67-83.
- BROWN, Josefina (2020). "Del margen al centro. De la construcción del aborto como un problema social al aborto como un derecho (1983-2018)" En *Cuestiones de sociología*, (22).
- CALVO, Ernesto y LEIRAS, Marcelo (2012). "The Nationalization of Legislative Collaboration: Territory, Partisanship, and Policymaking in Argentina" En *Revista Ibero-Americana de Estudios Legislativos*, 2(1), pp. 2-19.
- CELORIO, Rosa (2018). "Autonomía, mujeres y derechos: tendencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" En *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, (20), pp. 1-34.
- CIRIZA, Alejandra Graciela. (2010). "Sobre las significaciones de la libertad y la propiedad: Una revisión feminista de Locke a la luz de algunos dilemas del presente" En *Revista de Sociología e Política*, 18(36), pp. 93-114.
- CONSTANT, Bernard. [1819] (1988). "Discurso sobre la libertad" En *Del Espíritu de conquista*. Madrid: Tecnos, pp. 64-93.
- DAVIES, Luke. (2021). *Kant on Civil Self-Sufficiency*, Archiv für Geschichte der Philosophie.

- GARGARELLA, Roberto (2019). "Juristas contra el aborto. Un repaso crítico a las posturas jurídicas contrarias al aborto en los debates en el Congreso" En *Legalización del aborto en la Argentina. Científicas y Científicos aportan al debate*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, pp. 153-167.
- GUTIÉRREZ, María Alicia (2010). "Autonomía y Libertad: Acerca del aborto y sus implicancias en el cuerpo de las mujeres" En *Fazendo Gênero 9. Diásporas, Diversidades, Deslocamentos*.
- HERRERA, Marisa (2018). La legalización del aborto desde la perspectiva civil-constitucionalizada, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 15(48), pp. 125-157.
- HERRERA, Marisa (2019). Por qué el Código Civil y Comercial es compatible con la legalización del aborto a la luz del derecho civil constitucionalizado-convencionalizado, En *Legalización del aborto en la Argentina. Científicas y Científicos aportan al debate*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, pp. 181-197.
- HERRERA, Marisa y PECHENY, Mario (2019). "Palabras verdes de apertura" En *Legalización del Aborto en la Argentina. Científicas y Científicos aportan al debate*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento, pp. 15-20.
- KANT, Immanuel (2015). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (M. Garcia Morente, Trad.), Buenos Aires: Losada.
- KAUPPINEN, Antti (2011). "The Social Dimension Of Autonomy," En D. Petherbridge (Ed.), *Axel Honneth: Critical Essays. With a Reply by Axel Honneth*. Leiden: Brill, pp. 255-302.
- KOSELLECK, Reinhart (1972). Einleitung, En R. Koselleck, W. Conze, & O. Brunner (Eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe Historisches Lexikon zur politischen-socialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart: Klett-Cotta.
- LUCACCINI, Mirna, ZAIDAN, Luca y PECHENY, Mario (2019) "Qué nos dice el debate sobre aborto en 2018 sobre la clase política y el espacio público en la Argentina" En *Miradas Feministas sobre los Derechos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Jusbaire, pp. 245-263.
- MEDICI, Chantal (2020). "La liberalización del aborto. Alianzas, estrategias y acciones (Argentina 2001-2019)" En *Etnografías Contemporáneas*, 6(11), pp. 36-68.
- MORÁN, Sabrina y AGUIRRE, Rodrigo Germán (2020). "Historia conceptual" En L. Nosetto y T. Wiczorek (Comp.), *Métodos de teoría política. Un Manual*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Gino Germani, CLACSO, pp. 61-84.
- NEDELSKY, Jennifer (2011). *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy and Law*, New York: Oxford University Press.
- PAUTASSI, Laura C. (2018). "El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato" En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LXVIII (272), pp. 718-742.

- PAUTASSI, Laura C. (2021). "A un año de la pandemia: Los cuidados en el centro y en los márgenes" En *Desarrollo em Debate*, 9(1), pp. 213-229.
- PECHENY, Mario (2011). "Yo no soy progre, soy peronista: ¿Por qué es tan difícil discutir políticamente sobre aborto?", En M. Pecheny y P. Bergallo (Comp.), *Aborto y Justicia Reproductiva*. Buenos Aires: Del puerto, pp. 91-114.
- PETTIT, Philip (2006). *Una Teoría de la libertad*, Madrid: Losada.
- PINTO, Mónica (2016). "Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del derecho internacional de los derechos humanos". En *Pensar en derecho*, 5(9), pp. 49-72.
- REATH, Andrews (2013). "Kant's conception of autonomy of the will" En *Kant on Moral Autonomy*. New York: Cambridge University Press, pp. 32-53.
- RIBERA LÓPEZ, Eduardo. "El aborto y el derecho a la vida desde la concepción". En *Letra: Derecho Penal*, Año IV (1), pp.17-26.
- RODRÍGUEZ RIAL, Gabriela (2020). *Historia Conceptual e Historia del presente. ¿por qué los conceptos importan cuando se narra la historia coetánea?*, En E. Allier Montaña, C. I. Vilches Ortega, y C. Vicente Ovalle, En la cresta de la ola. Debates y definiciones en torno a la historia del tiempo presente. México: Bonilla Artiga Editores- Instituto de Investigaciones Sociales, Universidad Autónoma de México, pp. 153-174.
- SANTAMARINA, Sofía (2020). "Colaboración legislativa de las mujeres y agendas polarizantes: la Ley de Paridad Política y el proyecto de Interrupción Voluntaria del Embarazo en el Congreso Argentino". En *Akademia. Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos*, 3(1), pp. 277-327.
- SKINNER, Quentin (1990). "La idea de libertad negativa: perspectivas filosóficas e históricas". En *La filosofía en la historia*. Ensayos de historiografía de la filosofía. Barcelona: Paidós, pp. 227-257
- SOUROUJON, Gaston (2021). "El aborto: la manzana de la discordia de la nueva derecha. Los argumentos liberales y conservadores de los diputados de Propuesta Republicana (pro) en el debate del proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo en Argentina en 2018" En *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, lxvi (243), pp. 141-162.
- TARUCCI, Mónica (2018). "Escenas claves de la lucha por el derecho al aborto en Argentina" En *Salud Colectiva*, 14(3), pp. 425-432.

Documentos

- F.,A.L. S/MEDIDA AUTOSATISFACTIVA, fallo 01-A-10 STJ. 8/3/10 (Tribunal Superior de Justicia de Chubut). Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/superior-tribunal-justicia-local-chubut--medida-autosatisfactivafa10150006-2010-03-08/123456789-600-0510-1ots-eupmocsollaf>

- HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN. (2020). Versión Taquigráfica. Período 138°. 17ª Reunión – 14ª Sesión Ordinaria (especial remota) diciembre 10 y 11 de 2020. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dtaqui/digital/acordeon.html>
- LEY Nº 27.610. 30 de diciembre (2020). Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), obligatoriedad de brindar cobertura integral y gratuita. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=346231>
- SENADO DE LA NACIÓN. (2020). Versión Taquigráfica. Período 138°. 28ª Reunión – 23ª Sesión ordinaria (especial) diciembre 29 y 30 de 2020. Disponible en: https://www.senado.gob.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/despenalizacion-aborto/29_12_2020.pdf
- SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS PARLAMENTARIOS DE LA NACIÓN (2021a). Tratamiento del Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Informe Comparativo 2018/2020 (HCSN).
- SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS PARLAMENTARIOS DE LA NACIÓN (2021b). Tratamiento del Proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Informe Comparativo 2018/2020 (HCDN).

Eficacia del Derecho Aeronáutico Ambiental en la Argentina

Efficacy of Environmental Air Law in Argentina

Por Griselda Capaldo

Resumen: Este trabajo describe los resultados de una investigación cualitativa sobre la eficacia del derecho aeronáutico ambiental, basada en entrevistas a informantes clave – de alto nivel jerárquico– de las autoridades aeronáuticas de la Argentina. Para operacionalizar uno de sus dos objetivos específicos, utilizamos los indicadores INECE que miden la eficacia del derecho ambiental. Sobre la base de hallazgos obtenidos en investigaciones previas, se procedió a adaptar la matriz original desarrollada por la INECE mediante el añadido de algunas preguntas clave, con el fin de adecuar el cuestionario a las peculiaridades del país escrutado. Los hallazgos de esta ronda de entrevistas confirman los obtenidos en investigaciones previas sobre la (in)eficacia del derecho ambiental en el citado país. Tal ineficacia encuentra explicación en la falta de personal técnico calificado, un fuerte comportamiento endogámico por parte de los partidos políticos que acceden al gobierno, la falta de institucionalización del trabajo en red, la desjerarquización normativa y la inexistencia de equipamiento apropiado para hacer mediciones ambientales, por solo mencionar algunos factores.

Palabras clave: Derecho aeronáutico; derecho ambiental; eficacia del derecho; INECE; indicador de eficacia.

Abstract: The present work describes the outcomes in qualitative research dealing with effectiveness of aeronautical environmental law. The research is based on interviews held with high-level key informants from the aeronautical authorities in Argentina. To operationalize one of the two specific objectives, the author of this paper used INECE indicators that measure the effectiveness of environmental law. Based on findings gathered in previous research, we proceeded to adapt the original matrix developed by INECE by adding some key questions in order to adapt the questionnaire to the peculiarities of the country under scrutiny. The findings arising from these interviews confirm those obtained in previous research on the (in)efficacy of environmental law in the same country. Such inefficiency is explained, for example, because of the lack of qualified technical personnel, the strong endogamous behavior on the part of the political parties that access the government, the lack of institutionalization of networking, the de-hierarchization of regulations and the lack of appropriate equipment to make environmental measurements, just mention a few factors.

Key Words: Aeronautical law; environmental law; effectiveness of law; INECE; indicator of effectiveness.

Fecha de recepción: 25/09/22

Fecha de aceptación: 07/02/23



Eficacia del Derecho Aeronáutico Ambiental en la Argentina

Por Griselda Capaldo*

I. Introducción

Desde hace una década y media nos abocamos al estudio de la eficacia del derecho. Entre 2010 y 2017, un segmento de esa línea de investigación iniciada hacia 2007, estuvo centrado en el análisis de la eficacia del derecho ambiental en la Argentina, dado que el tema se había instalado en la agenda internacional como un tópico genérico de la Resolución 61/39 de Naciones Unidas, relativa al “estado de derecho en los planos nacional e internacional”. Desde 2016, orientamos nuestra pesquisa a la exploración de la eficacia del derecho aeronáutico, en la Argentina, con el fin de retomar una primera aproximación que hicimos hacia 2003 y 2004. A partir de 2018 inauguramos una sublínea, dentro de la anterior, sobre la eficacia del derecho aeronáutico ambiental argentino.

Siempre utilizamos como marco teórico las posturas que Alf Ross (1963) y Hans Kelsen (1960) desarrollaron sobre la eficacia de las normas jurídicas. Como marco empírico, empleamos los “indicadores de eficacia” propuestos por la *International Network for Environmental Compliance and Enforcement* (INECE, 2009)¹.

La INECE lleva más de tres décadas dedicada a fomentar la observancia de las leyes ambientales en el mundo, incluidas su aplicación administrativa y judicial. Está integrada por una red de funcionarios gubernamentales y no gubernamentales y cuenta con el apoyo adicional del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), del Banco Mundial, de la Comisión Europea, de Medio Ambiente de Canadá y de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE).

* Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3702-4594> Correo Electrónico: gcapaldo@derecho.uba.ar

¹ Una excelente síntesis acerca de este marco metodológico puede consultarse en la obra “Indicadores de aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en la República Argentina”, editado por Eugenia Di Paola (2006). También puede consultarse el libro “Indicadores sobre justicia y ambiente”, de Di Paola et al. (2006)

Nos interesa el derecho aeronáutico por ser una de las disciplinas autónomas de la enciclopedia jurídica, autonomía (científica, legislativa y jurisdiccional) que nace del hecho técnico que la atraviesa (Ambrosini, 1932), es decir, la aviación.

Siendo que el transporte aéreo es la columna vertebral de la conectividad entre personas y culturas alrededor del mundo así como –en menor medida– del comercio exterior, y considerando que –al igual que el transporte marítimo– está atravesado por el “hecho técnico”, es entendible que la realidad a menudo supere al derecho en cuanto a las respuestas jurídicas que necesita para satisfacer las demandas de numerosos intereses en juego (privados, públicos, económicos, geoestratégicos, ambientales y geopolíticos). Sin embargo, la Argentina ostenta el récord de tener en vigencia el Código Aeronáutico más antiguo de América Latina, del que en 2022 se cumplieron 55 años de su entrada en vigor en 1967, sin que haya sido modificado en su esencia, salvo en 1973 (sobre delitos aeronáuticos). Visto el dinamismo de la materia, y considerando que el movimiento mundial en pro del desarrollo sostenible data de 1972, la brecha entre la realidad y la norma aeronáutica se ha ensanchado, especialmente en lo tocante al cuidado del ambiente.

En la Argentina, el *progreso tecnológico* dentro de esta disciplina ha generado lagunas respecto de institutos clave del Derecho Aeronáutico (Gurfel Shapiro, 2017; Cañas Zarraoa, 2014). También la evolución del *comercio internacional* forjó vacíos en la regulación de los nuevos contratos (OACI, 1997, CIR 269; Arrola de Galandrini, 2003; Gómez, 2011; Convenio de Cape-Town de 2001, ley 27.357; Gómez, 2016). Finalmente, en lo tocante al objeto de este artículo, la consolidación de los *derechos de tercera generación* marca el retraso que ostenta el derecho aeronáutico argentino en la regulación de temas ambientales, salvo el del ruido anormal de las aeronaves regulado en el art. 155 del Código Aeronáutico como “daño a terceros en la superficie”, por el cual sólo se prevé la reparación de los daños directos. Desde nuestro punto de vista, la debilidad normativa del art. 155 conlleva la ineficacia de los derechos ambientales consagrados posteriormente en la Constitución de 1994 y en la Ley General del Ambiente de 2002.

II. Resumen del plan de investigación

Si bien lo que expondremos en este trabajo es una sublínea de investigación dentro de otra mayor, ya contamos con una frondosa acumulación de datos provenientes de investigaciones previas sobre (in)eficacia del derecho ambiental que, *mutatis mutandi*, resultan valiosos para ésta².

Los objetivos específicos de ese plan de investigación son: a) realizar un *diagnóstico* del grado de (in)eficacia del Derecho Aeronáutico en la Argentina y, especialmente, de su legislación ambiental. b) identificar los institutos respecto de los cuales los síntomas de ineficacia son más evidentes y describir la situación. c) relacionar esos descriptores con el tipo de acción normativa necesaria para fortalecer la eficacia del derecho aeronáutico a nivel local y, particularmente, respecto de la legislación ambiental.

II.1. Problematización e hipótesis

Respecto de la investigación que estamos desarrollando, nos planteamos una pregunta a escala *macro*, abarcadora de todo el espectro de normas aeronáuticas, y otra a escala *micro* relativa a los aspectos ambientales:

- ¿Qué razones alimentan la brecha entre la retórica legislativa y las lagunas regulatorias del derecho aeronáutico en materia contractual, de responsabilidad y de prevención y compensación del daño (incluso el ambiental) causado por la aviación civil en la Argentina?

- ¿Los indicadores de eficacia del derecho ambiental, pueden ser empleados como herramientas preventivas que coadyuven al desarrollo sustentable y a la gobernabilidad ambiental en la aviación civil?

² Entre 2010 y 2014, realizamos 40 entrevistas en profundidad con informantes clave de los tres poderes del estado nacional y CABA. Entre 2015 y 2017 sólo hicimos 20 debido a que las sucesivas campañas electorales municipales, provinciales y nacionales, produjeron una notoria reluctancia a cooperar. En 2018 y 2019 sumamos 10 entrevistas más a funcionarios de la ANAC, del ORSNA, de la JIAAC y del Ministerio de Transporte. Desde 2020 fue imposible entrevistar a algún miembro nuevo de esos organismos, sobre todo de la ANAC, por renuencia expresa a hacerlo y, en menor medida, por la pandemia.

La prevención, el desarrollo sustentable y la gobernanza ambiental son incluidos en la problematización porque, como es sabido, son parte de los objetivos de la política ambiental nacional y de los principios que gobiernan esa política, según dimana de la ley general del ambiente del año 2002.

II.1.1. Metodología

(A) Para operacionalizar el primer objetivo específico entrevistamos a funcionarios clave de la ANAC (Administración Nacional de Aviación Civil), del ORSNA (Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos), de la JIAAC (Junta de Investigación de Accidentes de Aviación Civil) y del Ministerio de Transporte, por ser los principales organismos de aplicación aeronáutica del país.

En total, realizamos 10 entrevistas en profundidad.

(B) Para operacionalizar el segundo objetivo específico, continuamos aplicando los indicadores INECE.

En lo que concierne a esta publicación en particular, sobre la base del cruce de datos procedentes de las etapas anteriores, aspiramos a hacer un diagnóstico de situación sobre el estado de (in)eficacia del derecho aeronáutico ambiental en la Argentina.

II.1.1.2. Los indicadores INECE

Esos indicadores, divididos en dos grupos (de gestión y de proceso), miden a un conjunto de *magnitudes cuantificables*.

Los indicadores de gestión son: staff, capacitación, presupuesto, número de trámites/expedientes, equipamiento, registros y estadísticas, publicidad y acceso a la información, y servicio jurídico gratuito.

Los indicadores de proceso detectan la (in)eficacia de la justicia ambiental, es decir, del Poder Judicial. Por esa razón, están fuera del campo escudriñado por el presente artículo.

Lo innovador de nuestra mirada reside en que tomamos los mismos indicadores, pero recogemos datos cualitativos, no cuantitativos. Este sesgo está ausente en la matriz creada por la INECE. Por ende, nuestro estudio la complementa al añadir capas de información cualitativa adicional que enriquecen el análisis.

Con el correr de los años comprobamos que la interpretación de esos datos cualitativos corrobora los de naturaleza cuantitativa obtenidos por la INECE respecto de la Argentina, pero además avanza sobre aspectos no medidos por dicha ONG. Por esa razón agregamos algunas preguntas al cuestionario de la INECE con un doble fin: a) reflejar mejor “el caso argentino”; b) definir con más precisión el contorno de la variable que habríamos de medir cualitativamente de ahí en adelante.

Por ejemplo, añadimos una pregunta concreta sobre el nivel jerárquico hasta el cual los cargos se obtienen por concurso público y abierto. Esa pregunta nos lleva a deducir el porcentaje de designaciones políticas en cargos clave, que debieran ser ocupados por profesionales altamente especializados y con probada trayectoria en el campo respectivo.

También comenzamos a interrogar sobre la tarea reglamentaria a cargo de los órganos administrativos cuyos funcionarios de alto nivel fueron entrevistados. La pregunta, si bien genérica, incluye la cuestión ambiental.

Interrogamos, además, sobre la existencia, o no, de personal calificado en temas ambientales.

Preguntamos sobre la existencia de acuerdos de cooperación y/o coordinación entre distintos organismos públicos para abordar las problemáticas aeronáuticas y ambientales, y si existe algún tipo de trabajo en red institucionalizado.

Se les requirió que evaluaran si el organismo al que pertenecen tiene competencia en cuestiones ambientales y, en caso de no ser así, si juzgan que debiera tenerlas y por qué. Más adelante, se pidió que ponderen qué orden de prioridad ocupan los temas ambientales en la agenda del órgano respectivo y de su dependencia en particular.

Otra pregunta que añadimos es si el entrevistado podía identificar qué lagunas hay en la legislación y reglamentaciones aeronáuticas del país.

En suma, se llegó así a un total de 26 preguntas, algunas de las cuales fueron desagregadas en uno o dos campos. De las 26, hay 20 que son axiales, de las cuales 6 se

refieren a las *normas ambientales aeronáuticas* específicamente. Insistimos en recordar que los indicadores INECE fueron pensados para *medir la eficacia del derecho ambiental*. Por ende, las 26 preguntas están al servicio de esa medición, aunque no incluyan la palabra “ambiental” en su formulación.

Es así como, sobre la base de los resultados obtenidos y las lecciones aprendidas a lo largo de tantos años, decidimos volcar los conocimientos acumulados sobre *eficacia del derecho ambiental*, poniendo nuestra mirada en la *eficacia del derecho aeronáutico*, y en particular la del *derecho aeronáutico ambiental*.

III. Análisis de las entrevistas

La muestra de entrevistados es representativa de todos los órganos involucrados con la aeronavegación y que actúan como autoridad de aplicación del derecho aeronáutico en la Argentina. También es representativa del espectro de funciones administrativas que atañen a la aeronáutica civil.

En cuanto a su formación profesional y/o universitaria, el 50% de los entrevistados es abogado. Dos de ellos, además, son escribanos. Cuatro de los cinco tienen especialización de posgrado en derecho aeronáutico y espacial. Otro es especialista posgraduado en derecho administrativo. El otro 50% son técnicos, de los cuales uno es ingeniero aeronáutico, otro es licenciado en economía, otro es licenciado en sistemas aeronáuticos y aeroespaciales, otro es licenciado en control de tránsito aéreo y otro es contador. Seis de los diez informantes consideraron que su intervención es crucial.

Desarrollaremos el análisis de todos los campos incluidos por la INECE en su matriz (que –como se dijo– fue engrosada por quien esto escribe) ya que todos ellos miden distintas magnitudes que son claves para demostrar el grado de eficacia de la legislación ambiental.

a. Personal (staff)

Los comentarios y diagnósticos que los entrevistados hicieron sobre la variable “personal o staff” estuvieron casi siempre asociados a la “capacitación” (segundo indicador INECE). Son matices dentro de dos rubros interconectados.

Se observa una marcada tendencia a señalar la falta de expertos técnicos en áreas críticas, sobre todo en tareas de fiscalización e inspección. La insuficiencia de técnicos expertos sería más notoria en el área operacional y en la ambiental. Sobre este último aspecto, hubo un comentario categórico a la pregunta ¿Considera usted que es suficiente el personal con que cuenta para llevar a cabo las tareas que tiene a cargo de la unidad? el funcionario de la ANAC respondió:

No, porque en el año 2017 el organismo saca una resolución relacionada con política ambiental, con política de gestión ambiental, que amerita la existencia o la provisión de más recurso humano. Cuento con una persona muy capacitada en el tema, en Córdoba. Más otro que colabora en temas de gestión ambiental de acuerdo a la capacitación que tiene y hace lo posible...

Dos de los entrevistados señalaron que sobra personal administrativo joven no calificado y gente sin asignación de funciones específicas. Sólo uno de los funcionarios (JIAAC) trabajó con el Ministerio de Modernización para tener un detalle de cuál sería la planta óptima.

Desde el Ministerio de Transporte se consideró que falta gente técnica y hay un excedente de personal administrativo no calificado:

(...) para acompañar el crecimiento de la aviación se necesitan ingenieros, especialistas en la materia, técnicos y demás. (...) el estudio que hemos hecho para acompañar el crecimiento de la aviación, necesitaría incorporar más o menos 70 personas.

b. Ingresos por concurso vs ingresos políticos

Ninguno de los entrevistados obtuvo su cargo actual por concurso, salvo dos de ellos, que ingresaron por concurso pero a cargos de jerarquía inferior, siendo luego destinados a funciones superiores. Uno consideró: “si bien hay una escuela de la

administración pública, lo que falta es el concepto de escuela en cuanto tal, de concursos de honor”.

Todos encontraron razones que justificaban su designación en el puesto actual (años trabajando en la administración pública, experticia previa en el área de incumbencia, capacitación posterior a su designación en el cargo, experiencia adquirida en el desempeño de la función a pesar de haber ingresado sin formación previa). Algunos se refugiaron argumentalmente en la “juventud de la ANAC” (comenzó a funcionar en 2010). Otro argumentó que, al no haber un convenio colectivo de trabajo, no hay “bases sólidas de las reglas para un concurso”.

Pues bien, hay un Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional, homologado por el Decreto 214/06 y un Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial homologado por el Decreto 2098/08 y sus modificatorios. Ambos decretos vienen a cumplir con el mandato establecido en 1992 por la ley 24.185³. Obsérvese que el Poder Ejecutivo demoró 14 y 16 años en negociar esos convenios colectivos; mientras no los había, se evadió el sistema de ingreso por concurso. Por ende, durante 14 y 16 años se afectó la eficacia de la ley obstaculizando su aplicación por falta de reglas claras.

Sólo un entrevistado reconoció: “Las direcciones generales y nacionales, e incluso de dirección simple, están ocupadas por políticos. Las jefaturas de departamento son cargos técnicos.”

Hubo coincidencia en que todos los cargos técnicos (entre los cuales estarían los que exigen formación ambiental) debieran cubrirse por concurso y, también, hubo aquiescencia en que los concursos son necesarios.

Uno de los informantes clave comentó que desde 1984 no se hacen concursos para ocupar puestos en el sector aeronáutico, salvo uno acotado que se hizo en los 90.

Otro entrevistado propuso crear una “Escuela de la Administración” a la manera de la tradición francesa. No explicó cómo articularía esa “Escuela” con el actual Sistema

³ Rige las negociaciones colectivas celebradas entre la Administración Pública Nacional y sus empleados. Quedan excluidos de la ley, entre otros, “Los Ministros, Secretarios y Subsecretarios del Poder Ejecutivo de la Nación, el Procurador del Tesoro de la Nación, funcionarios superiores y asesores de gabinete” (art. 3, inc. c). Por mandato legal, entonces, hasta el cargo de Director nacional inclusive debiera accederse por concurso público.

Nacional de Empleo Público (SINEP, ex SINAPA) ni con el Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP).

Un informe del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento - CIPPEC (julio 2018), publicado cuando estábamos promediando el número de entrevistas, confirmó estos “hallazgos en progreso”, al revelar que sólo el 2% de los directores nacionales acceden al cargo por concurso. El muestreo realizado por el CIPPEC llega hasta fines de 2017 y compara ese año con los guarismos de fines de 2015, cuando era del 6%. También indica que, a fines de 2017, solo el 18% de los directores nacionales cumplían los requisitos formales de su puesto (lo que no es sinónimo de haber ingresado por concurso), mientras que en 2015 ese porcentaje era del 32%. En el mismo período habría disminuido la proporción de profesionales, de 72% a 66%.

c. Capacitación del personal en cuestiones ambientales

Dos funcionarios de la ANAC explicaron que carecen de personal capacitado en cuestiones ambientales. La ANAC solo cuenta con una ingeniera ambiental en Córdoba y algún personal “dedicado” en el Comité de Protección del Medioambiente y la Aviación (CAEP, OACI). Uno mencionó un convenio de cooperación con la Universidad Nacional de La Plata – UNLP, pero no sabe si incluye cuestiones ambientales.

Desde el Ministerio de Transporte se mencionó el programa CORSIA y su importancia política al negociar internacionalmente los bonos de carbono generados en los vuelos internacionales por las aerolíneas de bandera argentina:

OACI, del 2020 en adelante, se van a implementar distintos sistemas técnicos que van a requerir una enorme *expertise* de carácter técnico para implementar el CORSIA y todos los paquetes ambientales de ANAC; no hay en Argentina ninguna línea aérea que te va a decir cómo implementar el CORSIA.

Dentro del ORSNA, si bien el informante desconoce si se hace capacitación ambiental, comentó: “(...) hay personas que entienden mucho de medio ambiente, han tenido capacitación en lo que es la OACI en ese tipo de cuestiones”.

Dentro de la JIAAC, uno de los entrevistados admitió que están trabajando con algunas normativas que emanan de la OACI. Si bien no hay normas ambientales aplicables a la investigación técnica de accidentes de aviación, explicó que la JIAAC:

“ha tomado el tema de la práctica del medio ambiente en otras áreas y hemos hecho un protocolo. Aquí, el año pasado hemos tenido clases de cuidado del medio ambiente; (...) se consiguió personal especializado de afuera, que vino, y se capacitó a todo el personal en el cuidado del medio ambiente”

Otro funcionario de la ANAC afirmó:

“La cuestión ambiental en nuestro país siempre se está por ver, nunca se define como tal. Este organismo, porque adhiere al sistema OACI, incorpora el concepto ambiental como un ítem importante dentro de la actividad de los 19 anexos, pero la falta de profesionales en el mercado hace que nosotros no tengamos más que uno o dos especialistas, quizás uno solo. (...) Es de planta permanente, es una licenciada en ambientalismo”

Finalmente, dos de los diez funcionarios entrevistados admitieron desconocer si hay cursos o programas que capaciten al personal en ese campo.

d. Antigüedad promedio del personal

En la ANAC, la antigüedad del personal oscila entre 8 y 25 años, con un porcentaje importante de pilotos jubilados cuya edad oscila entre los 55 a 65 años y que se desempeñan como inspectores (en este metier la antigüedad promedio es de 28 a 32 años). Uno de los entrevistados hizo un interesante metaanálisis: la masa de personal con que cuenta la agencia es anacrónica (2300 individuos, hacia 2018) pues un porcentaje significativo tiene 40 años de antigüedad y, por una cuestión generacional, aún conviven con tecnologías del pasado. No se aportaron datos sobre la antigüedad de la ingeniera especializada en manejo ambiental.

En el ORSNA distinguieron dos situaciones: la de los empleados que permanecen en el cargo desde la creación del organismo y los que fueron incorporándose con cada nueva gestión del gobierno nacional. En el primer grupo, la antigüedad promedio es de 20 años (el organismo fue creado en 1997, por Decreto 375). No aportaron información

sobre la antigüedad promedio del segundo grupo. Sólo se dejó en claro que el plantel original fue de 99 empleados y que al momento de la entrevista (2018) ascendía a 150. Este organismo regulador aeroportuario carece de personal especializado en temas ambientales.

En la JIAAC, el personal técnico que investiga los accidentes de aviación tiene unos 45 años de permanencia en el cargo. Tratándose de todo el staff, la antigüedad promedio es de 35 años.

Desde el Ministerio de Transporte informaron que, para el nodo “transporte aéreo”, la antigüedad promedio está en alrededor de 18 años.

e. Intervención de la dependencia en cuestiones ambientales

Siete de los diez entrevistados admiten que su dependencia tiene algún grado de intervención directa, o indirecta, con cuestiones ambientales. Los asuntos ambientales más referidos fueron: biocombustibles, disposición final de residuos líquidos y sólidos, ruido de las aeronaves, prevención de riesgo aviar en las inmediaciones de los aeropuertos, y emisiones de los motores de las aeronaves.

La JIAAC, como se dijo, trabaja intensamente en la remediación del área afectada por el accidente de aviación.

El informante del Ministerio de Transporte destacó la participación de la Argentina en el CAEP (es un foro ambiental de aviación civil creado por la OACI), por lo que consideró que ese Ministerio y la ANAC tienen una incumbencia e intervención directa en este tópico. Destacó que, como la fase piloto del programa CORSIA comenzará a implementarse a partir del 2020⁴, la industria aerocomercial argentina aún no comenzó a aplicar el paquete de medidas. Culminó su comentario con la siguiente verbalización:

“(...) y acá se demuestra también las falencias que tiene Argentina como país en expertos ambientales en carácter aeronáutico. No hay muchos; tenés algo en la UTN, algún especialista en la Universidad Nacional de La Plata, y algo poquito más

⁴ Por causa de la pandemia de COVID-19, este cronograma fue modificado por la OACI a mediados del 2020.

especialista en que te haga prueba de ruidos. Que tengan el *soft* adecuado, no hay tal, lo tenés afuera y no lo tenés aquí”.

Uno de los entrevistados (ANAC) juzgó que, habiendo en el país un órgano específicamente dedicado al ambiente y desarrollo (se refería al Ministerio homónimo), lo lógico sería entrelazar a los dos organismos para que colaboren, evitando hacerlo en paralelo. *Strictu sensu*, como lo resaltó otro entrevistado, la ANAC sólo interactúa con el Ministerio de Medio Ambiente en lo relativo a la aprobación de las evaluaciones biológicas cuando la ANAC realiza la prevención de riesgo de fauna y control aviario en las inmediaciones de los aeropuertos.

Desde el ORSNA se reconoció el amplio espectro de cuestiones ambientales en las que interviene, así como la cooperación que despliega junto a la autoridad aeronáutica nacional, los estados provinciales y los municipales.

La JIAAC es la mejor preparada para abordar este tema:

“Nosotros no intervenimos en el cuidado directamente ambiental porque eso se lo deriva a los equipos técnicos especializados, pero sí hacemos un protocolo de limpieza donde actúa la Dirección de Accidentes y si se detecta algún incidente ambiental que no podemos manejar dentro de nuestro protocolo, obviamente se llama a las personas responsables. El cuidado ambiental dentro de la aviación es uno de los temas que tenemos por mandato internacional, (...) es una cuestión de responsabilidad social”.

Finalmente, dos de los entrevistados no responden *strictu sensu* a la pregunta formulada, sino que la descontextualizan hablando de la seguridad operacional.

f. Presupuesto y equipamiento adecuados

Sólo 4 de los 10 informantes clave dijeron tener cubiertas las necesidades de sus dependencias en presupuesto y equipamiento. Dos de ellos son la JIAAC y el ORSNA. Probablemente se deba a que ambos son organismos descentralizados con autarquía financiera.

En la ANAC, afirmaron tener suficientes insumos, herramientas informáticas y presupuesto para costear los cursos de capacitación de sus empleados. Llama la atención que se sostenga esto, pues en ocasión de entrevistas y observaciones *in situ*

previas, verificamos que, por ejemplo, carecen de cromatógrafos de gases para medir los analitos pedidos por el Volumen II del Anexo 16 al Convenio de Chicago de 1944 (ley 15110), es decir, las emisiones de CO, HC, humo, materia particulada no volátil (nvPM) y NOx generadas por los motores de las aeronaves, en las fases de despegue y aterrizaje, que afectan la calidad del aire local, a nivel aeroportuario.

El resto de los entrevistados (6) consideró que tanto el presupuesto como el equipamiento eran insuficientes para desplegar la compleja trama de tareas a su cargo. Entre otras razones señalaron: la modernización de equipamiento (sujeto a largos procesos de licitación pública; “Para comprar un software de u\$s 35.000 que modeliza el tránsito aéreo, el proceso duró 3 años”), y la falta de sistemas informáticos más robustos y aptos para procesar operaciones muy complejas. Diagnosticaron que el origen de esas insuficiencias reside en que todo lo que recauda la ANAC se imputa al Tesoro Nacional, en lugar de contar con una partida presupuestaria propia a la cual se le imputen lo que recauda en concepto de tasas, impuestos y otras rentas financieras.

La mayoría de los entrevistados coincidió en señalar a la gestión documental electrónica, emprendida en 2017, como una importante inversión presupuestaria en materia de equipamiento, que marcó un paso decisivo hacia la desburocratización y despapelización.

g. Sistema de registros y estadísticas

Todas las dependencias escrutadas cuentan con un sistema de registro y estadísticas desde el año 2017, merced a la implementación del expediente electrónico. El ORSNA tiene, además, sus propios registros. La ANAC cuenta con un Departamento Estadístico. Sin embargo, el entrevistado aclaró que no hay una trazabilidad completa del sistema porque se necesitan al menos dos (2) personas para extraer las variables a ser analizadas.

h. Acceso a la información pública (incluida la ambiental)

Todos los entrevistados aludieron a la información que cada una de sus dependencias vuelca a la página Web oficial. Consideran que, con esa acción, el acceso a

la información pública está satisfecho. Todos insistieron en remarcar que los que acceden a la página, es un público muy especializado.

Dos informantes añadieron el acceso telefónico y por email. Tres indicaron que los ciudadanos deben solicitarla por escrito. La ANAC y la JIAAC subrayaron que las Resoluciones que dictan son, además, publicadas en el Boletín Oficial al que tiene acceso toda la ciudadanía. La JIAAC, a su vez, sumó a Facebook, Twitter y los talleres que organiza en todo el país para formar e informar a la población en materia de prevención de accidentes e incidentes graves de aviación civil:

“En la parte de la investigación, nosotros tenemos desarrollado todo un sistema de gestión de la investigación. Todos los expedientes se pueden ver a través de la página web. Dentro de las limitaciones propias que podemos tener de alguna información que es confidencial, toda la información es pública”.

Un informante clave aportó un dato interesante:

“En la ANAC hay un convenio de confidencialidad entre los empleados sobre la data, así que no está abierta a todo el público. Lo que está abierta al público es la página de la ANAC que se puede ingresar”.

Sólo dos de los entrevistados (Ministerio de Transporte y ORSNA) mencionaron la Ley de Acceso a la Información Pública. Ambos añadieron a la lista, al sistema de audiencias públicas.

Respecto de la difusión de la información ambiental, uno señaló:

“Lo ambiental es más difícil. Hay una comunicación muy importante, pero muy técnica, que se llama NOTAM, que son notificaciones “*notice to air men*”, o sea notificaciones a los aeronáuticos, a los pilotos y a los lugares donde operan”.

En relación con este punto, debemos dejar en claro que los NOTAM⁵ no tienen por objeto brindar información ambiental.

⁵ Entre las razones por las que habitualmente se emiten NOTAM se pueden citar: 1) peligros, como exhibiciones aéreas o saltos de paracaidistas; 2) pistas cerradas; 3) ayudas de navegación por radio inoperativas; 4) ejercicios militares que imponen restricciones en el uso del espacio aéreo; 5) presencia temporal de obstáculos cerca de los aeropuertos; 6) activación o desactivación de zonas restringidas; 7) radio ayudas.

Otro entrevistado de la ANAC manifestó no recordar que, entre las competencias de esa agencia, estuviese incluido específicamente el tema del cuidado y control ambiental. Para ese tópico, juzgó, está el ORSNA. Desde este organismo se comentó que, “la cuestión ambiental no es ajena a la diaria de este organismo y de la ANAC tampoco, entiendo yo.”

Desde otra dependencia, ANAC, se ratificó la idea de que la cuestión ambiental no es parte de los asuntos clave de la agencia.

“[En lo ambiental] hay una difusión, pero es bastante deficiente. Hay algunos ítems en la página web donde habla de aeropuertos verdes, o algunas cuestiones, pero no es el *core* de la organización...”.

Desde el Ministerio de Transporte se expresó que, si bien la ANAC tiene anuarios de transporte, no incluyen lo ambiental. El comentario fue: “me parece que está faltando una cohesión de las distintas autoridades con sesgos [en lo] ambiental”.

i. Trabajo en red. Acuerdos de cooperación o de coordinación con otros organismos (públicos o privados)

De los diez funcionarios de alto rango entrevistados, hubo tres que no sabían o no estaban en condiciones de responder a las preguntas: “de acuerdo a su experiencia ¿existen acuerdos de cooperación o coordinación entre diversos organismos públicos para abordar las cuestiones aeronáuticas y ambientales? ¿Hay algún tipo de trabajo en red de su dependencia y del organismo en general?”

Un cuarto entrevistado, abogado, respondió que esos acuerdos no son necesarios cuando se trata de organismos nacionales; sólo lo serían si se quisiera cooperar con algún organismo provincial.

La respuesta de uno de los siete que tenían conocimiento explícito sobre el trabajo interinstitucional en red, aportó un razonamiento elocuente, que explica las dificultades endémicas que enfrenta nuestro país para poner en práctica este tipo de acción esencial para el manejo y la buena gobernanza de los asuntos ambientales:

“desde lo teórico te digo que sí, ahora desde lo práctico para la gestión se necesita una persona de determinada magnitud que exceda los ministerios y que tome decisiones, y en la República Argentina normativamente es el jefe de gabinete de ministros, o la

jefatura de gabinete de ministros que, cuando se reúnen varios ministerios, baje línea [sobre] cómo se baja, y que diga señores entonces [para este asunto] ANAC haga lo que tiene que hacer, ORSNA haga lo que tiene que hacer; de lo contrario es muy difícil”.

Según surgió de las entrevistas, la ANAC coopera habitualmente con la JIAAC y con el ORSNA y tendría acuerdos de cooperación con universidades públicas; interactúa además con la agencia de administración de bienes del Estado (sobre todo, desde el área aeroportuaria), y tendría contactos con Aeropuertos Argentina 2000 y, por supuesto, con el Ministerio de Transporte (ninguno de ellos en temas ambientales).

Otro informante de la ANAC desechó cualquier atisbo de tratamiento de cuestiones ambientales por considerar que la ANAC no es autoridad de aplicación, sino el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Sin embargo, reconoció que los aspectos ambientales aeroportuarios están dentro de sus facultades de control, por ejemplo, en materia de transformadores que aún utilizan PCV, o por disposición final de residuos, o por existencia de basurales dentro del predio aeroportuario.

Desde la Dirección Nacional de Inspección de Navegación Aérea, se nos informó que cuenta con acuerdos interministeriales de acceso a la información y trabajos operativos compartidos entre el Ministerio de Defensa, el de Seguridad y el de Transporte.

Si bien desde el ORSNA admitieron desconocer si la cooperación está formalizada, reconocieron que se trabaja de forma coordinada con el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el gobierno nacional, con el Ministerio de Transporte, con la ANAC y con EANA (Empresa Argentina de Navegación Aérea). En materia ambiental, a veces interactúan con las provincias y los municipios; todo depende de la magnitud del área ambientalmente afectada.

En la JIAAC admitieron contar con muchos acuerdos escritos con casi todas las Fuerzas de Seguridad (más algunas policías provinciales) y con las tres Fuerzas Armadas.

j. Individualización de los problemas aeronáuticos que conciernen al país

Este campo tiene por finalidad conocer la mirada de los entrevistados sobre los principales problemas aeronáuticos que presenta el país, para luego contrastar esa percepción con las normas aeronáuticas que lo regulan, cuántos años hace que no son actualizadas ni reglamentadas y si hay problemáticas que no son objeto de regulación legal (en cuyo caso habría que conocer las razones de esa laguna legal).

Casi la totalidad reconoció la constante actualización de las normas técnicas y la desactualización de las jurídicas. Solo uno no pudo identificar ningún problema.

Hacemos un listado de los problemas percibidos, que podemos dividir en cinco grupos:

• *Tecnología*

Falta de modernización de la infraestructura aeronáutica del país, en el segmento terrestre (aeródromos y aeropuertos) y el aéreo (radares, radio ayudas, control del tránsito aéreo). Se consideró que llevamos un retraso de 20 años.

• *Derecho*

Diáspora de normas jurídicas reglamentarias aeronáuticas, pero también las aduaneras e impositivas que conciernen al sector. Desde el Ministerio de Transporte se dijo, a título ejemplificativo:

la otra vez escuchaba en un seminario que Argentina tiene 69 mil regulaciones en materia económica (...) el otro día me enteré que estaba vigente un decreto del año 1939. Es complicado...

• *Gestión*

Deficiencias en la fiscalización y control. Se prevé que la brecha se ensanche a medida que la actividad comercial se expanda⁶. El cuerpo de inspectores no es suficiente para abarcar un territorio tan extenso. Hay grandes temas que no se pueden fiscalizar adecuadamente, como la aviación no regular, las escuelas de vuelo y de paracaidismo.

Se dijo que formar inspectores lleva su tiempo, porque es personal muy

⁶ Esta predicción quedó superada por los efectos de la pandemia, por el retiro de LAN del mercado aéreo argentino, por la fusión de Aerolíneas Argentinas con Austral y por las medidas tomadas a partir del 2020 para desalentar el negocio de las *low cost*.

especializado. Como los salarios de la administración no son atractivos, prefieren trabajar en el sector privado.

- *Economía del transporte aéreo*

Hay necesidad de rever los cuadros tarifarios, con especial referencia a las tasas aeroportuarias.

La política gubernamental de reducir gastos no condice con la necesidad de inversión pública en el segmento aeronáutico: “claramente no es el momento histórico para reducir gastos en este sector”.

- *Gremios*

La negociación constante con los gremios, bajo la amenaza de medidas de fuerza que pueden paralizar toda la actividad aeronáutica. Se dijo que es agotador.

k. Reclamos aeronáuticos más frecuentes

Incluimos esta pregunta porque una demanda social, total o parcialmente insatisfecha, puede ser representativa de cierta ineficacia del derecho.

Nueve de los diez entrevistados respondieron y uno dijo no tener reclamos en su dependencia. De las respuestas dadas, inferimos que tales reclamos pueden agruparse en cuatro áreas: fiscalización y control; reglamentarismo; gestión; prevención.

l. Quiénes formulan los reclamos

El origen de las quejas y reclamos parte, en mayor medida, del sector empresario y, en segundo orden, de los usuarios o particulares. En tercer lugar, está la población en general, sobre todo por temas ambientales o afectación de intereses ambientales colectivos. En cuarto lugar, por los que fueron víctimas en algún accidente de aviación. En quinto lugar, pero bastante distante de los anteriores, los aeroclubes.

m. Acciones implementadas por la administración pública frente a los reclamos

Uno de los entrevistados hizo una interpretación proactiva de las quejas y reclamos de los usuarios, pues lo percibe como una oportunidad para gestionar mejor. Los logros, en apretada síntesis, están vinculados con el mejor acceso de los usuarios y administrados mediante la simplificación de los trámites administrativos y su

digitalización; la atención satisfactoria de los reclamos de los pasajeros por las cancelaciones o demoras en los vuelos, e incluso por el *overbooking*; la incorporación del “sistema de partes en la investigación” técnica del accidente de aviación; la reducción del tiempo que demoraba la investigación del accidente, de 24/26 meses a los 18 actuales; la inauguración del ciclo de reuniones continuas de las autoridades aeronáuticas de los países latinoamericanos con el fin de homogeneizar los estándares técnicos regulatorios a nivel regional (se adoptaron así las LAR - *Latin American Regulations*).

Ninguna de las acciones implementadas por la administración pública frente a los reclamos tuvo conexión directa ni indirecta con asuntos ambientales.

n. Métodos alternativos de solución de conflictos

Las dependencias administrativas emplean diversos métodos alternativos de solución de conflictos con los administrados o destinatarios de las normas aeronáuticas. En las entrevistas mencionaron al arbitraje, la mediación, la gestión de riesgos y el sistema participativo de confección de normas reglamentarias.

En la Dirección de Licencias al Personal Aeronavegante mencionaron un sistema interactivo de reclamos (certificado por normas ISO), por el cual la gente puede calificarlos y ellos (los funcionarios y empleados administrativos) evaluarse a sí mismos.

En la Dirección Nacional de Inspecciones de Navegación Aérea suelen constituir “mesas de diálogo” entre las prestadoras de servicio, las compañías aéreas y el Estado (la ANAC): “las mesas de diálogo lo que permiten es unificar el código de identificación, saber que el problema lo compartimos todos; a partir de ahí se resuelve”.

La conflictividad gremial, mencionada por algunos entrevistados, exige la aplicación de los métodos de solución de conflictos previstos en la legislación específica y en los convenios colectivos de trabajo.

o. Duración promedio de los trámites administrativos

De las respuestas aportadas, se desprende una generalizada reducción del tiempo empleado para concluir un trámite administrativo. La digitalización permite ver en qué

dependencia se encuentra, desde y hasta cuándo y quién está llevando adelante el proceso. El margen que queda para la demora arbitraria del trámite, es prácticamente nulo, ya que el administrado y el usuario también tienen acceso a esa información.

De las verbalizaciones de algunos entrevistados, se desprende tácitamente, que también es una poderosa arma contra la corrupción, pues sabido es que los expedientes en soporte papel se “cajonean” deliberadamente con diversos fines, todos ellos reprobables y delictivos: para perjudicar a algunos en sentido lato, para perjudicar a algunos en beneficio de otros, para extorsionar a algunos pidiendo dinero a cambio de “destrabar” el trámite, o bien extorsionar a algunos para que contrate a tal o cual consultora o estudio jurídico para que se encargue de “agilizar” el trámite “demorado”.

En el seno del Ministerio de Transporte estipularon un plazo de expedición de entre 24 a 72 horas para resolver temas de transporte aéreo. Para ello hay personal afectado las 24 horas del día, los 365 días del año.

En el ORSNA, las quejas de los usuarios se resuelven entre 2 a 4 días; la respuesta a la presentación efectuada por un concesionario no se demora más de 15 días. No aludió a los aspectos ambientales asociados al funcionamiento de los aeropuertos ni se mencionó el Anexo 16 al Convenio de Chicago de 1944, ni sus cuatro volúmenes relativos a la “Protección del medio ambiente”.

p. Percepción sobre la eficacia de las normas aeronáuticas

La percepción generalizada de los entrevistados, es que la Argentina cuenta con un sistema de normas aeronáuticas poco eficaces. Alguno lo expresó porcentualmente: 80% eficaces y 20% ineficaces. Las razones que se dieron para explicar esa ineficacia relativa, fueron las siguientes:

i) los operadores del derecho siempre intentan desvirtuar alguna interpretación de la norma, respecto de lo que es la intención de la norma en sí misma;

ii) como una variante de la anterior, otro informante clave consideró que, en el manejo de la faz operativa de una norma, está la interpretación del individuo:

tiene una interpretación personal y esa interpretación personal tiene un desvío del eje de la norma, y ese desvío no es grande, tiene un sesgo, pero lo hay, y la cultura hace que

ese sesgo se interprete como norma (...) Ese es el problema más grande, no el más grave, el más grande [es] poder unificar la interpretación.

iii) desactualización del Código Aeronáutico. En lo tocante a este aspecto, se dijo: yo no puedo actualizar una normativa de inferior jerarquía cuando tengo una de mayor jerarquía que es bastante antigua, no es mala, pero sí antigua. Creo que tenemos que partir de la modificación del código aeronáutico, y a partir de ahí creo que podemos modificar toda la normativa complementaria que hay por debajo.

iv) exceso de reglamentarismo, que hace difícil que los destinatarios aeronáuticos sepan con exactitud qué es lo que el precepto técnico o jurídico manda hacer;

v) falta de actualización del monto de las multas que aplica la administración pública a los infractores aeronáuticos. Los montos irrisorios privan a las multas de su función disuasoria;

vi) mala traducción al español de normas técnicas escritas en inglés. Las Regulaciones Argentinas de Aviación Civil (RAAC) son el sucedáneo vernáculo de las *Federal Aviation Regulations*. El informante clave lo ilustra diciendo: “a veces la traducción hace que se corra un punto –o lo que fuere– y eso la hace ir en contra de lo que pretendía ir, con lo cual te encontrás con déficits, baches, grises regulatorios”. En las RAAC hay normas ambientales dispersas, como en la Parte 13 relativa a la investigación de accidentes de aviación, la Parte 18 sobre transporte sin riesgo de sustancias peligrosas, la Parte 34 sobre estándares de aeronavegabilidad y requisitos para la purga de combustible y la emisión de gases en aviones propulsados por motores de turbina, la Parte 91 sobre reglas de vuelo y operación general (aquí se regula el ruido de las aeronaves)⁷, la Parte 153 sobre operación de aeródromos (con muchas normas sobre preservación y protección del ambiente y garantizar el desarrollo sostenible).

En el ORSNA la percepción fue distinta. Consideran que disponer de documentos internacionales, como las normas y métodos recomendados por la OACI en el Anexo 14 (aeródromos) al Convenio de Chicago de 1944 sobre “Aviación Civil Internacional”, y las decenas de normas complementarias elaboradas por esa agencia de la ONU, conlleva

⁷ Si bien las leyes se presumen *iure et de iure* conocidas por todos, más si se trata de un Código –como el Aeronáutico– recordamos que el ruido está regulado por el art. 155 y sigs. como una especie dentro del instituto de los daños a terceros en la superficie.

una uniformidad reglamentaria que se erige como rasgo esencial de la industria aeronáutica, y que otras actividades quizá no tengan.

Entre los miembros de la JIAAC hubo una percepción diferente. Uno de ellos sostuvo que la Argentina no está en condiciones de alcanzar los estándares técnicos máximos porque la ley aeronáutica básica (Código Aeronáutico) no lo permitiría.

Ningún entrevistado mencionó las normas ambientales aeronáuticas.

q. Prioridad dada por la administración pública a la reglamentación de las leyes

Esta fue la pregunta que más respuestas distorsivas generó. A pesar de que la mitad de los entrevistados son abogados, varias de sus respuestas no fueron a la par de la formación universitaria que poseen.

La Constitución nacional, si bien marca una división de poderes, también apuesta por un sabio solapamiento de funciones en áreas bien definidas. Por ejemplo, a pesar de que el Poder Ejecutivo Nacional no puede ejercer funciones judiciales, la Carta Magna le confiere la facultad de indultar y de conmutar penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, pero deja establecido el carácter individual de tal acto de gracia (art. 99.5) y, en cambio, reserva para el Congreso la facultad de "conceder amnistías generales" (art. 75.20)⁸.

El Poder Ejecutivo tampoco puede suplir al Poder Legislativo en el proceso de sanción de las leyes y códigos, pero es el órgano que los promulga y reglamenta. Es la administración pública, léase Poder Ejecutivo, la que reglamenta las leyes⁹. Lo hace a través de cada uno de sus ministerios y organismos autárquicos (como el ORSNA y la JIAAC). Los ministerios, a través de las dependencias del organigrama ministerial. La ANAC es una de las dependencias del Ministerio de Transporte, dentro de la cual opera como "organismo descentralizado".

⁸ CSJN, Fallos: 308:1298. Julio Alfredo SOLIS s/ CONMUTACIÓN DE PENA. Fallo del 26 de agosto de 1986.

⁹ La Constitución Nacional se refiere a ellos en los artículos 99.2 y 100.8. Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ...2- *Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación*, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. Artículo 100-(...) Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: (...) 8. Refrendar los decretos reglamentarios de las leyes.

Las normas reglamentarias de rango más alto, *strictu sensu*, son los decretos emitidos por el Presidente de la República en tanto cabeza de la administración pública nacional. Esos decretos presidenciales se basan en anteproyectos elaborados por las dependencias que componen la administración pública nacional.

Por lo tanto, son la ANAC, el ORSNA o la JIAAC quienes tienen la función de redactar los anteproyectos de decretos que reglamentan temas esenciales, para elevárselos al PEN a fin de que proceda a analizarlos y, si los aprueba, a firmarlos, emitirlos y publicarlos en el Boletín Oficial. En este *iter*, la iniciativa de bosquejar un decreto puede nacer tanto en los órganos menores como en la voluntad del propio Presidente, que se lo requiere a cualquiera de sus dependencias.

De la interpretación de lo verbalizado por los funcionarios entrevistados, se deduce que la administración pública argentina, al menos a nivel nacional, ha perdido calidad institucional. Veamos, el PEN no emite Decretos que reglamenten la aeronáutica civil y comercial del país desde febrero de 1994. Con excepción de los meses de febrero a diciembre de 1998, los Decretos del PEN han sido una rareza reglamentaria. Hubo una década en la que sólo se emitieron Disposiciones para regular una actividad tan compleja como la aeronáutica. Asociamos este derrumbe de la calidad institucional con la eliminación de los concursos para ingresar a la administración pública.

Concretamente, la pregunta se formuló en los siguientes términos: ¿qué prioridad usted considera que se le da dentro de la agenda administrativa a la reglamentación de las leyes que dicta el Poder Legislativo?

Sólo tres informantes clave comprendieron la pregunta (Ministerio de Transporte, JIAAC, y ANAC) y, de los tres, sólo uno la comprendió cabalmente: “le damos mucha importancia porque en eso se basa nuestra actividad, reglamentar la actividad” (ANAC);

“-La reglamentación es importante, el único tema con el cual te encontrás es que el ejercicio cotidiano te evita el ejercicio especulativo. (Ministerio de Transporte)

-Trabajamos sobre una modificación del código aeronáutico, (...) todavía está en la parte de proyectos, en el Congreso, en diputados, no recuerdo en donde, y no es fácil. Por eso acudimos a lo que es resoluciones (JIAAC)”.

El resto desconoció, o bien desmintió, la competencia que tiene la administración pública de reglamentar las leyes sancionadas por el Poder Legislativo. Es más, la mayoría de los funcionarios entrevistados de la ANAC no se perciben a sí mismos como parte integrante del PEN. Transcribimos algunas de las verbalizaciones más interesantes:

“- nosotros no tenemos la posibilidad que se haga la actividad reglamentaria propia del poder ejecutivo (ANAC, abogado).

-el Poder Legislativo es el Congreso y es el que trata leyes, acá no se trata, acá las aplicamos (...) nosotros emitimos internamente normativa, quizás complementaria a esa, siempre basada en el código aeronáutico, o en las leyes de política aérea (ANAC, abogado).

-si el legislativo dicta una ley respecto a alguna cuestión que puede llegar a afectar en algo a la cuestión aeronáutica o aeroportuaria se adopta y se trata ahí, no hay grises (ORSNA, abogado)”.

Ninguno de los entrevistados aludió a la reglamentación de las normas ambientales aeronáuticas.

r. Principales lagunas de la legislación aeronáutica argentina

Hubo consenso en que una de esas lagunas es la regulación de las RPAS (aeronaves pilotadas remotamente)¹⁰. En general, a la mayoría le resultó difícil enunciar cuáles serían los vacíos normativos.

Un informante clave mencionó al instituto del comandante y, desde la JIAAC, se aludió a varios aspectos de la regulación jurídica de la investigación técnica de los accidentes e incidentes graves de aviación. Se señaló como “laguna interesante” el hecho de que el Código Aeronáutico no distinga entre accidente, incidente grave e incidente.

Sorprende comprobar que no hayan podido individualizar más que 3 o 4 lagunas, pero que la gran mayoría –al responder una pregunta anterior– haya hablado de la necesidad de actualizar el Código Aeronáutico y haya señalado a esa desactualización como una de las debilidades del sistema jurídico aeronáutico argentino.

¹⁰ N. del A.: hay una reglamentación, pero no las considera jurídicamente como aeronaves.

Ningún entrevistado mencionó a los aspectos ambientales aeronáuticos como una laguna del derecho argentino.

s. Medida en que tales lagunas perjudican la eficacia del derecho aeronáutico

El 70% de los entrevistados consideró que las lagunas del derecho aeronáutico perjudican su eficacia y, al menos 6 de esos 7, dieron ejemplos concretos de vacíos normativos, que, sorprendentemente, no coincide con ninguno de los mencionados en la pregunta anterior, salvo en dos casos.

Uno de los informantes argumentó que las lagunas de la ley perjudican al derecho porque ponen en jaque la seguridad jurídica.

Como ejemplos de vacíos legales que afectan la eficacia del derecho aeronáutico se nombraron: el leasing de aeronaves con matrícula extranjera y peso máximo menor a 6 toneladas, la importación de bienes y repuestos usados (indispensables para la aviación argentina, ya que no se fabrican en el país), la protección de información sensible recogida durante la investigación técnica de los accidentes e incidentes graves de aviación, la desactualización del régimen de infracciones aeronáuticas, las escuelas de vuelo, la construcción de aeronaves y una vez más, los aspectos ambientales del quehacer aeronáutico pasaron inadvertidos.

t. Prioridad de los temas ambientales en la agenda del organismo

El impacto ambiental producido por la ampliación de un aeropuerto o el funcionamiento de los existentes fue señalado por tres funcionarios como prioritario. Uno de ellos, con sagacidad, destacó que pasó a serlo sólo a partir del momento en que un grupo de vecinos interpuso acción de amparo ambiental colectiva por la contaminación sónica del aeropuerto de El Palomar, donde sólo operan las líneas aéreas *low cost*¹¹.

Dos funcionarios mencionaron a las emisiones de CO₂ producidas por las aeronaves, como un tema prioritario. Sin mencionarlo, se estaban refiriendo al programa CORSIA implementado por la OACI:

¹¹ Ese aeropuerto, activo al momento de la entrevista, está actualmente cerrado.

“-En mi dependencia particular, yo le doy prioridad porque me gusta particularmente el tema ambiental (Ministerio de Transporte),

- A las obras en el aeropuerto de El Palomar se le dio una prioridad más allá de la cuestión judicial (ANAC)”.

Uno de los entrevistados mostró preocupación por la contaminación sónica en los alrededores de los aeródromos como resultado del aumento del número diario de vuelos.

Para la JIAAC, como quedó expuesto, las cuestiones ambientales son siempre una prioridad.

Cerramos este acápite con lo expresado por una funcionaria de la ANAC:

“la ANAC calculo que sí podría involucrarse un poco más en esa actividad, sobre todo de alguna manera –como autoridad regulatoria que somos– fiscalizar que los órganos que lo tienen que hacer lo hagan correctamente”.

En suma, los temas ambientales no generan agenda dentro de la administración pública vinculada con el quehacer aeronáutico. No son prioridad, salvo cuando es objeto de controversia judicial (caso de El Palomar) o cuando se deba dar inicio a un cronograma de ejecución internacional (como el programa CORSIA, de la OACI). Se actúa *ex post facto*, nunca preventivamente, a pesar del rol clave que la prevención ocupa en las cuestiones ambientales.

Esto viene a corroborar lo que quedó demostrado a lo largo de los años en que venimos ejecutando esta línea *macro* de investigación, en el sentido de que hay una preeminencia política de lo coyuntural sobre lo estructural. Como en ocasiones anteriores, volvemos a inferir que esa agenda política basada en lo “urgente” ha conducido a que cada gobierno, en su turno, dé prioridad a la acumulación de poder como forma de reforzar su legitimidad, y no a temas que son necesariamente de índole estructural del país.

IV. Conclusiones

Las conclusiones corroboran hallazgos obtenidos en investigaciones previas sobre la eficacia del derecho ambiental en la Argentina y que, *mutatis mutandi*, son aplicables a la eficacia del derecho aeronáutico ambiental en el mismo país. En los párrafos subsiguientes iremos detallando los principales hallazgos surgidos de esta ronda de entrevistas, que en distinto grado e intensidad vendrían a explicar las razones de la (in)eficacia del derecho aeronáutico ambiental en la Argentina.

- *Falta personal técnico calificado, sobre todo en áreas críticas (seguridad operacional) y sensibles (medio ambiente) y en áreas de inspección y control.* Hay fuerte coincidencia en señalar que faltan ingenieros (v.gr. aeronáuticos). Si la aviación es estratégica para el país –tanto la comercial, la civil, la general y la dedicada al trabajo aéreo– este déficit de graduados universitarios debiera abordarse como parte de una macro política de trabajo conjunto entre el Poder Ejecutivo y las universidades, a fin de crear incentivos fiscales, económicos y académicos para aumentar el número de egresados en la carrera.

La falta de capacitación es más crítica en aspectos ambientales. Sin embargo, en el seno de la ANAC durante 2019 se aprobaron dos normas ambientales clave: la Resolución conjunta ANAC-ORSNA N° 2 por la que se puso en vigencia el Manual de Gestión Ambiental Integral Aeroportuaria, y la Resolución N° 204¹² por la que se adoptó el Reglamento para la Implantación del Plan de Vigilancia, Notificación y Verificación (MRV – por sus siglas en inglés) en el marco del Plan de Compensación y Reducción de Carbono para la Aviación Internacional (CORSIA – por sus siglas en inglés). No tenemos constancia de que la redacción de estas normas se haya tercerizado, por lo que cabe inferir que fueron pergeñadas por personal dependiente de esa Agencia. Personal que, según se admitió, no está capacitado para ello (sólo cuentan con una ingeniera especializada).

- *Las designaciones políticas dominan el escenario en la administración pública nacional.* Los elegidos no son necesariamente los más aptos, aun cuando sean

¹² Por una Resolución posterior, 157/2020, fue diferido *sine die* el plazo para la presentación ante la Autoridad Aeronáutica de la copia del Informe de Emisiones verificado y del Informe de verificación asociado que corresponde al período calendario 2019.

universitarios. Como percepción personal añadimos que, con cada cambio de gobierno, más aún si eso supone un cambio de signo político, todos los cuadros de funcionarios jerárquicos que llevan 4 años en el cargo y han comenzado a gestionar y a desarrollar planificaciones de corto a mediano alcance, son inmediatamente reemplazados por otros cuadros políticos que son reacios a continuar las líneas abiertas por el gobierno anterior. Hay un acto fundacional cada 4 años, que repercute negativamente sobre el desempeño de los órganos públicos y debilita la eficacia del derecho aeronáutico.

A ello se le suma el alto nivel de rotación de los directores nacionales durante el período 2016-2019. El informe del CIPPEC señala que fue del 25% entre 2016 y comienzos de 2017, al final del cual sólo un 9% permanecía en el cargo original.

- *Endogamia.* Se reitera un hallazgo obtenido de entrevistas en años anteriores: en la Argentina hay un fuerte comportamiento endogámico por parte de los partidos políticos que acceden al gobierno y, por ende, un desprecio hacia el conocimiento experto y una falta de respeto por la “carrera administrativa”. No hay interés político en formar funcionarios de carrera. Cuando los órganos cumplen funciones vitales de reglamentación, fiscalización y control, esa pulsión de política endogámica erosiona la capacidad estatal para gestionar y, correlativamente, contribuye a la ineficacia del derecho aeronáutico y, en la misma medida, del aeronáutico ambiental.

- *Falta de trabajo en red.* Se reitera un hallazgo de años anteriores: no hay un trabajo en red institucionalizado, programático y constante, entre las diversas dependencias estatales, ni con otras instituciones, sean públicas (como universidades, el CONICET, centros de investigación) o privadas (ONGs de reconocido prestigio y trayectoria).

El único organismo que tiene dilatada experiencia en este rubro es la JIAAC, que posee convenios suscriptos con otros órganos del Estado nacional, con organismos extranjeros, como la NTSB de EE.UU. y la BEA de Francia, y con todos los organismos pares de investigación de los países de sudamericanos.

- *No se respeta la carrera administrativa.* De los órganos escrutados, la JIAAC es el que tiene el plantel técnico con más años de permanencia en el cargo (45) y el mayor promedio de antigüedad de todo el staff en general (35 años). Por ende, es el único organismo aeronáutico que respeta la carrera administrativa y el que más masa crítica

concentra con expertos de larga trayectoria. Esto explica la dedicación de este órgano a resolver los problemas ambientales generados por su actividad técnica.

- *Indicios de desburocratización.* La digitalización ha demostrado ser un recurso esencial para desburocratizar y agilizar la intervención de la administración nacional, pero también es una poderosa arma contra la corrupción.

- *Falta de trazabilidad estadística.* La falta de trazabilidad del sistema estadístico es una debilidad del aparato burocrático que, hacia 2018, abundaba en personal administrativo joven sin función específica asignada.

- *Falta de interés por la dimensión ambiental.* Se observa el descuido que existe en materia ambiental, excepto en la JIAAC. El descuido pasa no solo por la inexistencia de equipamiento apropiado, sino también por la cuasi inexistencia de personal técnico universitario experto y porque el tema no estaría presente en el imaginario de la mayoría de funcionarios aeronáuticos.

- *Desjerarquización normativa.* En materia reglamentaria se observa una acelerada desjerarquización normativa. A eso se suma que durante una década se reguló a la actividad, de por sí muy compleja, con normas de bajísimo rango jurídico (las disposiciones administrativas), con lo que se quitó entidad al tema regulado en cada una de ellas.

Deducimos que la inexistencia de nuevos decretos reglamentarios se debe a dos razones: a) la nula a escasa formación en derecho administrativo de los funcionarios y empleados; a) eso sería consecuencia de la ausencia de concursos públicos y abiertos como método selectivo y riguroso de ingreso, por lo menos hasta el cargo de Director Nacional, inclusive; b) ni los funcionarios ni los empleados se perciben como parte del Poder Ejecutivo Nacional.

Como es previsible, la falta de eficacia de las normas ambientales aeronáuticas es multicausal. En esta ronda de entrevistas detectamos varias de ellas que, a su vez, confirman los hallazgos de investigaciones previas sobre (in)eficacia del derecho ambiental en la Argentina.

Bibliografía

- AMBROSINI, Antonio. (1932). *Per un sistema del diritto aeronáutico*. Nros 8 y ss. (citado por Gay de Montellá en su obra *Principios de Derecho Aeronáutico (con referencia a las legislaciones de los principales Estados de Europa y América)*. Ed. Depalma, Buenos Aires, p.10.
- ARROLA DE GALANDRINI, Graciela. (2003) “El leasing y algunas otras contrataciones aeronáuticas”, en *INFOJUS*.
- BASUALDO MOINE, Eduardo. (1967) “El nuevo código aeronáutico”. *Revista Jurídica La Ley* - LL.-127:1232
- CAÑAS ZARRAOA, Nerea. (2014). “Aeronaves no tripuladas. Aspectos técnicos y jurídicos”, publicado en *XLI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial*, Ed. Fundación AENA, Madrid, pp. 249-258
- DI PAOLA, Eugenia, DUVERGES, Dolores y ESSAIN, José Alberto. (2006). *Indicadores sobre justicia y ambiente*, Buenos Aires, FARN, Buenos Aires.
- DI PAOLA, Eugenia. (2006). *Indicadores de aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental en la República Argentina. Materia agua y aire*. Ed. FARN, Buenos Aires, p. 5-7.
- GÓMEZ, Hernán. (2011a) “El contrato de fideicomiso y la explotación de aeronaves. Nuevas perspectivas”, en *Seminario relativo a cuestiones actuales de Derecho Aeronáutico*, Facultad de Derecho – UBA.
- GÓMEZ, Hernán. (2011b) “El dominio público y la financiación en la gestión aeroportuaria”, en el libro *XXXIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico*, Asunción – Paraguay, pp. 87-117.
- GÓMEZ, Hernán. (2016) “La responsabilidad del transportador en el contrato de transporte aéreo por millaje”, En *Revista Ateneo del Transporte* – Año 26, Vol. 67, febrero de 2016, pp. 41-55.
- GURFEL SHAPIRO, Diana. (2017). “Proposed Drone Aircraft Privacy and Transparency Act of 2017 Seeks to Establish Federal Standards to Protect Individual Privacy”, en *Condon & Forsyth LLP Bulletin*, New York, March 31, 2017
- INECE (2009). *Principles of environmental compliance and enforcement handbook*, Ed. Inece, Washington.
- KELSEN, Hans. (1960). *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Eudeba. p. 25, 36, 53, 142-143.
- MARTÍNEZ, Inés; REGALES, Esteban y APARICIO GALLEGO, Javier. (2011) “Aeropuertos: concesiones / privatización”, en: *XXXIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico*, Asunción, pp. 23-85.
- RODRÍGUEZ JURADO, Agustín. (1963). *Teoría y práctica del Derecho Aeronáutico*. Depalma, 1ª edición, Buenos Aires.
- ROSS, Alf (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba. p. 8, 51-57.

VIDELA ESCALADA, Federico. (1948). *El Derecho Aeronáutico, rama autónoma de las ciencias jurídicas*. Buenos Aires, p. 47.

Documentos

CIPPEC (2018) *GPS del Estado: radiografía de 2017-2018*, autores: José Gasparin y Gonzalo Diéguez, N° 206, Buenos Aires, julio 2018. Disponible en: <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2018/07/206-DPP-GP-GPS-GPS-del-Estado-radiograf%C3%ADa-de-2017-2018-Gasparin-J.-y-Di%C3%A9guez-G.-julio-de-2018.pdf> (acceso: 19 julio 2018)

OACI, *Repercusiones de la compartición de códigos entre líneas aéreas* - Organización de Aviación Civil Internacional, Naciones Unidas (1997) CIR 269-AT/110.

ONU (2012), Resolución 61/39 (A/67/471), relativa a “El estado de derecho en los planos nacional e internacional”. Disponible en: <https://documents-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/484/45/PDF/N1248445.pdf?OpenElement>

Legislación

Constitución Nacional de la Nación Argentina

Ley 17.285/67. Código Aeronáutico

Ley 27.357/2017. Convenio de Cape-Town de 2001 relativo a “Garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil”.

Ley 24.185/1992. Convenciones colectivas de trabajo.

Ley 15.110/1946. Convenio de Chicago de 1944.

Convenio de Chicago de 1944. Anexos 14 y 16.

Decreto 214/2006. Homologa el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional.

Decreto 2098/2008. Administración Pública Nacional. Sistema Nacional de Empleo Público (SINEP).

Decreto 375/1997. Creación del ORSNA.

RAAC – Regulaciones Argentinas de Aviación Civil. Disponibles:

<https://www.argentina.gob.ar/anac/raac-dnar-regulaciones-argentinas-de-aviacion-civil/raac-vigentes>

Resolución 157/2020 – ANAC. Difiere el plazo establecido en el numeral 3.4 del Reglamento para la implementación del Plan de Vigilancia, Notificación y Reducción (MRV) aprobado por la Resolución N° 204 de fecha 20 de marzo de 2019.

Resolución Conjunta 2/2019 – ORSNA – ANAC. Manual de gestión ambiental aeroportuaria.

Resolución 204/2019 – ANAC. Reglamento para la Implantación del Plan de Vigilancia, Notificación y Verificación (MRV – por sus siglas en inglés) en el marco del Plan de

Compensación y Reducción de Carbono para la Aviación Internacional (CORSIA – por sus siglas en inglés).

Jurisprudencia

JULIO ALFREDO SOLIS S/ CONMUTACIÓN DE PENA. Fallos: 308:1298 (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1982).

MARISI, LEANDRO Y OTRO C/ PODER EJECUTIVO NACIONAL PEN MINISTERIO DE TRANSPORTE DE LA NACIÓN Y OTROS S/AMPARO AMBIENTAL (Juzgado Federal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo, Nro 2, San Martín, 2018).

Direcciones Web

AA2000: <https://www.aa2000.com.ar/>

ANAC: <https://www.argentina.gob.ar/anac>

BEA: <https://bea.aero/>

CAEP – OACI:

[https://www.icao.int/annual-report-2014/Pages/ES/progress-on-icaos-strategic-objectives-safety-environmental-protection-caep ES.aspx](https://www.icao.int/annual-report-2014/Pages/ES/progress-on-icaos-strategic-objectives-safety-environmental-protection-caep_ES.aspx)

CIPPEC: <https://www.cippec.org/>

CORSIA – OACI: <https://www.icao.int/environmental-protection/CORSIA/Pages/default.aspx>

INAP: <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/gestion-y-empleo-publico/inap>

INECE: <https://inece.org/>

JIAAC: <https://www.argentina.gob.ar/jiaac/infojiaac>

LONDON SUPPLY: <https://londonupplygroup.com/>

MINISTERIO DE TRANSPORTE: <https://www.argentina.gob.ar/transporte>

NTSB: <https://www.nts.gov/Pages/home.aspx>

OACI – ICAO: <https://www.icao.int/Pages/default.aspx>

ORSNA: <https://www.argentina.gob.ar/orsna>

SINEP: <https://www.argentina.gob.ar/anmat/transparencia/salarios/sinsep>

Breve historia argentina de documentos clasificados y su regulación

Brief story of argentine classified documents and its regulation

Por Adriana Laura Vercellone

Resumen: El artículo desarrolla la evolución de la legislación argentina en materia de secreto de Estado, reflexionando acerca de sus tensiones con el principio de publicidad de los actos de gobierno y las consecuencias que acarrea para el sistema democrático. Las conclusiones sugieren que, en línea con una sana tendencia global hacia la apertura y la publicidad, se ha acotado el lugar que ocupa el secreto, así como los escenarios problemáticos que pudieron justificarlo. Sin embargo, también se ha cercenado el poder de vigilancia de la ciudadanía sobre dicha información reservada, estableciendo controles judiciales y parlamentarios débiles.

Palabras clave: transparencia; secreto; servicios de inteligencia; control público.

Abstract: This article develops the evolution of Argentinian legislation on the matter of state secrecy. It also assesses the tension between the principle of government publicity and its consequences to a democratic system. Conclusions suggest that, coherently with a global tendency towards openness and publicity, secrecy has been deeply bounded as well as the problematic scenarios that could justify it. However, citizenry's power of surveillance has also been curtailed, establishing weak judicial and parliamentary controls.

Key words: transparency; secrecy; intelligence agencies; public control.

Fecha de recepción: 03/12/2021

Fecha de aceptación: 01/07/2022



Breve historia argentina de documentos clasificados y su regulación

Por Adriana Laura Vercellone*

I. Introducción

El acceso a información pública es un derecho reconocido en casi todos los sistemas democráticos. En nuestro país, tiene asidero en la Constitución Nacional (CN) que establece la forma republicana de gobierno (art. 1), concede a la ciudadanía el derecho de “peticionar a las autoridades” (art. 14) y reconoce a los partidos políticos el “acceso a información pública y la difusión de sus ideas” (art. 38). Pero, fundamentalmente, se encuentra reconocido en la ley 27275 de Acceso a la Información Pública, que admite un derecho general a acceder a todo material de interés público que obre en manos públicas o privadas. Igualmente, es incorporado por numerosos tratados internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19 inc. 2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art 13), que en el marco del derecho de libertad de expresión, admiten la libertad de investigar y recibir información.

Estos antecedentes revelan la preeminencia del principio de publicidad frente a otros derechos y contingencias políticas. Sin embargo, convive con una instalada práctica de sigilo y secretismo por parte de los gobiernos, que apelan a la seguridad o la defensa nacional - entre otros valores - para resguardar u ofrecer información recortada sobre temas sensibles para la ciudadanía.

En este artículo propongo reflexionar sobre dicha tensión, evaluando los avances y retrocesos de la legislación argentina en el tema. Para ello, recuperaremos los principales antecedentes y documentos clasificados de nuestra historia, dividiendo la exposición en tres apartados. Aunque las referencias temporales desarrolladas en cada uno de ellos pueden solaparse, dicho recorrido busca ordenar los reclamos y discusiones

* Instituto de Estudios sobre Derecho, Justicia y Sociedad (IDEJUS), Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2095-3285>. Correo Electrónico: adrivercellone@gmail.com

que han acompañado el problema del secretismo en Argentina. Por ello, no se realiza un relato cronológico y lineal del tema, sino uno centrado en las clases de secreto que existen y las instituciones con potestad clasificatoria en cada una de ellas.

Así, distinguimos una primera sección marcada por el debate sobre la constitucionalidad de las leyes secretas y las sesiones legislativas secretas, en manos del Poder Legislativo (PL). El siguiente apartado caracteriza el problema de los decretos secretos del Poder Ejecutivo (PE) y la necesidad de delimitar taxativamente su excepcionalidad. Este desarrollo ordena la legislación que rige actualmente al secreto de Estado, que incluye a la ley de Acceso a la Información Pública, la ley de Inteligencia Nacional y diversos decretos presidenciales. Dado el importante papel desempeñado por los servicios de inteligencia en materia de documentos clasificados, el último apartado describe su estructura y funcionamiento.

Las conclusiones del trabajo sugieren que, en nuestro país, el secreto ocupa un lugar cada vez más acotado. Pero también cada vez más inaccesible para el control público, fundamentalmente, en lo que hace a las cuestiones de defensa y seguridad nacional. Pese al desarrollo de novedosas instituciones que fomentan la publicidad de los actos de gobierno, la potestad de clasificar información se encuentra a disposición del PE y de los servicios de inteligencia, es decir, de un organismo cuyo personal no es electo democráticamente ni sujeto a control popular.

II. Sobre las leyes y las sesiones legislativas secretas

Las primeras leyes secretas argentinas datan del gobierno del ex presidente Pellegrini (1891), cuando el Congreso de la Nación sancionó normas vinculadas con la compra de armas y acuerdos sobre límites geográficos con países vecinos. Así, al comienzo las decisiones secretas versaron sobre temas vinculados a la defensa y seguridad del país; pero, con el tiempo, dichas leyes se tornaron más comunes y alcanzaron otras áreas de gobierno e intereses. Una lectura de los antecedentes que constan en el Boletín Oficial (BO) sugiere que, por ejemplo, emulando decisiones sobre fondos del Estado se sancionaron leyes de arrendamiento, de compra de mueblería para

la quinta de Olivos o decretos de ascenso militar a personal fallecido. Es decir, temas que difícilmente puedan catalogarse como cuestiones graves de Estado.

En total, entre 1891 y 2006 se sancionaron 146 leyes secretas en Argentina. Basterra agrupa los temas que abarcaron en cuatro: a) fondos reservados; b) compra y venta de armas; c) inteligencia; y d) jubilaciones y pensiones (2006a). Cabe destacar también que el 80% de ellas fue sancionada durante gobiernos de facto y el otro 20% en democracia (Vallefn, 2017). Otro dato interesante es que desde el retorno de la democracia en 1983, el Congreso no usó más tal recurso (aunque siguieron existiendo decretos y documentos clasificados).

Para comprender el sigilo con el que se adoptaron algunas decisiones en el Congreso, es necesario distinguir entre: secreto legislativo, leyes secretas propiamente dichas, secreto ejecutivo y documentos clasificados.

De acuerdo con Sagüés, el *secreto legislativo* sustrae del conocimiento popular una sesión del Congreso, no publicándola o impidiendo a la ciudadanía y la prensa presenciar el debate (1977). Son deliberaciones cuyas actas deben ser registradas del modo más exacto posible y resguardadas en un cuaderno especial, hasta tanto la Cámara estime conveniente su publicidad. Esto es así, para garantizar la reserva de la información, pero también para evitar su destrucción.

Por otro lado, una ley secreta es aquella que, sancionada por el Congreso y comunicada al PE, no es publicada en el BO. Las identificamos porque en los anales legislativos no figura su contenido, sino solamente el número y adjetivación de “secreta” (Sagüés, 1977). Hasta el momento de su derogación en 2006, dichas leyes eran guardadas en la Secretaría Parlamentaria del Congreso y sólo podían ser consultadas por funcionarios/as del PL con previa autorización del Presidente de la Cámara (Nazar, 2003).

El secreto ejecutivo incluye a los decretos emitidos por el PE y su equipo de ministros, cuyo contenido decide mantenerse en reserva. Hasta 2012, fecha de su derogación, eran celosamente custodiados por la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia.

Finalmente, tales resoluciones deben distinguirse de los expedientes o documentos reservados, que no son divulgados a la ciudadanía y por razones de seguridad obran en

manos de organismos o empresas del Estado. La práctica de resguardar este tipo de documentación también tiene una larga trayectoria, pero encuentra sustento jurídico en el decreto 1568 de 1950 que definió por primera vez criterios de seguridad para clasificar documentos¹. Al principio, abarcó a los “Ministerios y Secretarías de Estado de Defensa Nacional, Ejército, Marina y Aeronáutica” aunque, luego, otros ministerios se valieron de la norma para reservar a criterio lo propio.

En el período que va del año 1891 hasta finales del siglo XX la discusión versó, fundamentalmente, sobre el uso y justificación de leyes secretas y el secreto legislativo. Probablemente, porque los Decretos de Necesidad y Urgencia del PE eran verdaderamente esporádicos, y no es hasta su incorporación en la reforma constitucional de 1994 que se convirtieron en un instrumento de uso frecuente. Asimismo, porque la existencia y clasificación de documentos por parte de organismos de inteligencia fue verdaderamente problematizada con el advenimiento de la democracia (al menos en Argentina).

II.1. Argumento jurídico y discusión dogmática en torno al “secreto legislativo”

Las sesiones parlamentarias secretas se encuentran habilitadas en los reglamentos de cada una de las Cámaras del Congreso. Desde que se encargó su redacción a una comisión especial en 1855, existen diferentes versiones de dichos textos. El reglamento de Diputados introdujo la posibilidad de celebrar sesiones secretas en 1878 en los art. 28-31 (vigente en los art. 31 y sgtes.). Para que suceda, debe ser solicitada expresamente por el PE o por un grupo de diputados/as, y requiere de su aprobación por mayoría absoluta. Por su parte, el reglamento del Senado reconoce las sesiones secretas para asuntos de carácter reservado en sus art. 18 y sgtes. Su procedencia requiere de un pedido expreso realizado por el PE, por un grupo de Senadores o por quien ejerce la presidencia del recinto².

¹Disponible en el Anexo 36, pp. 60 y sgtes. del registro de documentación del gobierno: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/rfp-70-05.pdf>

²Véanse los reglamentos en: <https://www.senado.gob.ar/reglamento> y <https://www.hcdn.gob.ar/institucional/reglamento/index.html>

Esta práctica suscitó extendidas controversias durante la primera mitad del siglo XX. Uno de los argumentos más reconocidos, defendía la apertura estricta de las sesiones y la publicidad de los actos de gobierno, entendiendo que son principios inmanentes en nuestra constitución, que derivan de la forma democrática y republicana de gobierno.

Por un lado, la democracia nos remonta a la idea de que todas las personas somos iguales y contamos con las mismas oportunidades para decidir nuestras políticas públicas. Así, nadie debiera encontrarse en una posición de información privilegiada, que le permita sesgar las decisiones en su favor o someter al resto.

Por el otro, la concepción republicana sobre el gobierno implica la existencia de poderes divididos que actúan en nombre de la ciudadanía y se controlan mutuamente. Para que dicho sistema de contrapesos funcione, es vital el acceso a información completa sobre los asuntos del Estado. De ello depende, entre otras cosas, la rendición de cuentas pública y el respeto a los derechos.

Ambas tradiciones - democracia y republicanismo- sirvieron para argumentar en contra del secreto legislativo, así como también en contra de las prácticas de gobierno reservadas en general. En línea con esto, se ofrecieron otros argumentos que proponían prohibir las sesiones del Congreso a puertas cerradas. Entre ellos, Sagüés (1977) destaca:

- El argumento de la inutilidad del secreto parlamentario, según el cual el secreto impide juzgar la labor parlamentaria o perjudica el rol educativo de la deliberación pública.
- Los argumentos éticos y del respeto a los derechos, sugieren que el secreto fomentaría acuerdos impopulares o negociaciones espurias; mientras que, por el contrario, la presencia de espectadores garantiza orden y buen comportamiento dentro del recinto.
- Los argumentos del diálogo y el consentimiento, que señalan la distancia que el secreto marca entre ciudadanía y representantes, inclusive, al impedir que las personas consientan las normas que se le aplican.

En una línea diferente, se sostenía que las sesiones secretas eran constitucionales, derivada de la potestad del Congreso de darse su propio reglamento (art. 66 CN). Tal tesis había sido convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en

1877 en el caso “Lino de la Torre”, instancia en la que nuestro máximo tribunal describió a las sesiones secretas como un “privilegio” de cada Cámara e, inclusive, habilitó a las autoridades a sancionar su violación (Sagüés, 1977).

La lista de argumentos que se enrola en esta tesitura es de lo más variada e incluye dos que son sumamente interesantes. El primero defendió el secreto cuando se encuentra en juego la paz social, la seguridad nacional o la existencia del Estado. Como veremos, este argumento ha cobrado fuerza con el tiempo, justificando toda la práctica de documentos y decisiones secretas hasta nuestros días.

Por su parte, el segundo sostenía que la presencia de público afectaba la independencia de sus miembros o, inclusive, ejercía algún tipo de presión fomentando comportamientos demagógicos o decisiones especulativas. Esta idea, alineada con cierta concepción elitista sobre la democracia vigente en la época, fue seriamente discutida a finales del siglo XX.

II.2. El problema de las leyes secretas

La discusión sobre la constitucionalidad de las leyes secretas no estuvo tan distanciada de aquella suscitada en torno a las sesiones secretas. Así, se apeló a la potestad del Congreso de decidir sus propias prácticas tanto como a las nociones de democracia y república para contrarrestarlas. No redundaremos en dichos argumentos, ya citados. Pero vale la pena resaltar dos posiciones que tuvieron un papel fundamental.

La primera, se apoyó en un tecnicismo para defender las leyes secretas. Como es sabido, el Congreso tiene a cargo la formación y sanción de las leyes, mientras que el PE es el encargado de su promulgación y publicación. Existe acuerdo en que constituyen actos diferentes, pues el primero es de tipo aprobatorio, que ordena la publicación de una ley; mientras el segundo – publicación- importa su divulgación en el BO y vigencia según los plazos legales establecidos. En función de tal distinción, se ha sostenido que la posibilidad que tiene el PE de promulgar tácitamente las leyes, no devolviendo un proyecto al Congreso con observaciones en el plazo de 10 días, implicaba un modo de hacerlo en silencio absoluto (González Calderón, 1931, citado en Sagüés, 1977: 83).

Otro argumento legitimó el secreto en función de las consecuencias que su divulgación podría ocasionar. De acuerdo con esto, las leyes podían ser sancionadas en secreto cuando involucraban información de carácter sensible, cuya publicidad comprometía la estabilidad o eficacia del sistema en su totalidad. En cita a diversos constitucionalistas de la época, Sagüés resume la lista de motivos que justificaban el secreto a los propósitos de la alta política, el peligro de la suerte de la República, los intereses públicos, las cuestiones graves que conciernen al Estado, la defensa nacional, los negocios exteriores, la defensa de la soberanía o la integridad territorial (1977: 47).

Por otro lado, se discutió la constitucionalidad de las leyes secretas en función de algunos de los siguientes:

a. El *argumento de la publicación como esencia de la ley*, que entiende que la publicación forma parte de la misma definición de la norma. Cuando no se publica puede considerarse, directamente, como no existente.

b. El *argumento de la seguridad jurídica* garante de que nadie será juzgado/a en función de normas que no puede conocer, que afecta inclusive al buen funcionamiento del Poder Judicial (PJ).

c. Y el *argumento de la practicidad resalta* la necesidad de publicar una ley para fijar la vigencia y comienzo de su obligatoriedad (Sagüés, 1977; Basterra, 2006a, 2006b).

Como se dijo, la discusión acerca del secreto legislativo y las leyes secretas tuvo puntos en común. Pero estos últimos argumentos revelan la diferencia entre ellas: aunque puedan tratar sobre el mismo contenido o asunto, una afecta a la participación y deliberación pública, mientras la otra obstruye el estado de derecho y la certidumbre que debe regir en el respeto por el orden jurídico. En ese sentido, puede decirse que no divulgar una sesión parlamentaria tiene efectos sobre la calidad de la discusión que precede a las leyes y, con ello, sobre el vínculo representativo entre funcionarios/as y ciudadanía. Por otro lado, sustraer del conocimiento público el contenido de la ley cuestiona la posibilidad de subordinar – justificadamente - toda acción estatal a norma jurídica previa; pero no necesariamente cuestiona el carácter argumentativo y representativo de dicha ley.

II.3. Los reclamos de apertura y la derogación de las leyes secretas

La discusión sobre el secreto legislativo se mantuvo latente hasta 2006, fecha de sanción de la ley 26134. El contexto social y político que la precede es bastante particular. Primero, porque se encuentra impregnado de los nuevos principios e ideales plasmados en nuestra CN por la reforma de 1994. La incorporación de tratados internacionales en la carta fundamental implicó el reconocimiento y recepción de nuevos derechos y garantías, y un discurso emergente sobre la publicidad de los actos de gobierno, así como la ampliación de las esferas de participación ciudadana.

En segundo lugar, en la década de 1990 la ciudadanía argentina se encontraba convulsionada por diversos escándalos de corrupción, cuyo germen se hallaba en decisiones secretas de gobierno. En concreto, una investigación sobre el cobro de dinero por parte de funcionarios/as demostró la existencia de un decreto reservado que permitía la asignación de fondos para cubrir gastos de seguridad del Estado. Dicha norma fue usada para pagar “sobresueldos” a personal del Estado, cuyo monto se engrosó considerablemente entre 1989 y 1999³. Asimismo, se planteaban dudas acerca de la investigación desarrollada en torno al atentado terrorista a la AMIA (1994), las tareas de inteligencia y los diversos acuerdos confidenciales que suscribió el Estado Nacional para investigarlo.

En este escenario, asomó la idea de que los fondos reservados eran desviados por el PE para actividades ilegales. Lo cual redundó en un instalado reclamo por mayor publicidad de los actos de gobierno y herramientas democráticas más definidas en torno al secreto de Estado.

En 2003, el gobierno de Néstor Kirchner dictó el decreto 1172 sobre transparencia. Esta decisión habilitaba y reglamentaba, entre otras, las audiencias públicas participativas, la publicidad de la gestión de intereses del PE y el proceso de elaboración participativa de normas. Pero, fundamentalmente, un régimen general de acceso a la información pública que reconoce, entre otras excepciones, a toda aquella “información

³ Véanse los antecedentes y resolución de la causa en: <https://www.cij.gov.ar/nota-1487-Sobresueldos--procesan-y-embargan-a-Menem-y-Cavallo.html>

expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior” (art. 16, inc. a).

Complementariamente la ley 26134 de 2006 dejó sin efecto toda ley secreta dictada hasta el momento, obligando al PE a publicarlas en el BO en un período de 60 días (art. 1 y 2). Con el mismo espíritu, prohibió el dictado de leyes de carácter secreto en el futuro y limitó el uso de gastos reservados exclusivamente a cuestiones de inteligencia inherentes a los organismos comprendidos en las leyes de Inteligencia Nacional, Seguridad Interior y Defensa Nacional (arts. 3 y 5). Finalmente, delegó el control de tales asuntos en manos de la “Comisión Bicameral de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia” (CBI), que había sido creada por la ley de inteligencia en 2001.

De esta manera, se incorporó a nuestra legislación un régimen de acceso a la información pública y se cercenó considerablemente la potestad clasificatoria del PL, direccionándola hacia una función de control sobre la actividad secreta de otros organismos del Estado.

III. Los decretos secretos y las potestades del Poder Ejecutivo

En el marco de la discusión parlamentaria sobre derogación de leyes suscitada en 2006, emergió la convicción de que los decretos secretos eran tan antidemocráticos como las leyes secretas. En ese sentido, se señaló que “los decretos tienen el mismo espíritu que la ley” y por lo tanto debían igualmente ser prohibidos (Senador Sanz en Diario de Sesiones, 2005: 211); que el verdadero problema del secretismo en nuestro país no eran las leyes sino los decretos (Diputado Nieva en Diario de Sesiones, 2006: 87-89); y que “los mayores daños institucionales de nuestro país habían sido producidos por disposiciones secretas del Ejecutivo” (Diputado Negri en Diario de Sesiones, 2006: 80). Para avalar esta postura, se aportaron estadísticas y datos clarificadores. Por ejemplo, un pedido de informe solicitado por la Senadora Conti arrojó que a la fecha en que se discutió el proyecto existían 5458 decretos secretos, un 3738 % más que leyes secretas (Diario de Sesiones Senadores, 2006: 94-99).

Por otro lado, se puso en evidencia que algunos de los eventos más trágicos y problemáticos de nuestro país habían sucedido a instancias de decretos secretos. Por ejemplo, tanto la orden de “aniquilar la subversión” dictaminada a las Fuerzas Armadas (FFAA) desde 1975⁴ como la decisión de venta de armas a Ecuador y los Balcanes realizada durante la presidencia de Menem fueron facilitadas por decretos secretos⁵.

Paralelamente, se compartía la preocupación de que los secretos del PE y gastos reservados eran destinados a tareas de inteligencia. No sólo en tiempos de dictadura, ya que los presidentes del período democrático también se valieron de dichos organismos para tareas de diversa índole, entre ellas, el espionaje ilegal.

En definitiva, el secreto ejercido por el PE era señalado como una actividad “unilateral, discrecional, que carece de controles” y nos lleva a “vivir en un Estado de excepción” (Diputado Jerez en Diario de Sesiones, 2006: 90-100).

El desacuerdo surgió al legislar sobre las atribuciones decisorias del PE. Uno de los principales argumentos lo emitió la Senadora Fernández de Kirchner, para quien la facultad del Congreso de sancionar leyes no puede limitar atribuciones del PE sin vulnerar la base republicana de gobierno (Diario de Sesiones, 2005: 212). En la misma línea, se señaló que para limitar la potestad ejecutiva de dictaminar decretos secretos primero debía derogarse todo el andamiaje jurídico que la había justificado a lo largo de los años.⁶

En el mismo sentido, el Diputado Urtubey sostuvo que, remitiendo el control de gastos vinculados con inteligencia y seguridad nacional a una comisión parlamentaria, se ejercía una adecuada revisión sobre los decretos del PE. Pero que nada más podía

⁴ Véanse los decretos 2770, 2771 y 2772 en “Documentos del estado terrorista. Directiva del comandante general del ejército N° 404/75 (Lucha contra la subversión), Plan del ejército contribuyente al plan de seguridad nacional”, págs. 7-8.

⁵ Véanse los decretos 1697/91, 2283/91 y 103/95, y las maniobras de tráfico de armas en: <http://www.saij.gob.ar/descarga-archivo?guid=adessarlar-enga-sleg-ajod-ecasacionpdf&name=sarlengas.-legajo-de-casacion.pdf>

⁶ Según Fernández de Kirchner, este se configuraba por el decreto 5315/56 – que encomendó a la Secretaría de Presidencia de la Nación y la Secretaría de Informaciones del Estado el manejo de gastos reservados vinculados a seguridad e inteligencia - y el decreto ley 18302/69 - que amplió el número de organismos del Estado que podían establecer gastos reservados- (Diario de Sesiones, 2005: 207). Disponibles en: <http://www.saij.gob.ar/18302-nacional-ley-secretaria-sobre-gastos-reservados-secretos-lns0005096-1969-07-31/123456789-0abc-defg-g69-05000scanyel>

reglamentar el Congreso, mucho menos podía interferir en su anulación (Diario de Sesiones, 2006: 86).

Como contrapartida, una posición minoritaria realizó una defensa del principio de publicidad en un sentido “fuerte” (Vallefn, 2017). De acuerdo con esta, dicho principio se deriva de un mandato constitucional, rige toda atribución de gobierno y autoriza al Congreso a reglar la materia, aun cuando implique decidir sobre la esfera de actuación de los otros poderes (Diario de Sesiones, 2006: 120).

Finalmente, el contenido de la ley 26134 alcanzó sólo a las leyes secretas, estableciendo la difusión de aquellas dictadas en el pasado y prohibiéndolas de manera absoluta hacia el futuro. Sin embargo, tal discusión dejó planteadas ciertas preocupaciones sobre la discrecionalidad y falta de control sobre los decretos secretos.

III.1. Derogación de los decretos secretos y la sistematización de excepciones al principio de publicidad

Algunas de estas preocupaciones fueron paulatinamente respondiéndose. Por ejemplo, el decreto 4 de enero de 2010⁷ desclasificó parte importante de la información y documentación de seguridad vinculada con el accionar de las FFAA desde 1976 a 1983. Asimismo, organismos de DDHH lograron acceder a documentos emitidos por funcionarios/as del gobierno militar que incluyen no sólo decretos, sino también resoluciones ministeriales, cables, cartas, notas.⁸ Para intercambiar documentación y esclarecer casos de violaciones a los derechos humanos ocurridas durante las dictaduras, nuestro país firmó Memorándums de Entendimiento con la República Oriental del Uruguay, Brasil y Chile (2012-2014); mientras que otros Estados

⁷ Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/4-nacional-releva-clasificacion-seguridad-toda-documentacion-informacion-vinculada-accionar-fuerzas-armadas-entre-aos-1976-1983-dn2010000004-2010-01-05/123456789-0abc-400-0000-0102soterced?q=%28numero-norma%3A4%20%29&o=3&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legisla%F3n/Decreto%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia/Vigente%2C%20de%20alcan%20general%7CAutor%7CJuridicci%F3n/Nacional&t=4>

⁸ Véanse los documentos recopilados por el *Grupo de Trabajo de la Comisión de Relevamiento para la Recuperación de la Memoria Histórica* creado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, en coordinación con el *Archivo Histórico de Cancillería y la Dirección de Tecnología Informática y Comunicaciones Asociadas* en el sitio <http://desclasificacion.cancilleria.gob.ar/acerca-de-este-buscador>

entregaron parte de sus documentos clasificados vinculados con la dictadura local (por ejemplo, aquellos entregados por el Gobierno de Estados Unidos en 2019⁹).

Con el objetivo de dar cierre a esta lista de decisiones parciales, en 2012 el PE (a cargo de Fernández de Kirchner), mediante el decreto 2103, ordenó desclasificar y publicar todos los decretos y decisiones administrativas de carácter reservado o secreto dictados hasta el momento por el PE y Jefe de Gabinete.¹⁰ Pero en una remisión a las leyes de inteligencia vigentes, se limitó su divulgación y uso futuro, exceptuando de publicidad los documentos referidos a defensa nacional, seguridad interior o política exterior, y los relacionados con el conflicto bélico del Atlántico Sur o cualquier otro de carácter interestatal (art. 1).

Este decreto es importante por varias razones. En primer lugar, porque impuso un claro límite a la práctica de clasificación de información discrecional por parte del PEN que había sido común durante años. Para ello, reconoció un criterio de desclasificación general y, excepcionalmente, validó el secreto ante situaciones críticas que ponen en riesgo la estabilidad y seguridad de la Nación.

En segundo lugar, el decreto 2103 precisó una idea que ya estaba presente en debates precedentes: que lo relevante con la información clasificada no es sólo el órgano que la dictamina (Congreso, PE, etc.), sino también el contenido de aquello que se resguarda. Este argumento da cuenta de la importancia del principio de publicidad y máxima divulgación de los asuntos de Estado; pero también, reconoce que dicho principio no es absoluto y, por lo tanto, es necesario delimitar sus excepciones. Esto último, para no dejar la cuestión librada a discreción del PE u otro organismo público.

Para comprender los alcances de esta norma, debemos leerla en conjunto con la ley 27275 de Acceso a la Información Pública¹¹, el decreto 9390/1963 sobre secretos

⁹ Véanse los documentos en el sitio <https://www.intel.gov/argentina-declassification-project>

¹⁰ Decreto 2103, recuperado en: <http://www.saij.gob.ar/2103-nacional-dejase-sin-efecto-caracter-secreto-reservado-decretos-decisiones-administrativas-dictados-poder-ejecutivo-nacional-jefe-gabinete-ministros-excepciones-dn20120002103-2012-10-31/123456789-0abc-301-2000-2102soterced?q=%28numero-norma%3A2103%20%29&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n/Decreto%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia/Vigente%2C%20de%20alcance%20general%7CAutor%7CJurisdicci%F3n/Nacional&t=3>

¹¹ La CSJN ha sostenido que el decreto 2103/2012 debe leerse en función del principio de máxima divulgación receptado en la Ley de Acceso a la Información Pública. En dicho texto, la Corte reconoce la

militares y las sucesivas leyes de Inteligencia Nacional dictadas en nuestro país (ley 25520 del año 2001, la reforma 27126 del año 2015 y sus decretos reglamentarios). Estas normas se complementan para especificar los presupuestos y procedimiento que rigen al secreto de Estado en la actualidad.

La ley 27275 de acceso a la información pública consagró formalmente el principio de publicidad en el año 2016, admitiendo la máxima divulgación y acceso a toda información o documento de interés público. Asimismo, estableció una lista de excepciones, cuya lectura debe ser taxativa y restringida. El espíritu de la ley es que cualquier excepción debe ser estipulada en términos claros y precisos, obligando a la persona a quien se requiere la información a demostrar la validez de la restricción (arts. 1 y 7).

Tales situaciones son especificadas en el art. 8, cuyo inciso a) refiere expresamente a los asuntos de seguridad y defensa nacional, al admitir la no divulgación de “información expresamente clasificada como reservada, confidencial o secreta, por razones de defensa o política exterior”.¹² Sobre el tema, cabe hacer algunas aclaraciones.

En primer lugar, que la excepción incluye a toda aquella información calificada como reservada de manera “expresa”, aunque no existe normativa que especifique requisitos de clasificación de la información (Pérez, 2016: 48). Una de las únicas normas que contiene una enumeración taxativa de temas que deben clasificarse es el decreto 9390 de 1963. En su art. 1 define al “secreto militar” como aquella “noticia, informe, material, proyecto, obra, hecho, asunto que deba, en interés de la seguridad nacional y de sus medios de defensa, ser conocidos solamente por personas autorizadas y manteniendo fuera del conocimiento de cualquier otra” (art. 1) y a la “seguridad

existencia de decretos secretos y las negativas del PE a los pedidos de acceso a la información, pese al criterio de desclasificación general declarado, y el cambio sustancial en las normas sobre el tema. Por ello, destaca la necesidad de un acto formal y explícito que disponga y explique a la sociedad las razones por las que estos no se divulgan. “*Savoia, Claudio Martín vs. Estado Nacional y otro s. Amparo Ley 16986*” 07/03/2019; Rubinzal Online; 315/2013 RC J 1154/19 (CSJN, 2019).

¹² Los demás incisos del art. 8 establecen otros supuestos de información que puede mantenerse en reserva. Algunos refieren al buen funcionamiento del sistema económico o político, como sucede con los incisos b, c y m. Otras excepciones protegen la práctica de las instituciones encargadas de investigar y perseguir cierto tipo de delitos específicos, como ser, los incisos e, f, g, k y l. Finalmente, los incisos d, h, i y j incluyen supuestos en los que la divulgación de información puede vulnerar otros derechos individuales o frustrar alguna actividad de índole privada. No profundizamos en estos supuestos, dada su lejana vinculación con los temas de seguridad y defensa nacional que nos interesan.

nacional” como aquella “situación en la que los intereses vitales de la Nación se hallan a cubierto de interferencias y perturbaciones sustanciales” (art. 2).

Como su contenido puede ser objeto de interpretación discrecional, el decreto enumera taxativamente la información que debe reservarse y una serie de normas que contribuyen para calificarla.¹³ Durante años – y hasta la fecha- este decreto acompañó la interpretación de la práctica del secreto de Estado y, fundamentalmente, la aplicación de sanciones por violación al secreto. Sin embargo, la definición última de dichos temas persistió en manos del criterio de las autoridades o el personal competente del área correspondiente.

De su redacción, también surge que la excepción incluye a toda la información producida por organismos y funcionarios/as afectados a la defensa y política exterior, como las FFAA, áreas de policía provincial y federal, gendarmería y los servicios de inteligencia. Por eso, para delimitar las actividades y la lista de organismos públicos que gozan del privilegio de clasificación, es necesario remitirse a la enumeración que realizan las leyes de Seguridad Interior (24059) y de Defensa Nacional (23554).

Complementariamente, la ley de inteligencia nacional estableció en 2001 el carácter y procedimiento que atraviesa la información clasificada que obre en poder de alguno de los organismos que componen el sistema de inteligencia.¹⁴ Como se dijo, sus autoridades pueden clasificar información en función de las causales previstas por ley; y su desclasificación puede solicitarse ante el PE (o funcionario/a en quien delegue expresamente tal facultad) siempre y cuando se acredite un interés legítimo (art. 16). Tal protección se aplica aun cuando fuere información puesta en conocimiento de la justicia en el marco de alguna causa o de la CBI. Así, cualquiera que accede al secreto, sea por integrar una comisión de control o por encontrarse afectada a investigación judicial

¹³ En su Anexo, enumera elementos de juicio que sirven para definir si un asunto debe ser considerado secreto militar, como ser, su naturaleza, origen y procedencia, el interés militar existente, la accesibilidad del tema, el factor tiempo y la conveniencia de clasificación. Asimismo, enumera un alista de temas (no exhaustiva) que son consideradas secreto militar, por ejemplo: el estado moral, material, grado de instrucción y/o eficiencia, planes, estudios, reconocimientos, proyectos, ejercicios, maniobras, organización, preparación, distribución, destacamentos, arsenales, movimiento de tropas, entre otras cosas, *cuando resulten vitales para la preparación y empleo de las FFAA*; los planes de Defensa Nacional y la política de la Nación de interés militar, y datos de operaciones, movilización, proyectos, planes, etc. que sean relevantes para tales fines.

¹⁴ Véase la ley 25520 de Inteligencia Nacional de 2001 y las modificaciones introducidas por la ley 27126 y decretos reglamentarios en: <https://www.argentina.gob.ar/inteligencia/institucional/normativa>

o actividad de inteligencia, debe resguardar la confidencialidad hasta tanto no se levante el secreto de manera oficial por parte del PE.

Seguidamente, el art. 16 bis distingue tres grados de seguridad de la información: secreta, confidencial, y pública. Es secreta “toda información, documento o material cuyo conocimiento por personal no autorizado pueda afectar gravemente los intereses fundamentales u objetivos vitales de la Nación”. Confidencial incluye a “toda información, documento o material cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda afectar parcialmente los intereses fundamentales de la Nación o vulnerar principios, planes y métodos funcionales de los poderes del Estado”. Y, finalmente, pública es la “documentación cuya divulgación no sea perjudicial para los organismos del Sistema de Inteligencia Nacional y que por su índole permita prescindir de restricciones relativas a la limitación de su conocimiento (...)”. Es de destacar que la primera ley de inteligencia sancionada en 2001 (ley 25520) distinguía cinco categorías, autorizando la reserva en función de la “conveniencia”.¹⁵ Pero, dada la contradicción de la norma con la pretensión de máxima taxatividad del secreto, la reforma de 2015 redujo la lista a las tres categorías mencionadas, justificadas en función del compromiso con valores públicos concretos.

Por último, la ley de inteligencia establece un plazo de desclasificación que debe ser reglamentado para cada categoría pero que, en ningún caso, puede ser inferior a los 15 años (art. 16 ter).

Finalmente, esta estructura legal se completa con los arts. 222 y 223 del Código Penal (incorporados bajo el título IX de los “delitos contra la seguridad de la Nación”), que sancionan a quien “revelare secretos políticos, industriales, tecnológicos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación”, agravando los mínimos cuando el delito fuere cometido por personal militar en ejercicio de funciones (agravante incorporada por el Código de Justicia Militar en 2008).

¹⁵ La redacción original, incorporada por decreto 950/2002, distinguía cinco grados de clasificación: estrictamente secreta y confidencial, secreta, confidencial, reservada y pública (art. 10).

III.2. Los límites al secreto en caso de peligro para la seguridad nacional u otro bien público

De lo anterior, surge que existe una ley de Acceso a la información Pública que reconoce un derecho amplio de publicidad y enumera, aunque sea de manera genérica, las razones de defensa y política exterior que justifican el secreto. Luego, diferentes leyes ordinarias organizan a los servicios de inteligencia y al personal de seguridad para el ámbito interno y externo, delimitando el tipo de documentos y actividades que pueden ser divulgados, así como las autoridades encargadas de su clasificación, y las sanciones para los delitos de violación del secreto. Pero para evitar abusos por parte de los organismos involucrados, se han establecido algunos límites.

Por un lado, el mismo artículo 8 de la ley de acceso a la información pública sostiene que las excepciones no son aplicables en “casos de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad”. Esta previsión es resultado de una serie de expresiones en el mismo sentido por parte de jurisprudencia internacional, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶.

Igualmente, la ley de inteligencia nacional reconoce la plena vigencia de los derechos y garantías constitucionales prohibiendo el uso de inteligencia:

a) para realizar tareas represivas, poseer facultades compulsivas, cumplir funciones policiales o de investigación criminal (art. 4, inc. 1). Cabe mencionar que la redacción original del artículo establecía la salvedad de hacer dichas actividades con pedido y autorización judicial. Su eliminación en la reforma de 2015 implicó la quita de potestades operativas de índole policial e investigación criminal a los servicios de inteligencia (limitando su actividad al análisis de datos que otros organismos de persecución producen); así, se circunscribió la dispensa judicial para intervención de comunicaciones telefónicas, postales y cualquier otro sistema de transmisión o registro no accesible al público, áreas de la intimidad que son, en principio, inviolables (art. 5).

b) por razones políticas, de raza, fe religiosa, acciones privadas o actividades sindicales y laborales (inc. 2). Según la Asociación de Derechos Civiles (ADC, 2015), esta

¹⁶ Caso Myrna Mack Chang, 25/11/2003, Serie C, Nro. 101 / (Corte Interamericana de DDHH 2003), párr. 180-182.

norma buscó contrarrestar la injerencia que tuvieron los servicios de inteligencia durante el período que va de 1955 a 1983.

c) para influir en la situación institucional, militar, policial, social y económica del país, etc. (inc. 3).

Asimismo, la mencionada reforma de 2015 previó un Banco de Protección de Datos y Archivos de Inteligencia, responsable de garantizar las condiciones y procedimientos en recolección, almacenamiento, producción y difusión de información (art. 16 quinquies). Dicho banco, con sus respectivos controles, garantiza el cumplimiento de derechos constitucionales, asegura la destrucción de información privada una vez que ya no sirve al fin previsto, e impide su almacenamiento en función de raza, religión u opinión política.

Finalmente, la ley de acceso a la información pública establece un último límite, al conceder que particulares puedan requerir información “para evaluar las políticas de seguridad, defensa y relaciones exteriores; así como aquella que no represente un riesgo real para los intereses protegidos” (inc. a, art. 8). Sin embargo, el inciso también se ha prestado a interpretación discrecional. Por ejemplo, en 2017, la Agencia Federal de Inteligencia (AFI) se negó a dar información sobre acuerdos y personal afectado a las tareas de inteligencia (es decir, información vinculada al plan de seguridad, pero no a su distribución o movimientos), requerida por la Iniciativa Ciudadana para el Control del Sistema de Inteligencia (ICCSI).¹⁷

En resumen, acotadas las potestades de dictar leyes y decretos secretos, la discusión ha girado en torno a los alcances de las excepciones vigentes al principio de publicidad. Las reformas de los últimos 20 años cercenaron la potestad clasificatoria de algunos órganos de gobierno y especificaron la lista de excepciones en las que se justifica el secreto. En dicho desarrollo, la posibilidad de clasificar información se ha ido concentrando, por un lado, en los servicios de inteligencia y fuerzas de seguridad, dado el tipo de tareas que realizan, vinculadas con la defensa y la seguridad de la Nación; y, por otro lado, en el PE, con facultad de hacer uso de dichos organismos. Por ello, el último apartado repasa el modo en que se ha construido tal escenario.

¹⁷ Véase el pedido y la resolución de Cámara en: <https://www.cels.org.ar/web/2017/09/accion-judicial-contralaafi-para-que-haga-publica-informacion-que-mantiene-ilegalmente-bajo-reserva/>

IV. Las tareas de inteligencia y los intentos por democratizar el secreto

Los servicios de inteligencia de la Nación, creados en 1946 durante el gobierno de Perón, operan en Argentina como un brazo fundamental del gobierno en la defensa de los intereses nacionales. Dado el tipo de tareas que realizan –recolección, procesamiento y análisis de información vinculada con la defensa exterior y la seguridad interna– su eficiencia estuvo siempre atada al secreto. Por ello, la historia de los servicios y agentes de inteligencia ha gozado siempre de un velo que lo protege del control de la ciudadanía y de la mirada de otros organismos del Estado.

Al momento de su creación, se componían de personal civil bajo el nombre “Coordinación de Informaciones del Estado”, (Decreto 0337/46), encargado de dotar al gobierno de información necesaria para los asuntos de Estado. En 1955 pasó a llamarse Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) (Decreto 776/56), y el cambio de nombre fue acompañado por una importante modificación en su personal y estructura. Ya que fue cubriéndose de personal militar y, por ello, desempeñó un rol activo durante la dictadura militar, con una agenda represiva alineada a la del gobierno y las FFAA.¹⁸

Al regirse por decretos secretos, históricamente ha mantenido vínculos con el PE. Sin embargo, su composición y la confidencialidad de sus tareas, le ha permitido gozar de cierta independencia respecto del gobierno de turno. Según la ADC, ambos rasgos han conducido la inteligencia nacional: autonomía y subordinación (2015: 8). Aunque parezca contradictorio tiene, por un lado, una estructura autoritaria con agenda propia y, por el otro, un compromiso de dependencia y sumisión con el gobierno central.

En los últimos 25 años, los servicios de inteligencia nacionales atravesaron numerosas reformas, tanto a nivel organizacional como en la transparencia y manejo de sus actividades. Dicho proceso implicó, en los últimos 5 años, la reconfiguración completa de sus principales secretarías y mecanismos de control.

¹⁸ La participación militar en el organismo ha sido siempre constante, salvo un breve período entre 1983 y 1989, en el que Alfonsín designó un abogado laboralista a cargo de la SIDE, desligando a 860 agentes de sus cargos y designando a cambio personal civil (ADC, 2015).

IV.1. La reorganización de los servicios de inteligencia y el secreto

Desde el retorno de la democracia al país y hasta 2001, la SIDE operó en un contexto de denuncias e irregularidades permanentes. Las principales se suscitaron en torno a las investigaciones sobre el atentado de la AMIA y el aumento de inversión en inteligencia de manera reservada. Ambos antecedentes sacaron a la luz el tráfico de influencias y sobornos que dicho organismo ejercía sobre fiscales, miembros del PJ y periodistas. Asimismo, se cuestionaban algunas de sus prácticas, como el uso de identidades falsas por parte de agentes de inteligencia, el espionaje ilegal y los intentos extorsivos sobre agentes de otras áreas de gobierno¹⁹.

En materia de secreto, sus documentos y expedientes se clasificaban por decisión de “autoridades competentes”, sin mucha previsión respecto del modo en que debían resguardarse, procesarse y desclasificarse. Tampoco existía un procedimiento interno que garantice la preservación de la información, ni nomenclatura que permita ubicarla con facilidad. Sus actas o decisiones no eran publicadas o difundidas a través del BO (como sí sucede con las sesiones del Congreso, las leyes y los decretos secretos). Puede graficarse la relación de los servicios de inteligencia con la información en una referencia del exdirector de la SIDE durante el año 2000, Darío Richarte, para quien la documentación que producía la Secretaría “(...) como es secreta se destruye” (Nazar, 2003: 4).

Los primeros cambios en su estructura se implementaron con las leyes 23554 de Defensa Nacional y 24059 de Seguridad Interior (de 1988 y 1991 respectivamente). En un intento por despojar a las FFAA del poder de control e inteligencia sobre la ciudadanía local (y evitar los abusos de años anteriores), ambas leyes precisaron las amenazas y actividades pertinentes de cada área: interna y externa. Según tal definición, la ejecución y control de la defensa nacional comprende actividades necesarias para enfrentar agresiones de origen externo, procurando garantizar la soberanía, independencia, integridad territorial y capacidad de autodeterminación de la Nación, así como la vida y libertad de sus habitantes; tanto en tiempos de paz como de guerra (ley 23554, arts. 2 y 3). Complementariamente, la ley 24059 estableció las bases para

¹⁹ Sobre estas irregularidades, véanse los informes de INCLC (AA.VV., 2016) y ADC (2014, 2015).

planificar, coordinar y controlar la policía nacional, que garantiza la seguridad interior e incluye el resguardo de la libertad, vida y patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones (art. 2). Estos avances estructuraron a las fuerzas de seguridad e inteligencia. Sin embargo, la práctica de confidencialidad a discreción de sus autoridades se mantuvo.

La sanción de la ley de inteligencia en 2001 avanzó en el tratamiento de estos temas, tanto organizacionales como de transparencia. En contradicción con las leyes de defensa y seguridad, vinculó nuevamente ambas esferas separando, en cambio, la inteligencia “militar” de la inteligencia “criminal” (la primera, a cargo de una Dirección Nacional de Inteligencia Estratégica Militar dependiente del Ministerio de Defensa, y la segunda, a cargo de una Dirección Nacional de Inteligencia Criminal, dependiente del Ministerio del Interior). La dirección general quedó en cabeza de la SIDE, ente que pasó a monopolizar toda la actividad de inteligencia del país (incluidas áreas de inteligencia del ejército, fuerza aérea, policía federal, policías provinciales, etc.).

La asignación de fondos siguió a cargo de reglamentaciones del PE. Pero se diseñó un Consejo Interministerial convocado por el PE, encargado de asesorar la planificación y estrategias de inteligencia nacional; y una Comisión Bicameral de Fiscalización permanente - ya mencionada - con facultades para controlar, recomendar e informar sobre la actividad de los organismos de inteligencia nacional, incluida aquella vinculada a los “fondos reservados”. Esto estableció por primera vez algún tipo de control externo sobre los servicios de inteligencia.

Los años que siguieron a la sanción de estas leyes revelaron que la SIDE mantenía sus prácticas ilegítimas, amparadas por el secreto. Esto fue evidente en las investigaciones en torno al atentado a la AMIA en las que, entre otras cosas, agentes estatales llevaron adelante interrogatorios, escuchas telefónicas y registros que no podían ser usados como prueba ante un tribunal (AA.VV., 2016). En 2015, y conocida la muerte del fiscal que llevaba a cabo la investigación del atentado, nuevamente se puso en agenda el problema de la relación de los servicios de inteligencia con el PE y su actividad secreta.²⁰ Estas discusiones redundaron en sucesivos decretos de

²⁰ El desarrollo de la causa AMIA es determinante en materia de secreto de Estado e inteligencia. Los sucesivos intentos por levantar el secreto de los expedientes de la SIDE, los compromisos sobre uso de

desclasificación de archivos vinculados con la causa²¹ y en la reforma del sistema de inteligencia nacional, mediante ley 27126. Esta última procuraba, entre otras cosas, aplicar al personal de los servicios de inteligencia las mismas reglas y procedimientos que al personal de la justicia en general, así como dotar de transparencia a su mecanismo de ingreso, planteos operativos y plan de inteligencia general. La ley también disolvió la SIDE y creó la Agencia Federal de Inteligencia (AFI), ubicada por encima de todos los demás organismos y direcciones previstos en la ley anterior. Asimismo, trasladó dentro de su órbita la dirección y control de todas las actividades de los organismos de inteligencia dependientes del Ministerio del Interior, incluyendo las tareas de la Policía Federal, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval, Policía de Seguridad Aeroportuaria y la del Servicio Penitenciario Federal.

Con estas reformas, se acotó el tipo de delitos en los que pueden intervenir los servicios de inteligencia, separando la AFI de áreas que habían sido problemáticas en el pasado, como la oficina encargada de interceptaciones telefónicas (DOJ) (art. 17). Al ubicar a la DOJ en el ámbito del PE o del PJ, procura someter sus actividades a múltiples controles. Las mismas revisiones se incorporaron en relación con la asignación de fondos, haciendo pública la partida y distribución correspondiente a inteligencia, y autorizando la reserva sólo en razones de seguridad, pero siempre que se garantice una adecuada rendición y preservación de la documentación respaldatoria (art. 19).

IV.2. Avances y retrocesos de los servicios de inteligencia en materia de acceso a la información

Aunque novedosa, la reforma de 2015 también implicó algunos retrocesos. Por ejemplo, en lo que hace a sus atribuciones, insistió en entrecruzar en la autoridad máxima (AFI) tareas operativas de investigación criminal y tareas de inteligencia criminal (centralmente, análisis de datos e información). Según especialistas, esto facilita relaciones poco transparentes entre la estructura de inteligencia y el poder

fondos reservados asumidos a nivel estatal (decreto 812/2005) y las decisiones del PE vinculados al tema pueden verse en:

https://www.amia.org.ar/Amia/upload/download/2016/08/16/download_147134680681.pdf

²¹ Decretos 395/15, 229/17 y 213/20 disponibles en: <http://www.saij.gob.ar/>

judicial, que inevitablemente debe recurrir a la AFI para llevar a cabo sus investigaciones (CELS, 2015).

El funcionamiento de la CBI ha sido, en la práctica, también variable. Su actividad supo ampararse en el secreto y, hasta hace poco tiempo, sus reuniones y agenda de trabajo no eran divulgadas en el sitio web del Congreso.²² Inclusive, un documento realizado en 2014 por la ADC informaba que los/las diputados/as en ejercicio no habían recibido nunca copia del único informe anual que la comisión debe elevar al Congreso (cuya calificación es también secreta) (2014). En el año 2020, el trabajo de la Comisión comenzó a publicitarse, difundiendo sendos informes sobre la investigación de espionaje ilegal y el control de las actividades de inteligencia del país.

Por otro lado, la posibilidad que tiene dicha Comisión de acceder a información sobre las actividades de inteligencia también queda sujeta a los recaudos del secreto y confidencialidad. Durante años, esto dio a entender que requería de una autorización efectuada por la SIDE o el PE. En palabras de Ugarte (2012), se subordinó la realización de actos de control a la voluntad de quien es controlado (ADC, 2014). En esa línea, la misma Comisión objetó en el año 2021 que la ley vigente impide controlar con efectividad las actividades de inteligencia. Esto es así porque habilita a revisar sus actos *post facto*, pero no a realizar un control anterior y de tipo preventivo. Para remediarlo, sugiere reformar la ley, dotando a la Comisión de la facultad de levantar el secreto de actuaciones e iniciar investigaciones de oficio.²³

Asimismo, la clasificación legal de información en tres grados de seguridad (secreta, confidencial y pública) se enunció en términos “abiertos”, lo cual deja lugar a interpretaciones por parte de la autoridad. O, mejor dicho, mantiene en las autoridades de inteligencia y el PE la discrecionalidad de decidir acerca de la conveniencia o no de su reserva. La experiencia de pedidos de desclasificación emprendidos por organismos no gubernamentales revela que se recurre a la protección de la seguridad y defensa

²² <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/info/104>

²³ “Informe sobre espionaje Ilegal 2016-2019”, de la Comisión Bicameral de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia, pp. 330-331.

nacional para denegar el acceso a información, con poco margen para revisar dicha decisión o su justificación²⁴.

Asimismo, aunque la asignación de gastos pasó a ser pública, se mantuvieron ciertas partidas de carácter reservado; y, en definitiva, todo control por parte de la CBI, puede ser trabado o destrabado por el PE.

Desde su creación en 2016, la AFI también ha atravesado numerosas reformas. En 2016, mediante decreto 656, el gobierno de Mauricio Macri delegó en el organismo la aprobación de su estructura orgánica. Asimismo, aprobó un nuevo Estatuto para su personal y dispuso la eliminación del régimen de administración de fondos establecidos por la ley de inteligencia. De esta manera, se reestableció el carácter secreto del presupuesto y estructura interna del organismo más allá de las necesidades funcionales.

El funcionamiento de dicho organismo en los años posteriores (2016 a 2019) ha sido seriamente cuestionado. El informe de la CBI emitido en 2020 informa que durante dicho período, la excusa del “secreto por riesgo para la seguridad nacional” sirvió para mantener prácticas de espionaje ilegal a opositores políticos, producir información para incidir en procesos judiciales, difundir información a medios de comunicación y desprestigiar o extorsionar a particulares. Asimismo, un informe del CELS sobre DDHH en Argentina (2019) señala graves irregularidades cometidas por dicho organismo (como el espionaje político y la recopilación de datos de activistas), así como la utilización de la excusa del secreto para no responder u ofrecer información recortada sobre sus actuaciones. En otras palabras, desde 2016 fueron nuevamente secretas la normativa, estructura, lista de personal, planeamiento de tareas, ejecución de fondos e información producida por la AFI.

Entendiendo que esto interrumpía la tendencia hacia la democratización emprendida en los últimos años, en diciembre de 2020 el decreto 52 del PE (a cargo de A. Fernández) dispuso la intervención de la AFI. Esto implicó facultar a un interventor a “tomar todas las medidas necesarias para reordenar y rediseñar el sistema de inteligencia nacional” y adecuarlo a los preceptos constitucionales. Esto es, diseñar su estructura y presupuesto de manera que pueda cumplir con su misión institucional

²⁴ Véanse los documentos del CELS (2019) y de ICCSI (Iniciativa Ciudadana para el control del Sistema de Inteligencia): <https://iccsi.com.ar/>

natural, con adecuación a los estándares constitucionales e internacionales vigentes. Una de las recomendaciones específicas en dicho decreto fue deslindar del presupuesto toda aquella partida que sea necesaria para su normal funcionamiento, y destinar el resto a políticas culturales y educativas. De este modo se evitaría la asignación de fondos extraordinarios de manera reservada.

En los últimos años, entre otras cosas, la intervención de la AFI implicó la aprobación de un nuevo Código de Ética para su personal y la propuesta de control y auditorías por parte del Síndico General de la Nación (SIGEN). Asimismo, mediante decreto 214, en 2020 se eliminó de la ley de inteligencia la controvertida permisión de participar, excepcionalmente, como auxiliares de la justicia en investigaciones criminales. Como se mencionó, esta práctica había fomentado vínculos espurios con el poder judicial, afectando su independencia y la parcialidad que debiera regir la labor de los servicios de inteligencia.

En los últimos dos años, la actividad de la CBI como ente de contralor se percibe más efectiva, con la difusión de los informes mencionados y actualización de reuniones en la agenda parlamentaria. Sin embargo, sus facultades son todavía limitadas cuando se las compara con las de los organismos de inteligencia, que pueden decidir y ejecutar actividades con el amparo del secreto sin control previo.

En ese sentido, el nuevo Proyecto de Ley de Inteligencia, presentado en 2020 por el Consejo Consultivo de la intervención de la AFI²⁵, refuerza la vigencia del principio de publicidad como regla, en todo lo relacionado a sus actividades, documentación, información producida, almacenada y reglamentaciones; y, por otro lado, redefine las categorías de clasificación de información, así como los procedimientos y plazos de desclasificación. Todo esto, para adecuarlos a estándares internacionales y eliminar las lagunas y contradicciones subsistentes en la legislación nacional. Especialmente, el proyecto refuerza las reglas de acceso a información secreta por parte de las autoridades judiciales y la CBI, para así romper la dependencia de los organismos de inteligencia respecto del PEN. En esa línea, propone la creación de un Consejo Revisor de

²⁵ Disponible en <https://www.ilsed.org/wp-content/uploads/2021/06/Proyecto-Ley-de-inteligencia-Consejo-consultivo.-Version-final-Oct.2020-3.pdf>

la Clasificación de Información, que controlaría de manera interna lo vinculado con la regulación del secreto, la clasificación, desclasificación y el acceso a la información.

V. Conclusiones

Señalamos que durante años la discusión estuvo centrada en la justificación del secreto en el recinto parlamentario, así como en el contenido de sus leyes. Igualmente, el avance de un modelo de democracia inclusiva y los DDHH a nivel global fueron configurando un escenario propicio para eliminar el secreto y favorecer un marco legislativo de mayor publicidad de los actos de gobierno. A nivel local, esto implicó la sanción de numerosas normas de desclasificación de información y, fundamentalmente, el reconocimiento de un sistema de acceso a la información pública amplio, con un principio de publicidad que funciona como regla y reducidas excepciones cuya enunciación debe ser clara y precisa.

Sin embargo, en la práctica, la potestad de clasificar información ha persistido, concentrándose en manos del PE y en los servicios de inteligencia. Éste último, un organismo cuya estructura y funcionamiento es muy discutido en democracia.

Desde que fueron creados, los servicios de inteligencia mantuvieron gran parte de sus actividades en secreto, así como una relación de subordinación compleja con el gobierno ejecutivo. Las sucesivas leyes dictadas en la materia no han resuelto tal problema, ya que sostuvieron antiguas prácticas acusadas de ilegales o arbitrarias. Como ser, la imposibilidad de requerir a funcionarios/as de inteligencia a aportar sus testimonios o dar información en procesos judiciales, o las prácticas de interrogatorios y espionaje no autorizado, que han impedido su uso ante los tribunales. Esto impidió esclarecer algunos de los hechos más violentos que atravesó la sociedad; y tragedias como el atentado a la AMIA, el ataque terrorista más grave de nuestra historia, lleva más de 25 años de investigación sin resultados ciertos.

Asimismo, los intentos por circunscribir el secreto a ciertas áreas vitales para la Nación y la defensa de su soberanía, sirvieron para estructurar las instituciones dedicadas a inteligencia y seguridad del país. Sin embargo, son organismos que suelen eludir dichos límites, llevando adelante tareas cuya evaluación e identificación es

también difícil de circunscribir. La práctica indica que recurren a la protección de la seguridad nacional como excusa para negar el acceso a información sobre sus actividades o para su difusión parcial, sin posibilidad de revisar dichas decisiones o su justificación.

Por otro lado, subsiste un amplio margen de discrecionalidad para que el PE o autoridad encargada clasifique información en función de la interpretación que haga de los términos de “seguridad” y “defensa”, sin obligación de fundamentación mayor. Se han establecido mecanismos de resguardo de datos, para el caso de futuro requerimiento por parte de autoridad competente o particular: por ejemplo, foliación, marcación de seguridad y resguardo en bóveda del organismo en cuestión. Sin embargo, la categorización de información en tres grados de seguridad se enuncia en términos “abiertos” que dan lugar a interpretaciones discutibles.

Finalmente, la negativa a brindar o desclasificar información por parte de la autoridad tampoco habilita alguna instancia de reclamo formal. La única vía es el transcurso de 15 años (piso mínimo para cualquiera de los grados de clasificación) el cual ha sido señalado como verdaderamente excesivo (CELS, 2015: 7).

Estos problemas se suman a otra larga lista de cuestionamientos que existen en torno a los servicios de inteligencia en nuestro país. Por ejemplo, la asignación de su partida presupuestaria, los procesos de designación de personal y la poco clara enunciación de actividades y agentes cuya identidad debiera mantenerse en reserva o el entrecruzamiento entre potestades de investigación y análisis de datos.

Asimismo, la estructura que adoptaron nuestros servicios de inteligencia a lo largo de los años y su relación con el secreto, afectó otras capas del sistema de gobierno, como la independencia del poder judicial, el buen funcionamiento de las fuerzas de seguridad a nivel interno y la capacidad de investigación criminal de la justicia federal.

Para contrarrestarlo, es útil habilitar mecanismos de control que concedan al PJ o al PL la posibilidad de revisar la información que maneja el PE y las actividades de inteligencia. Esto se sustenta en la idea republicana de que, para proteger la libertad e impedir arbitrariedades, es necesario conceder a la comunidad la posibilidad de disputar las decisiones de la autoridad política (Pettit, 1999), sea de manera directa o a través de los diferentes poderes del Estado.

Pero según nuestras leyes vigentes, el control judicial previo sólo sucede cuando existe requerimiento específico de autorización judicial para proceder a alguna práctica de inteligencia e investigación. Ningún tribunal de la Nación puede levantar el secreto ordenado por el PE o el principal organismo de inteligencia (sólo excepcionalmente, la CSJN autorizó a jueces a acceder a determinada materia clasificada). Inclusive, cuando la información es suministrada a la justicia en el marco de una causa (a instancias de una expresa desclasificación del PE) o cuando es requerida por la comisión parlamentaria de control, el secreto mantiene su estricta obligatoriedad.

La inclusión de una comisión parlamentaria (CBI) resultó un gran avance en materia de control. Sin embargo, su funcionamiento revela la necesidad de fortalecer sus atribuciones. Se trata de un órgano compuesto por funcionarios/as que no son especialistas en materia de investigación e inteligencia, ni ejercen un rol permanente, ya que duran 2 años en el cargo (CELS, 2015). Inclusive, existen estudios que revelan su histórica conformación por miembros del partido oficialista, lo cual ha debilitado su capacidad de vigilancia (Bieda, 2013).

Asimismo, la CBI tampoco tiene garantizado un rol verdaderamente efectivo. Aunque en los últimos dos años su actividad ha dado un importante giro, de mayor fiscalización sobre las actividades de inteligencia, la legislación vigente impone serios límites a sus potestades de investigación y control. Como se dijo, puede revisar retroactivamente actividades del organismo de inteligencia; pero para prevenir prácticas ilegales o abusivas es necesario un control previo. En esa línea se expresan las sugerencias elaboradas por la misma CBI en los últimos años y por el Consejo Consultivo de la AFI en el Proyecto de Ley de Inteligencia.

Todo esto refuerza la idea de que las autoridades del principal organismo de inteligencia y el PE mantienen la potestad discrecional de decidir sobre la conveniencia o no de reservar información, así como la cuestión vinculada a su reglamentación interna y control de fondos. Las reformas de los últimos años en los servicios de inteligencia ponen en evidencia dicho problema. Pese a los avances suscitados a partir de la intervención de la AFI en 2019, la gestión de su estructura, designación y partidas presupuestarias persiste en manos del PE. Recientemente, se ha sugerido someter su actividad a auditorías regulares a cargo de SIGEN. Sin embargo, se trata de un auditor

interno del PE, cuya designación y funcionamiento depende enteramente del oficialismo, sin participación ciudadana ni de la oposición. En ese sentido, se insiste en diseñar controles internos y verticales, por encima de otros que garantizan mayor legitimidad: parlamentarios y judiciales.

En definitiva, nuestro país relegó la discusión sobre la legitimidad del secreto parlamentario y los decretos secretos, para abonar una mucho más problemática. Ya que, en cambio, promovió dichas prácticas en manos de órganos unipersonales de gobierno u organismos que no son electos popularmente ni sometidos a controles públicos; pero que, paralelamente, tienen asignada una gran capacidad de decidir las políticas criminales y de persecución de nuestro país.

La idea de secreto es de por sí contraintuitiva. Según Bobbio (2013), la naturaleza de la democracia es el ejercicio de poder *visible* y, por ello, es un contrasentido hablar de secretos en democracia. Pero, siendo posible acordar que en ocasiones extraordinarias es legítimo sustraer información del conocimiento generalizado, entonces, sin dudas nuestro país ha establecido para el secreto un procedimiento que es sumamente antidemocrático.

Bibliografía

- BASTERRA, Marcela (2006a) “Las leyes secretas en Argentina. Su inconstitucionalidad”: LL 2006-D, p. 1158.
- BASTERRA, Marcela (2006b) “El Secreto de Estado. Un debate constitucional pendiente” En *Debates de actualidad*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XXI, N° 196. Diciembre 2005/Junio 2006.
- BOBBIO, Norberto (2013) *Democracia y secreto*, Ciudad de México: FCE.
- NAZAR, Mariana (2003) “La accesibilidad documental y sus limitaciones legales: los documentos secretos en la Argentina” En *Ponencia presentada en V Congreso de Archivología del Mercosur, agosto* (Vol. 28).
- PÉREZ, Adrián (2016). *Ley de acceso a la información pública comentada*, Publicación de la Secretaría de Asuntos Políticos e Institucionales Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina.
- PETTIT, Philip. (1999). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona: Paidós.

SAGÜÉS, Néstor P. (1977). *Las leyes secretas: (el sigilo legislativo en el derecho constitucional argentino)*, Buenos Aires: Depalma.

VALLEFÍN, Carlos A. (2017). "El secreto en las democracias contemporáneas. El caso de la Argentina: El debate parlamentario sobre la publicidad de los actos de gobierno y la derogación de las leyes secretas", en *Memoria Académica*. Tesis de posgrado, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Recuperado en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/tesis/te.1573/te.1573.pdf>

Jurisprudencia

MYRNA MACK CHANG, 25/11/2003, Serie C, Nro. 101. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SAVOIA, CLAUDIO MARTÍN VS. ESTADO NACIONAL Y OTRO S. AMPARO LEY 16.986. Fallos 342:208, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Documentos

Asociación por los Derechos Civiles (2014) *Quién vigila a quienes vigilan. Estudio comparativo sobre sistemas de control de los organismos de inteligencia: Policy paper*, ADC. Recuperado en: <https://adc.org.ar/informes/quien-vigila-quienes-vigilan/>

Asociación por los Derechos Civiles (2015) *El (des)control democrático de los organismos de inteligencia en Argentina*: Privacy International, ADC.

Centro de Estudios Legales y Sociales (2015) "Avances y retrocesos en la ley de inteligencia". CELS, Argentina. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2015/02/avances-y-retrocesos-en-la-ley-de-inteligencia/>

Centro de Estudios Legales y Sociales (2016) *Vigilancia y democracia. Historia en diez países*: INCLCLO.

Centro de Estudios Legales y Sociales (2019) *Derechos Humanos en Argentina*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Capítulo 7, pp. 99-122.

Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, Congreso de la Nación Argentina. 18ª reunión - 11ª sesión ordinaria 15 de junio de 2005. Disponible en: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/sesiones/busquedaTAc>

Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Congreso de la Nación Argentina. Reunión 26, Sesión ordinaria - ordinaria 16/08/2006. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/sesiones/sesiones/sesion.html?id=695&numVid=1>

Documentos del estado terrorista. Directiva del comandante general del ejército N° 404/75 (Lucha contra la subversión), Plan del ejército contribuyente al plan de

seguridad nacional, compilado por Rosa Elsa Portugheis, Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Secretaría de Derechos Humanos, 2012 (Cuadernos del Archivo Nacional de la Memoria; 4). Recuperado en: <http://www.jus.gob.ar/media/1129178/41-anm-documentos-del-estado-terrorista.pdf>

Documentos recopilados por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Relevamiento para la Recuperación de la Memoria Histórica creado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, en coordinación con el Archivo Histórico de Cancillería y la Dirección de Tecnología Informática y Comunicaciones Asociadas. Recuperados en <http://desclasificacion.cancilleria.gob.ar/acerca-de-este-buscador>

“Informe sobre espionaje ilegal 2016-2019” de la Comisión Bicameral de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia. Recuperado en: <https://www4.hcdn.gob.ar/comisiones/especiales/cbinteligencia/Informe%20Comision%20Bicameral%20Inteligencia%202021-04-20.pdf>

Ministerio Público Fiscal (2017) *AMIA - DAIA. El proceso de desclasificación de información reservada o secreta sobre el atentado de 1994 y su encubrimiento*: Procuración General de la Nación, República Argentina. Disponible en: fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2017/07/amia-desclasificacion-archivos_julio.pdf

Proyecto de Ley de Inteligencia, presentado por el Consejo Consultivo de la intervención de la AFI (2020). Recuperado en: <https://www.ilsed.org/wp-content/uploads/2021/06/Proyecto-Ley-de-inteligencia-Consejo-consultivo.-Version-final-Oct.2020-3.pdf>

El contexto importa: revisiones de la objeción de conciencia frente a la legalización de las interrupciones de embarazos

Context matters: reviews of conscientious objection to the legalization of pregnancy terminations

Por María Julieta Cena

Resumen: Ante la legalización de las interrupciones de embarazo, la objeción de conciencia se inscribe en marcos de conflicto con derechos ajenos, con contenidos que por definición no había tenido, con obligaciones religiosas e institucionales, entre otras. Una lectura acrítica de la objeción de conciencia en el contexto de leyes que reconocen derechos de la SSR, corre el riesgo de legitimar acciones políticas que tienen como propósito debilitar la fuerza normativa del derecho y el *status* de ciudadanía de quienes lo ejercen. La objeción de conciencia no es solo una construcción del derecho sino, fundamentalmente, una producción política. Por ello es imprescindible visibilizar el juego político y de poder que inaugura ante la legalización de las interrupciones de embarazo.

Palabras Clave: Objeción de conciencia; legalización de las interrupciones de embarazos; salud sexual y no reproductiva; contexto patriarcal; violencia de género.

Abstract: Given the legalization of pregnancy interruptions, conscientious objection is inscribed in conflict frameworks with the rights of others, with content that by definition had not had, with religious and institutional obligations, among others. An uncritical reading of conscientious objection in the context of laws that recognize SRH rights runs the risk of legitimizing political actions whose purpose is to weaken the normative force of the right and the citizenship status of those who exercise it. Conscientious objection is not only a legal construction but, fundamentally, a political production. For this reason, it is essential to make visible the political and power game that it inaugurates before the legalization of pregnancy interruptions.

Keywords: Conscientious objection; legalization of the interruptions of pregnancies; sexual and non-reproductive health; patriarchal context; gender violence.

Fecha de recepción: 21/04/2023
Fecha de aceptación: 04/05/2023



El contexto importa: revisiones de la objeción de conciencia frente a la legalización de las interrupciones de embarazos.

Por María Julieta Cena*

I. Introducción

La objeción de conciencia (en adelante OC) es considerada uno de los fenómenos más sugerentes del derecho en la actualidad (Gómez Abeja, 2015). En términos generales, la OC es entendida como la negativa a cumplir con obligaciones jurídicas por entrar en conflicto con las íntimas convicciones. El elemento característico es que quién objeta, no sufre –o no debería sufrir– sanciones o condenas por ese incumplimiento.

La OC, entendida como la posibilidad de incumplir con un mandato legal, implica en sí misma grandes tensiones que se enfrentan con los motivos por los cuales se obedece el derecho, sobre todo en el marco de un Estado de Derecho democrático. Ríos de tinta han corrido en el pensamiento jurídico y político al momento de analizar y justificar los motivos que llevan a obedecer el derecho. Esto de seguro no es neutral y está íntimamente relacionado con la noción de derecho a la que se suscriba.

Sin desconocer las miradas de los demás campos políticos y disciplinares, este artículo se propone abordar la temática desde un horizonte de pensamiento crítico inscripto en los análisis jurídicos, en tanto conocimiento contextual situado, que da cuenta de las condiciones históricas que subyacen a los procesos de producción simbólicas (Gándara Carballido, 2021). La crítica jurídica, junto con (los) feminismo(s), son líneas que indagan las incomodidades del Derecho (Alviar y Jaramillo, 2012) para poner en descubierto las acciones y causas que, generalmente, permanecen ocultas en los fenómenos sociales (Gándara Carballido, 2021).

Por consiguiente, se busca aportar en la construcción de una reflexión sobre la figura, sus efectos y sentidos, cuando se la exige y ejerce en un terreno tan complejo como el de la salud sexual y no reproductiva (SSR) en general y la legalización de las interrupciones de embarazos, en particular. Es desde este prisma que realizaré la

* Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Instituto de Estudios Sobre Derecho, Justicia Y Sociedad (IDEJUS) Universidad Nacional de Córdoba (UNC), ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4333-1451> Correo electrónico: maria.julieta.cena@unc.edu.ar

interpretación jurídica de la figura con la premisa de que el Derecho cumple una función paradójica: por un lado, legitima las relaciones de poder, y por el otro goza de potencialidad como un instrumento para la transformación (Ruiz, 2003).

Siguiendo esta línea, asumo la existencia de un tipo de organización social patriarcal donde se plasman la violencia sexo genérica y la jerarquización sexual del poder. El término “patriarcado”¹, ha tenido diversas expresiones a lo largo de la historia occidental, instalándose en instituciones de la vida pública y privada que estructuraron los contenidos ideológicos, económicos y políticos de las sociedades actuales (Fontenla, 2009). Siguiendo a Pateman (1995) es el único concepto que permite visibilizar, específicamente, la sujeción de las mujeres – y agregó identidades feminizadas – y singulariza la política sexual, o relaciones de poder en donde imbrican la sexualidad y la reproducción.

En ese sentido, el reconocimiento normativo realizado por leyes que al mismo tiempo reconocen el derecho a la interrupción de embarazos² y permiten su abstención por parte del personal sanitario deben ser interpretadas de manera tal que den cuenta del contexto donde se ejercen y posibiliten reflexionar sobre los límites y tensiones que la figura implica cuando es ejercida en un entramado socio jurídico patriarcal.

A tales fines este trabajo cuenta de dos partes: una primera en donde brindaré un panorama de las diversas desobediencias al derecho para centrarme en las tensiones que figuras como la OC implican³. Y una segunda, donde establezco la importancia de

¹ Si bien la conceptualización dada no está libre de limitaciones, producto de las complejidades y diversas posturas que desde las teorías feministas se tiene del mismo, la definición aquí brindada pretende capturar la matriz social, cultural, política y jurídica, en donde se entrecruzan los institutos bajo análisis.

² La manera de denominar a los abortos como prácticas voluntarias de las personas gestantes ha variado a lo largo del tiempo. Si bien en los discursos jurídicos se hizo uso de la expresión “aborto no punible” (ANP) para remitir a las interrupciones de embarazo por causales previstas en el art. 86 del Código Penal (1921), esa línea no permite incluir el encuadre sanitario en el que se inscribe la práctica. Es por ello que referiré de manera indistinta a los términos “aborto legal” o “legalización de las interrupciones de embarazos”, como giro semántico que se desprende del uso criminológico y/o punitivo, para entender a los abortos consentidos, legales y voluntarios como una prestación de salud (Fernández-Vázquez, 2018).

³ En este punto, es importante destacar que los autores trabajados son, en su gran mayoría, varones, lo que da cuenta el sesgo epistémico que la temática tiene con relación al género. Sin embargo, debo aclarar que estos han sido utilizados en este artículo por ser referentes claves en la construcción del conocimiento y el diseño de las instituciones socio jurídicas dominantes. Sin embargo, doy cuenta que, no haré referencia a la totalidad de las obras y autores que trabajan la temática (Raz, Dworkin, Habermas, Aienza, entre otros), ya que son muchos y otorgan múltiples enfoques. Por consiguiente, me detendré en la literatura consultada que permita, bajo un criterio de saturación teórica, presentar un abanico de opciones y posturas sobre la desobediencia al derecho, y así dar paso a las especificidades de la OC en SSR.

enmarcar la figura en el contexto patriarcal en el que se ejerce cuando es exigida ante abortos.

II. La(s) desobediencia(s) al derecho

Sin desconocer que, aún en democracia, no todas las personas estamos en igualdad de condiciones o de participación en la vida política, ni siquiera de acceso a los derechos más básicos y esenciales, considero que, la tendencia al consenso, la igualdad y/o la vinculación para cumplir deberes como contrapartida de los beneficios que se reciben y la mantención del orden social (Casas, 2005), son buenas razones para sostener la obediencia a las normas dictadas bajo un sistema democrático.

Cabe aclarar que, sin desconocer que el término “democracia” tiene múltiples acepciones que dependen, principalmente de la teoría política desde la que se la analice, a los fines de este artículo entenderé el concepto como un significado abierto, debatible y en construcción. Siguiendo a Wendy Brown (2016: 7):

“(se) busca liberarla de su contención en cualquier forma particular, a la vez que insiste en su valor para contar el autogobierno político del pueblo, sea quien fuere el pueblo. En esto, la democracia no solo se opone a la tiranía y a las dictaduras, al fascismo o al totalitarismo, a la aristocracia, la plutocracia o la corporatocracia, sino también a un fenómeno contemporáneo en qué, en el orden que produce la racionalidad neoliberal, el gobierno se transmuta en gobernanza y administración”.

Finalmente, si la democracia, aun cuando sea un sistema imperfecto de toma de decisiones, es el modelo político –conocido– que, en comparación con otros sistemas, mejor asegura los principios de justicia e igualdad, cabe preguntarse por la desobediencia. La mayoría de la literatura moderna sugiere que hay un espacio para la disidencia, e incluso la desobediencia, aún en ordenamientos que se consideran justos⁴.

⁴ Cabe destacar que en el presente artículo no se trabajará sobre la existencia –o no– de una teoría de la justicia capaz de unificar las concepciones sobre lo justo o injusto, ni la valoración de las acciones en términos morales. Las referencias que se hagan a esos términos deben ser entendidos a la luz de su utilización por la doctrina y la dogmática jurídica.

Existen, al menos, cuatro mecanismos de no cumplimiento de la manda legal con distintas justificaciones y protección normativa⁵: la desobediencia civil, la OC, la resistencia al derecho (o protesta social) y la desobediencia revolucionaria (o rebelión). La doctrina parece bastante conteste en aceptar las dos primeras como herramientas a través de las cuales se canaliza el reproche en relación a ciertas decisiones, y rechazar la desobediencia revolucionaria (o rebelión) como una categoría legítima. La posición que ocupa la resistencia al derecho es un poco más controvertida.

La desobediencia revolucionaria supone una deslegitimación del Estado, una negativa a reconocer su pretensión de obediencia mediante la implementación de medios ilegales. Para que este tipo de desobediencia sea legítima, debe acreditarse que la rebelión se funda en la prevención de daños significativamente mayores, tales como la ilegitimidad extrema del régimen o los daños que el opresor produzca. Es decir, por las condiciones extremas, de afectación de derechos y de violencia que implica, la desobediencia revolucionaria exige una carga justificatoria mucho mayor para ser entendida en los marcos democráticos y de Derecho (Alegre, 2009).

Por su parte, la resistencia al derecho, en términos generales, se da cuando existe opresión y no se encuentran satisfechos ni garantizados los derechos básicos. Los sujetos - aquí existen divergencias sobre sí solo las personas excluidas pueden resistir o esto puede ser expansivo a quienes apoyen la resistencia - tienen el derecho a resistir órdenes o cumplimiento de normativas (Gargarella, 2005).

Este tipo de accionar ha tenido especial presencia en tiempos de crisis económicas y sociales, y el movimiento piquetero ha sido uno de los últimos acontecimientos de protesta social con mayor visibilidad en Argentina. Si bien no me detendré en analizar pormenorizadamente esta categoría, comparto la posición que cataloga a la resistencia al derecho en condiciones de exclusión, como un acto que no debe tener consecuencias perjudiciales para quienes lo practican.

Si se considera que la democracia debe ser entendida más allá del acto electoral, como el sistema que tienda a la concreción de las condiciones para la satisfacción de las

⁵ Me detendré en identificar el grupo de desobediencias que surgen cuando alguien se ve impulsado a desobedecer por motivaciones ideológicas, dejando por fuera todo tipo de incumplimiento ordinario como por razones egoístas, pasionales o de interés.

necesidades de la ciudadanía, la resistencia al derecho es una forma de desobediencia que debería aportar en tanto impugnaciones de problemáticas de quienes no han tenido la suficiente participación en la toma de decisiones.

Retomando las desobediencias que se dan en el marco de las democracias, si bien la doctrina no es unánime en calificar a la OC como un género de la desobediencia civil o independientes entre sí, la mayoría les adscribe, a cada una, características particulares que permiten su diferenciación. La importancia de la delimitación de estas figuras radica, principalmente, en el hecho de que quién desobedece se expone a la posibilidad de recibir sanciones –incluso a veces deseadas– mientras que quién objeta goza de protección jurídica.

A grandes rasgos, la desobediencia civil en sentido estricto es una manifestación con marcado carácter político y de resistencia activa, que se da cuando creencias políticas o religiosas son contrarias a determinadas leyes de aplicación general. Quién desobedece considera que la decisión adoptada por la mayoría no satisface los estándares de justicia e igual respeto a todos los miembros de la comunidad, por lo que buscan su modificación (Gómez Abeja, 2015). Referentes de esto han sido figuras emblemáticas como Gandhi y Martin Luther King.

Desde esta posición, la desobediencia civil constituye una manera de participar activamente en la formación de una voluntad política radicalmente democrática, ya que de esta manera el ciudadano interviene, aunque sea de modo indirecto, en el proceso legislativo también como autor (Velasco Arroyo, 1996).

Rawls (1971-2011) en su teoría de la justicia, acepta que no existen procesos de justicia perfecta y sostiene que la afirmación categórica de que no estamos obligados a obedecer en casos de injusticias, es un error. Por eso plantea una suerte de deber de obediencia gradual, en donde una decisión, aunque no sea justa, examinada bajo parámetros de “prioridades adecuadas”, y salvo que la injusticia sea extrema, debe obedecerse soportando tal injusticia. Es decir, considera que hay una obediencia parcial de la teoría no ideal, que solo puede ser violado en casos de grandes injusticias⁶.

⁶ “La injusticia de una ley, no es, por lo general, una razón suficiente para no cumplirla, como tampoco la validez legal de la legislación (definida por la actual constitución) es una razón suficiente para aceptarla. Cuando la estructura básica de la sociedad es razonablemente justa, estimada por el estado actual de las cosas, hemos de reconocer que las leyes injustas son obligatorias siempre que no excedan ciertos límites

Rawls concluye que la única manera de sostener un procedimiento democrático es permitir la desobediencia sólo en casos extremos de injusticia. Cabe recordar que, para este autor, la justicia es un concepto asequible a la sociedad en general, ya que son manifestaciones de la elección de principios que se tomarían en la posición original. Sin embargo, realiza una delimitación clara: “la obediencia es problemática para las minorías que han sufrido la injusticia durante muchos años” (Rawls, 1971-2006: 324).

Bajo este modelo, Rawls (1971-2006: 405) define a la desobediencia civil como:

“un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno. Actuando de este modo apelamos al sentido de la justicia de la mayoría de la comunidad, y declaramos que, según nuestra opinión, los principios de la cooperación social entre personas libres e iguales no están siendo respetados”.

Tres condiciones deben cumplirse para una desobediencia civil justificada desde esta teoría: la protesta debe dirigirse contra casos muy concretos de injusticia manifiesta; se deben haber agotado las posibilidades de acción legal correspondientes al caso, y los actos de desobediencia no pueden alcanzar dimensiones que pongan en peligro el funcionamiento del orden constitucional. Es decir, para que sea legítima, la desobediencia debe ser respetuosa del sistema de gobierno democrático, el acto considerado ilegal no debe tener carácter violento, y debe perseguir modificar las leyes o políticas públicas mediante la transformación de la posición de la opinión pública⁷.

Singer (1985) por su parte, clasifica la desobediencia según su finalidad en: desobediencia por publicidad y desobediencia para reconsideración. La primera tiene como objetivo persuadir más que coaccionar y es valiosa en términos democráticos

de injusticia (...) Es evidente que nuestro deber u obligación de aceptar los acuerdos existentes puede ser desechado algunas veces. Esta exigencia depende de los principios del derecho que pueden justificar la desobediencia en ciertas condiciones. El que la desobediencia esté justificada depende de la extensión que alcance la injusticia de las leyes y de las instituciones” (Rawls, 1971-2006: 322).

⁷Autores como Singer (1985) le han realizado interesantes críticas a la teoría de la desobediencia de Rawls “(hasta aquí) he criticado la teoría de la desobediencia de Rawls debido a ciertas restricciones que impone al tipo de razonamiento capaz de justificar la desobediencia” y agrega “(...) con frecuencia Rawls se expresa como si determinar si una decisión mayoritaria es justa o injusta fuera una cuestión relativamente simple. Esto, unido a su opinión de que la comunidad tiene una concepción común de la justicia, le lleva a subestimar la importancia de un método establecido y pacífico para resolver disputas. (...) aun cuando una sociedad comparta una concepción común de la justicia, no es probable que haya acuerdo sobre cómo ha de aplicarse esta concepción a los casos particulares” (pp. 100-101).

porque aporta nuevos puntos de vista, los de las disidencias. La segunda, tiene el fin de lograr que las mayorías reflexionen sobre los intereses en juego y la importancia de la cuestión para ciertas minorías. El valor para la democracia está en el aporte que hace para mitigar las propias debilidades del sistema, pero si la mayoría no está dispuesta a reconsiderar su posición, esta forma de desobediencia debe ser abandonada (Singer, 1985).

Peces Barba (1988) considera que los efectos multiplicadores de los medios de comunicación, así como «la institucionalización de la resistencia», es decir, la incorporación de mecanismos de protesta frente a normas consideradas injustas –como el reconocimiento a la libertad de expresión, de prensa, de reunión y de asociación, o garantías como el recurso de amparo, o el control de constitucionalidad– limitan las razones que justifiquen la desobediencia.

La desobediencia civil solamente está legitimada en condiciones extremas, como una forma excepcional de protección para las minorías oprimidas, o contra las minorías que detenta el poder cuando el sistema democrático ha fallado (Peces-Barba, 1988)

Este autor señala, también, que la desobediencia civil no podría ser nunca un derecho, porque se trataría de un derecho subjetivo universal a desobedecer cualquier norma del ordenamiento, lo que es una contradicción con la vocación de obediencia. Por ello afirma que la desobediencia civil es una situación de hecho que afecta al derecho y, por lo tanto, susceptible de sanciones impuestas ante la infracción legal. Incluso, el cumplimiento de las penas por quienes desobedecen a veces persigue el objetivo de generar reacción en la opinión pública (Peces Barba, 1988).

Con respecto a la OC, Peces Barba la entiende como una inmunidad que permite la excepción a una obligación jurídica que, por su especificidad, afecta solo a un grupo de personas. Esta figura, que puede ser denominada como derecho, consiste en la posibilidad de no ser compelida a cumplir con una obligación legal, por contrariar convicciones éticas o religiosas muy profundas.

Muchas han sido las definiciones que se han dado acerca de la figura:

Aquel incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se

agota en la defensa de la moralidad individual, renunciando a cualquier estrategia de cambio político o de búsqueda de adhesiones. (Gascón Abellán, 1990: 85).

Por su parte, Rawls (1971-2006:410) enuncia que esta radica en:

“no consentir un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa. Es objeción ya que es una orden que se nos dirige a nosotros, y, dada la naturaleza de la situación, su aceptación por nuestra parte es conocida por las autoridades”.

Más allá de los múltiples conceptos, la doctrina es conteste en determinar que el primer requisito esencial de la OC, es la existencia de un deber jurídico del cual apartarse.

En este sentido aclara Gascón Abellán que “la existencia de una conciencia contraria al cumplimiento del deber es (...) lo que configura a la OC como una excepción al deber general”, ya que “carece de sentido decir que la objeción se traduce en una obligación alternativa” (Gascón Abellán, 1990: 249).

Una de las principales distinciones entre OC y desobediencia civil se ha dado mediante la negación del carácter político de la OC. Quién objeta no desobedece como acto político, sino que pretende el reconocimiento de su diferencia individual y busca que ésta justifique su incumplimiento a una regla general (Casas, 2005).

Históricamente, se estableció que la OC no ha sido concebida como una manera de apelar al sentido de justicia de la mayoría –como sería el caso de la desobediencia civil– sino como una figura por la cual se rehúsa a cumplir una orden porque se considera que es injusta según las propias concepciones morales. Si bien estas concepciones puede tener un origen político o religioso, se sostiene que con la OC no se deben perseguir fines políticos ni de imitación, sino simplemente la abstención de la realización de esa obligación, para preservar la propia libertad individual⁸ (Rawls, 1971-2006).

Siguiendo a Gómez Abeja, otro elemento distintivo de la OC es su carácter pacífico. Con la OC no se pretende cambiar una norma atrayendo la atención de las autoridades y la opinión pública, por lo tanto, el recurso de la fuerza o el uso de la violencia quedarían por fuera: “la objeción implica la concurrencia de un deber que se impone individual y

⁸ Cabe destacar que los modelos utilizados como categoría solamente pueden existir en forma pura en la teoría. En la práctica, pareciera difícil asumir que no existan fines políticos en el accionar de la ciudadanía.

directamente a alguien cuya moral le impide dar cumplimiento al mismo” (Gómez Abeja, 2015: 75).

Se ha discutido si la OC puede darse sólo como abstención o también como una acción. Es decir, si se encuentra avalada por la OC la realización de la conducta prohibida. Tradicionalmente se ha pensado que la OC solo puede darse como omisión al cumplimiento de la obligación, sin embargo, mediante el ejemplo del personal de salud que tiene prohibido atender a soldados enemigos y les brinda asistencia igual, se ha justificado que pueda ser por acción. Ahora bien, y adelantándome a la temática, quisiera plantear los problemas que suscitaría si con esta acción se avalaran actos como el suministro de medicamentos a pacientes, aún sin su consentimiento⁹.

Por su parte, la doctrina es unánime en aceptar que la OC debe ser directa. A diferencia de la desobediencia civil que podría llevarse adelante incumpliendo normas que se consideran justas, pero como reclamo por la injusta, la OC sólo puede ejercerse con la abstención de cumplir la obligación que entra en conflicto directo con la moral individual (Pietro Sanchis, 2007).

Otra diferencia radica en el carácter privado e individual que se le adscribió tradicionalmente a la OC, en contra del carácter público y, habitualmente, colectivo de la desobediencia civil. Sí quién objeta solo tiene la finalidad de evitar que se le exija la observancia de una obligación que entra en pugna con su conciencia y no desea el cambio normativo, entonces el ejercicio de la figura solo debería ser privado e individual. Sin embargo, autoras como Gascón Abellán (1990) y Gómez Abeja (2015)

⁹ En 2017, en la Provincia de Río Negro, el médico Rodríguez Lastra atendió en la guardia de un hospital público a una joven que estaba en un proceso de aborto, con síntomas de un cuadro febril. El profesional conocía de la decisión de abortar de la mujer, ya que ella había solicitado la ILE días antes, pero esta petición había sido obstaculizada por el mismo médico. Cuando la usuaria ingresó a la guardia, reiteró el pedido de interrupción por encontrarse amparada por las causales legales. Sin embargo, Rodríguez Lastra le suministró medicación para inhibir las contracciones, evitar el aborto y continuar con la gestación. Las graves consecuencias para la salud física y psíquica de la joven, así como las distintas violencias que importaron el accionar de Rodríguez Lastra condujeron al inicio de acciones penales en contra del médico. Durante el proceso judicial, el profesional pretendió ampararse en la OC para justificar su obrar, pese a no haber cumplido con el procedimiento previsto por la Ley provincial 4796- El 11 de marzo de 2020, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, sobre la base de que la condición relevante del médico fue la de funcionario público, lo declaró culpable por el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público al obstruir la ILE e incumplir lo que la ley manda expresamente. El Superior Tribunal también confirmó que la conducta del profesional configuró violencia de género y violencia obstétrica (Ley 26485, art. 6, inc. e).

consideran que este carácter es contingente y no hace a la esencia de la figura, aunque asumen que complica la posibilidad de diferenciarla de la desobediencia.

Cabe destacar un carácter relevante y controversial: el carácter ilegal –o no– del acto que lleva adelante quién objeta. Mientras la desobediencia civil implica, por sí misma, la comisión de un acto ilegal que puede estar justificado, pero de todas formas es contrario al derecho, para la OC dependerá de qué posición se tome sobre su naturaleza jurídica, como veremos en el punto siguiente.

En términos generales, si se entiende que la OC es una pretensión que surge cuando entra en conflicto una norma jurídica que impone un deber y una norma moral que se opone a su cumplimiento (Navarro Valls y Martínez Torrón, 1997, según se cita en Gómez Abeja, 2016) y la OC es un derivado de la libertad de conciencia, no es necesario una norma que la habilite. Lo que conduciría a la realización de omisiones (o actos) “aparentemente” ilegales, pero susceptibles de protección por ser expresión de un derecho fundamental.

En cambio, si se entiende que la OC no es un derivado automático de la libertad de conciencia y, por consiguiente, para que proceda como tal debe estar regulada por el legislador, necesariamente debería ser legal su actuar para ser OC y no desobediencia civil (Peces Barba, 1988; Gómez Abeja, 2015). Incluso, esta posición entiende que puede ser categorizada como un derecho.

Desde otro enfoque, Singer (1985) niega la existencia de una diferencia trascendental entre la desobediencia civil y la OC, como para darle especial protección. Luego de analizar las dos formas de desobediencia planteadas como legítimas por su finalidad –para la publicidad o para la reconsideración– presenta dos sentidos de la noción de conciencia: la tradicional y la crítica.

En la conciencia tradicional, la conciencia no actúa como el producto final de un proceso de consideración racional de las cuestiones moralmente relevantes de la situación, sino como algo dado. En la conciencia crítica, la conciencia actúa sobre las bases de sus propias convicciones morales seriamente evaluadas, como algo del orden racional. Cualquiera de las dos opciones conduce a la irrelevancia de la OC como una categoría distinta de la desobediencia.

El autor afirma que desobedecer desde la conciencia tradicional, sin tener en consideración las razones morales del caso, es abandonar la responsabilidad de agente moral racional a los sujetos. Si, por el contrario, se objeta como un acto concienzudo en tanto crítico, no existe distinción relevante para apartarse de otras formas de desobediencia civil, porque todos han sido motivados por consideraciones morales: “la expresión OC es una manera imprecisa de distinguir las especiales clases de desobediencia que aquí nos interesan” (Singer, 1985: 107).

Para Singer, cuando se compara la OC con otras formas de desobediencias poco dignas como el egoísmo, la nota distintiva es que se actúa en forma “concienzuda”. Cuando se la compara con la desobediencia para reconsideración o como publicidad, su característica distintiva es que no se trata ni de un intento de obligar a la mayoría a modificar su decisión, ni de un intento de obtener publicidad o de pedir a la mayoría que reconsidere su decisión. Este autor posiciona a quien objeta en un lugar de incomodidad dentro de sociedades democráticas, entre no querer realizar actos ilegales para frustrar el intento de la mayoría de ejecutar sus decisiones, pero tampoco cumplir con la norma que considera injusta, aunque sepa que habrá quienes sí lo hagan: “¿qué sentido tiene, por ejemplo, negarse a combatir en una guerra injusta, cuando uno sabe que otros lo harán de todas maneras? Pese a estas debilidades ninguna otra forma de desobediencia es tan ampliamente respetada” (Singer, 1985: 109).

Más allá de negar la distinción entre OC y otras formas de desobediencia, el autor agrega que, en la medida que sea posible, se debe otorgar exenciones a quienes, por razones morales, se niegan a cumplir con una ley. Específicamente entiende que la cuestión del aborto en el Reino Unido no sería problemática ya que habría otros/as médicos/as que aceptarían hacerlo sin problemas (Singer, 1985). En este estado cabe preguntarse: ¿Es factible tratar la OC ante interrupciones de embarazo sobre la premisa de que hay personal suficiente? Y si no hubiese ¿qué pasaría con la OC? ¿Hasta qué punto una democracia está en condiciones de tolerar este tipo de incumplimientos sin socavar sus bases?

Siguiendo a Casas (2005), la doctrina es conteste en aceptar la existencia de exenciones en la medida que no causen daño a terceros o no pongan en riesgo la gobernabilidad. Sin embargo, es importante resaltar la importancia de las condiciones

en las que se ejerce la OC, como se verá a continuación, no es lo mismo las implicancias de la OC a la portación de armas, como la que niega la realización de interrupciones de embarazos. Por ello, los contextos donde se erigen las desobediencias, son trascendentales para entender su procedencia, alcance y límites.

III. Posiciones doctrinales sobre la llamada “naturaleza jurídica”¹⁰ de la OC

Uno de los puntos neurálgicos en las discusiones doctrinales acerca de la OC, ha sido la determinación de lo que, desde la dogmática jurídica, se denomina naturaleza jurídica. La importancia de la temática radica en el hecho de que, según el origen que se le impregne, será también la proyección de su alcance. Tal vez es por ello que no existe en la actualidad un criterio unívoco, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, para definir cuál es la “esencia” de la OC como instituto jurídico.

A los fines de poder trazar el mapa de la OC y siguiendo a De la Hera (1988) (según Gómez Abeja, 2015) presentaré seis posiciones distintas acerca de lo que se denomina naturaleza jurídica de la OC, a saber: a) una mera desobediencia a la ley; b) una tolerancia de quién legisla; c) una excepción legal a la norma; d) una sustitución de la moral social por la moral individual; e) un derecho subjetivo y f) un Derecho Humano (o fundamental). Ello sin perder de vista que, en el fondo, esta es una cuestión de matices sobre el enfrentamiento de dos posiciones: quienes consideran que tiene carácter de Derecho Humano (o derecho fundamental) y quienes se lo niegan.

a) *La OC como una mera desobediencia a la ley:* desde esta perspectiva, la OC funciona como la respuesta a una ley considerada injusta. Es la infracción al derecho diferenciada de otras desobediencias por la legitimidad de la motivación, aunque quién objeta debe saber qué la reputación como injusta de la norma, lo es solo para él. No tiene que coincidir con los parámetros sociales o generales sobre lo que se considera

¹⁰ En este apartado trabajaré sobre la denominación “naturaleza jurídica” atento ser el término utilizado por la dogmática jurídica en los debates relativos a la OC como instituto jurídico para darle cierta sistematicidad lógica y predictibilidad al sistema jurídico. No obstante, suscribo a la posición que entiende que el derecho es una construcción por lo cual no hay nada que sea “natural” sobre lo que haya que descubrir o investigar. Para mayor profundidad sobre los debates en torno a esta denominación recomiendo la lectura de Bulygin (1961).

justicia o injusticia, así como tampoco debe querer que la norma pierda vigencia para el resto de la sociedad.

La crítica que se le ha hecho a esta posición radica en el hecho de que, una vez que una norma regule la posibilidad de objetar, entonces ya no es desobediencia sino cumplimiento de esa norma que lo permite. Si la norma que establece la obligación injusta a la vez regula la posibilidad de objetar, la conducta objetora pasa a ser una conducta legal y la norma dejaría de ser considerada injusta.

b) La OC como tolerancia de quién legisla: desde esta posición, se entiende que la OC surge como una actitud benevolente de tolerancia por parte del poder público. En consecuencia, quien legisla considera que no es pernicioso incumplir o, incluso, que en cierto modo es correcto teniendo en cuenta la naturaleza de la ley objetada. Aquí no hace falta que exista un reconocimiento legal, sino que basta con que no se persiga a quien incumple la norma por razones ideológicas, aunque con ello se le niega la calidad de derecho a la OC. Es que desde esta posición “se tolera” el incumplimiento, pero no debería promoverlo, ni facilitararlo.

c) La OC como excepción legal a la norma: desde esta postura, la OC consiste en una concesión que efectúa quien legisla al momento de regular la norma que podrá ser incumplida. Es una especie de “permiso” para incumplir, otorgado de manera extraordinaria por la consideración del conflicto de conciencia. En este escenario, la OC no existe por sí misma, sino que requiere la concesión legal para que puedan coexistir en el mismo ordenamiento, la norma de la conciencia y la norma jurídica. La crítica a esta posición se ha dado por entender que no soluciona el conflicto moral de quién objeta, ya que no querrá aparecer como “un privilegiado ni un mendigo al que se le concede la gracia de una excepción, sino como (alguien) dotado de un derecho fundamental en pie de igualdad con (el resto de la ciudadanía)” (Martínez Blanco, 1993: 130 según Gómez Abeja, 2015: 194).

d) La OC como sustitución de la moral social por la moral individual: esta corriente parte de la concepción de que el Estado moderno priva a la sociedad de sus principios morales tradicionales. Por ello, la OC actuaría como el instrumento de ruptura del poder del Estado sobre el derecho con la finalidad de lograr la (re)incorporación de las pautas morales y religiosas, a los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Bajo esta

postura, la moral individual sí tiene una pretensión de universalidad que esfuma los bordes con la desobediencia civil.

e) *La OC como derecho subjetivo*: esta posición pretende superar el carácter peyorativo de considerar a la OC como una tolerancia o como una concesión, a la vez que parte también de una noción de Estado que oprime y sobre el cual la OC se opone como libertad. El Estado debe asumir los límites de su poder y reconocer a la OC como el instrumento que garantiza al individuo sus derechos y subjetividad. Como derecho subjetivo, sus titulares tienen la facultad de elegir ejercerla o no, y gozan de garantías en caso de vulneración.

f) *La OC como derecho humano o derecho fundamental*: esta posición se encuentra un paso más allá de la anterior, al catalogar al derecho subjetivo de la OC como un derecho humano (o derecho fundamental). Para ello, se nutre de la consideración de la OC como un derivado implícito de la libertad de conciencia, de pensamiento, de culto o religiosa. Catalogar a la OC como derecho humano o derecho fundamental, significa también que goza de una protección reforzada, con garantías especiales y límites directos hacia el Estado a la hora de reglamentar su ejercicio. Asimismo, no sería necesaria la consideración formal de una norma que la incorpore al ordenamiento, ya que se encuentra inmersa –tácitamente la mayoría de las veces– en las disposiciones constitucionales. La exoneración a los deberes tendría una eficacia directa. No sería preciso de una legislación que la regule para que pueda ser ejercida, a la vez que el Estado no debería alterar la esencia de este derecho a la hora de reglamentar.

Comparto la postura de Gómez Abeja (2015) cuando expone que, en el fondo, la tensión sobre lo que se ha denominado naturaleza jurídica de la OC radica en la discusión de si es un Derecho Humano –o derecho fundamental– o no. Es decir, si se comprende a la OC como desprendimiento o consecuencia práctica del ejercicio de la libertad religiosa, de conciencia o de culto por lo cual no hace falta norma que habilite y la limitación es excepcional, o si se comprende que – aun sin negar su vinculación - la OC no goza de esa característica, y por consiguiente su ejercicio se limita a los casos en los que la intervención legislativa lo permita y con los límites allí dispuestos.

Si la naturaleza jurídica de la OC es la de Derecho Humano o derecho fundamental, el Estado no crea a la OC, sino que la reconoce como derecho inherente al ser humano y preexistente al Estado. Por ello exigible, con protección especial e impacto en el status de quien objeta. Si la OC es un derecho fundamental, su alcance es mayor y el poder de policía del Estado a los fines de limitarla, es menor. Quien objeta ya no es visto como alguien que mendiga concesiones, o detenta un privilegio, sino como alguien que defiende sus derechos más básicos de libertad.

Por el contrario, si se le rechaza esta adscripción, la OC carece de eficacia en ausencia de previsión legal, porque depende del reconocimiento (o declaración) de su existencia por parte de quien legisla. No es una figura que pueda ser directamente alegable ante tribunales, ni su alcance podría ser exigido más allá de lo que le permita la norma. Todo lo cual, constituye una disputa en la construcción de sentidos de la OC, en especial cuando es entablada como resistencia a los avances en el reconocimiento de los derechos de SSR y de interrupciones de embarazos.

Como corolario de este apartado, coincido con Peter Singer cuando afirma que “cómo la desobediencia siempre tiene lugar en un contexto preciso, los argumentos usados para defenderla no son abstractos; se fundan en diversos hechos referentes a la sociedad donde la actitud se observa” (Singer, 1985: 71).

IV. La OC como construcción política legal

Es posible distinguir, a lo largo de la historia, diversos conflictos entre conciencia y ley. La oposición al derecho ha existido siempre, aunque no siempre identificada bajo el concepto de “conciencia”¹¹. Es con el cristianismo que la noción de conciencia personal adquiere fuerza y desde allí su planteamiento como un problema político (Martí, 1999).

Desde fines del siglo XIX y principios del XX, el concepto “objeto de conciencia” como desobediencia al derecho, tomó estado público a través de las protestas pacifistas en contra de las guerras mundiales¹². Como señalaba previamente, por lo general la OC

¹¹ Uno de los primeros registros sobre actos de desobediencia se remite a la tragedia griega Antígona (Siglo V A.C.) cuando se enfrenta a Creonte para lograr el entierro de su hermano.

¹² Si bien la primera vez que puede constatarse el uso de la expresión “objeto de conciencia” fue en la British Vaccination Act de 1898, que establecía una cláusula de conciencia para permitir exenciones a la

se presenta como una clase de desobediencia al derecho (Gascón Abellán, 1990; Pietro Sanchis, 2011) que goza de resguardo jurídico al sortear las sanciones correspondientes por incumplimiento a la ley. Así, la OC se origina como una construcción política que llega a inscribirse en los marcos legales a través de la referencia de derechos positivos vinculados con las íntimas convicciones y/o la libertad religiosa (Puga y Vaggione, 2015).

A partir del ejercicio de la OC, un conflicto de la moral individual –el rechazo a la portación de armas o las guerras– se trasladó a la sociedad y los poderes políticos (Irrazábal, Belli y Funes, 2019) para incorporarse paulatinamente a los ordenamientos jurídicos con la finalidad de respetar el pluralismo y las minorías.

Sin embargo, aunque el sentido de la OC haya sido incorporado al discurso jurídico, no es un concepto primordialmente reconocido por las leyes (Pietro Sanchis, 2011). Al contrario, la figura se institucionalizó a través de sentencias judiciales del servicio militar, que luego fueron plasmadas en regulaciones legales. La introducción de la OC por la vía judicial se proyectó también en algunas Constituciones nacionales, dando cuenta de su relación con la regulación del Estado y sus instituciones¹³.

A medida que las luchas pacifistas obtuvieron el reconocimiento jurídico para la abstención a las armas mediante la OC, la figura fue debilitándose en el terreno marcial para cobrar fuerza en el ámbito sanitario, especialmente frente a prácticas vinculadas con el control de la sexualidad y la reproducción (Puga y Vaggione, 2015). A finales de la década del sesenta y principio de los setenta, los procesos de legalización de las IVE en Estados Unidos e Inglaterra fueron acompañados por cláusulas que permitían a los/as profesionales sanitarios/as rechazar la legalización de las interrupciones de embarazo (Triviño Caballero, 2018; Fernández Lynch, 2008). Esta estrategia fue replicada en distintos países del mundo como resistencia al reconocimiento de los DSR.

vacunación obligatoria de la viruela, el concepto fue proliferado mediante demandas sociales referidas al servicio militar y a la participación en la guerra (Triviño Caballero, 2018).

¹³ Hasta la fecha de presentación de esta tesis (abril 2022), las Constituciones de España (1978), Rumania (2003), Portugal (1976 con enmiendas hasta 2005), Ecuador (2008) y Paraguay (1992) receptan expresamente la OC, aunque principalmente ligada al servicio militar. Por su parte, las Constituciones de Cuba (2019) y de Venezuela (1999) la mencionan, pero para limitarla en tanto no permite que bajo la figura se eluda el cumplimiento de la ley.

Ahora bien, las concepciones tradicionales de desobediencia civil y OC han sido pensadas en contextos distintos a los actuales. Estas figuras parten del esquema del liberalismo clásico, donde los peligros para la democracia y los DDHH venían exclusivamente del poder político, pero ¿qué pasa en la actualidad, cuando son los sectores de la sociedad civil los que tienen más posibilidades de incidir negativamente en estos temas? Ya no se puede negar que los grupos de presión¹⁴, como los medios de comunicación, las empresas nacionales e internacionales, las instituciones religiosas, entre otras, construyen sentidos y detentan un poder a veces mayor que los Estados mismos.

Siguiendo a Peces Barba (1988), con que estamos frente a la necesidad de replantearse el esquema tradicional de las desobediencias. Para dar respuestas acabadas a las tensiones actuales es imprescindible revisar los contextos y matrices de poder en las que la temática se encuentra inmersa. Por ello, a continuación, me detendré en profundizar en las particularidades de la OC cuando es ejercida ante la legalización de las interrupciones de embarazos y las consecuencias que ello debería tener a la hora de interpretar la procedencia de la figura.

V. Objeción de conciencia sanitaria: particularidades frente a las interrupciones de embarazo

La OC, ante la legalización de las interrupciones de embarazos, ha sido definida como:

“la negativa planteada por determinados (as) profesionales sanitarios, a título individual y por razón a sus convicciones, a participar en actividades destinadas a interrumpir el proceso de gestación de una mujer en circunstancias admitidas por el Ordenamiento, respecto de las que estarían obligados de manera directa por su condición de personal al servicio del sistema público de salud o de un centro sanitario privado” (Capodiferro Cubero, 2015: 17).

¹⁴ Esta postura no implica que se descarte el poder y responsabilidad política en cabeza del Estado, sino que a esa concepción es imprescindible sumarle la dimensión del ejercicio del poder en diversas instancias del tejido social. Para mayor profundidad en la temática me remito a Laporta (2000).

Por consiguiente, el escenario donde se ejecuta la desobediencia está compuesto, por un lado, por profesionales de la salud –incluso establecimientos sanitarios– que se abstienen de realizar interrupciones de embarazos pese a estar legalizadas. En el otro lado, se encuentra la mujer o persona gestante, que requiere la satisfacción de sus derechos de SSR. De esta simple descripción, ya podemos encontrar grandes diferencias con el ejercicio de la OC en el servicio militar, como, por ejemplo, que esta OC existe en la medida en que existe una obligación derivada de un derecho, ya no de una obligación con el Estado.

El carácter relacional de los derechos obliga a replantear la posición de la OC. A diferencia de lo que sucedía con el servicio militar o la jura a los símbolos patrios donde quién objeta tiene enfrente al Estado, en la OC sanitaria en general y en particular ante ILE/IVE las/os profesionales tienen en frente a una persona y de su actuar depende la satisfacción de sus derechos. Esta particularidad obliga a reconocer que, al menos, existen dos derechos en juego que no pueden verse limitados arbitrariamente.

Sin embargo, la mayoría de las objeciones dispuestas en contra de las interrupciones de embarazos, se hacen desde la negación de la calidad de derecho de la SSR, lo que en la práctica se proyecta como un mecanismo de presión que tiende a desarticular las políticas públicas en el terreno de la SSR, que en la mayoría de los casos se consideran injustas (Ariza Navarrete, 2012; Alegre, 2009). Así, mediante esta figura, la pretensión de imposición moral excede los marcos de la mera individualidad que, supuestamente, en la concepción tradicional de la OC se perseguía.

Por otra parte, quienes entienden que los/as profesionales sanitarias/os tienen una posición especial en el diseño social, sostienen que ello incide en los límites de su autonomía. Las/os profesionales tienen un deber de cuidado a las/os pacientes y su actuar repercute de manera gravosa en intereses fundamentales de otras personas, como la salud. A ello debe sumarse el hecho de que su ingreso a la profesión es voluntario, no así quien se ve compelido a prestar el servicio militar, y que en muchas oportunidades no es de fácil sustitución, como sí lo es cubrir las tropas militares con otra persona (Alegre, 2009; Dickens, 2009)

Asimismo, la regulación de las interrupciones de embarazo bajo lógicas higienistas de medicalización, conlleva a que solo las profesiones sanitarias detenten la potestad de

llevar adelante estas prácticas. En otras palabras, el hecho de que las IVE/ILE se deban realizar con intervención médica (sea mediante el suministro de medicación o mediante intervenciones quirúrgicas) implica también un especial rol de poder y autoridad sobre los profesionales, que no puede dejarse de lado a la hora de considerar la OC (Alegre, 2009).

En este estado, es menester destacar una cuestión más sobre la OC ante ILE/IVE. La forma coordinada y llamativa en que las corporaciones conservadoras y jerarquías cristianas instan a la práctica masiva de la OC (Alegre, 2009; Puga y Vaggione, 2015). Si bien desde una perspectiva crítica, no se puede negar el carácter político que siempre ha tenido la figura – aun cuando se la reputaba ante el servicio militar - el hecho de que la OC ante interrupciones de embarazos se exija, principalmente, desde ciertos sectores de poder con especial influencia en la toma de decisiones, plasma a la OC de características colectivas y de intencionalidad política que desdibuja, aún más, sus diferencias con la desobediencia civil.

Desde la premisa de que en sistemas democráticos las leyes están pronunciadas por las mayorías –no solo en términos cuantitativos sino, y en especial, en términos cualitativos de poder– entonces, las leyes son las expresiones de las ideas y preferencias culturales y religiosas mayoritarias (Nussbaum, 2011). La existencia de una OC ejercida por sectores mayoritarios -como los religiosos- que fueron debidamente representados en la toma de decisiones de procesos deliberativos, tal como sucede en el caso de la OC ante las ILE/IVE, torna más compleja la situación.

Según el criterio tradicional de la OC, la obediencia de las normas es un problema para las minorías (Rawls, 1971) pero, ¿podría también ser un problema para los sectores de poder mayoritarios? La capacidad política para generar legislación de quienes objetan prácticas de IVE/ILE los/as sitúa más cerca de las mayorías que de las minorías en sentido posicional y relacional (Puga y Vaggione, 2013)¹⁵. Lo que, nuevamente, desplaza a la figura de los elementos que tradicionalmente la justificaron.

La legitimidad que a lo largo de la historia han tomado las figuras por las cuales se desobedeció al derecho, se pueden prestar para manipular el término en defensa de

¹⁵ Entiéndase “mayorías posicionales” como “titulares de derechos parlamentarios” y “mayorías relacionales” como “expresión de una moralidad dominante” (Puga y Vaggione, 2013: 114).

nuevas opresiones. No por enrolarse bajo las banderas “desobediencia civil u OC” como si fuesen palabras mágicas, se está siempre defendiendo pretensiones de libertad (Peces Barba, Casas, 2005). Máxime, cuando se tiene en frente la accesibilidad de derechos como la salud y la vida libre de violencia.

Al contrario de lo que sucedía cuando se reclamaba la abstención de obligaciones al servicio militar, en la OC en el terreno de la SSR confluyen el poder médico con convicciones de fuerte impronta religiosa (Alegre, 2009; Cena, 2020) y neoconservadoras¹⁶ que, en contextos sociopolíticos de gran permeabilidad a estas posiciones, tienen alto impacto e influencia en la toma de decisiones. Estas circunstancias plantean la necesidad de reflexionar si, en la actualidad y en contextos patriarcales, la OC frente a casos de SSR todavía puede entenderse como un acto que aporta a la democracia y en el mismo sentido, reflexionar sobre el alcance de sus límites.

La extensión que la OC tiene en la actualidad ante las ILE/IVE genera inclusiones de conflictos que se asemejan más a desobediencias civiles con fuerte identificación a posicionamientos religiosos o, incluso, a actos de rebelión¹⁷. De hecho, quienes defienden una noción amplia de la OC rechazan el apego a sus concepciones tradicionales por entender que ello obturaría un supuesto devenir histórico de la objeción, recomendando la implementación de la designación plural “objeciones de conciencias” como señal de multiplicidad y generalidad (Triviño, 2018).

¹⁶ Más allá de las limitaciones que implican el uso conceptual de este término, el trabajo parte del uso del concepto “neoconservadurismo” para visibilizar las “coaliciones políticas entre diferentes actores, religiosos y no religiosos, que quieren mantener el orden social patriarcal de la región y su economía capitalista” (Vaggione y Machado, 2020: 2). La noción permite representar las complejidades de la OC en la legalización de las interrupciones de embarazos, al articular la idea de libertad y cuestionamiento de la democracia propia del neoliberalismo (Brown, 2016), con la regulación del orden sexual.

¹⁷ “Pero aquella reacción empática se esfuma cuando la objeción de conciencia es utilizada como medio para reforzar las barreras estructurales y sistemáticas de acceso a prestaciones de salud sexual y reproductiva a que las personas tienen derecho, para imponer creencias religiosas hegemónicas, o para, simplemente, humillar a personas vulnerables. Aquí, la objeción no es rebeldía frente al poder, sino una de las estrategias del poder para negar el disfrute de derechos humanos básicos. El objetor en estos casos no nada contra la corriente, es parte de la corriente. La protección de la objeción en estas condiciones no implica necesariamente una defensa de la libertad sino una forma más o menos sutil de sometimiento” (Alegre, 2009: 30).

VI. Una revisión sobre los límites de la OC ante SSR

La OC, como parte del derecho a la autonomía y la libertad, ha presentado diversos límites para su procedencia. Dentro de ellos, destaco dos: el no uso de violencia, y el no daño a terceros. Pero, ¿qué significantes implican esos límites cuando la desobediencia es impuesta ante el avance de los derechos de SSR de las personas gestantes?

Como primer acercamiento a la temática, es de necesario reiterar la importancia de analizar el contexto social y jurídico en el que se manifiestan estas acciones. El entramado cultural y económico en el cual se inscriben las sociedades occidentales, implica un conjunto de violencias que inciden sobre ciertas corporalidades con una amplia gama de acciones. Acciones que no siempre se visibilizan como actos de violencia.

En este sentido, el plano normativo internacional del sistema de DDHH, ha sido más receptivo a entender la limitación a la libertad reproductiva como un acto de violencia. Por consiguiente, el obligar a sostener embarazos no deseados, así como obstaculizar su acceso son entendidos como tratos discriminatorios y violentos. La Recomendación General n.º 35 (RG 35)¹⁸ del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) dota de mayor contenido el significantes “violencia”. De esta forma, expresamente vinculó la discriminación y la violencia contra las mujeres con el derecho a la SSR en general y a las interrupciones de embarazos en particular.

La RG 35 visibiliza algunos factores sociales y culturales que contribuyeron al sostenimiento de las violencias a razón de género. En ese sentido, afirma que cuestiones como la ideología del derecho, los privilegios masculinos, las normas sociales que afirman un supuesto poder masculino, la imposición de roles a cada género, entre otros, contribuyen a la aceptación social explícita o implícita de la violencia por razón de género contra la mujer (Comité CEDAW, RG 35, 2017, párr. 19). En otras palabras, reconoce los efectos que la organización social patriarcal ha tenido sobre ciertas identidades.

¹⁸ Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>.

En ese contexto, el Comité CEDAW afirmó que las violaciones a la SSR de la mujer, tales como la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto o de la atención posterior, así como la continuación forzada de un embarazo son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante (Comité CEDAW, RG 35, 2017, párr. 18). Por consiguiente, recomienda que los Estados partes tomen medidas legislativas que deroguen disposiciones consuetudinarias, religiosas, indígenas o jurídicas que discriminen a la mujer o toleren violencias por razón de género.

Las definiciones reconocidas en el sistema internacional de DH traccionan nuevos modos en que el derecho nacional debe interpretar los cuerpos sexuados (Facio, 2011; Peñas Defago, 2016). En este sentido, el decreto 1011/2010 que reglamenta la ley N° 26485 de Protección integral a las mujeres específica que toda acción u omisión proveniente del personal de instituciones públicas o privadas de salud –entre otrxs– que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente si desea o no procrear, el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, configura un tipo de violencia contra la mujer denominada violencia contra la libertad reproductiva. La normativa agrega que “específicamente incurrir en violencia contra la libertad reproductiva los/as profesionales de la salud que no brindan el asesoramiento necesario o la provisión de todos los medios anticonceptivos, como así también los/as que se niegan a realizar prácticas lícitas atinentes a la salud reproductiva” (Ley 26485 art. 6 inc. d)

Pese a los diversos reconocimientos normativos, continúan las situaciones paradójales: por una parte, la consagración y reconocimiento de los derechos de las mujeres y por la otra, la persistencia e incremento de múltiples violencias de género (Gherardi, 2016; Pautassi, 2021). Es entonces, que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, obliga a (re)pensar los límites de figuras como la OC ante la SSR, en tanto obstáculo que incide en el acceso y en la apreciación subjetiva de las interrupciones como derechos.

A estas alturas, las realidades de los países que legalizaron las interrupciones de embarazos dan cuenta que el ejercicio de la OC importa obstáculos para el acceso a las interrupciones de embarazos de las personas gestantes (DESC OG 22). Por ello, si es

cierto que la OC no debe contener en sí misma actos de violencia, es imprescindible superar la consideración de la violencia solamente como actos que irrumpen en la escena pública asimilados a portación de armas. Comprender su accionar en aquellas órbitas más silenciosas y no siempre puestas en la agenda, como la violencia que significa la limitación a la libertad reproductiva.

Por lo expuesto, el contexto donde se ejerce la OC es trascendental a la hora de interpretar el alcance de esta figura. Cuando es reputada frente a la legalización de las interrupciones de embarazos, el sistema patriarcal y de violencia en el que se encuentran inmersos los cuerpos gestantes obliga a considerar a este tipo de desobediencia, con la potencialidad de que su ejercicio sea violento. Esto conlleva a marcar y regular límites precisos para su efectividad.

Lo mismo sucede con la limitación respecto a que la misma no puede causar daño a terceros. Incluso si se sostiene que la OC es un DH, su límite se presenta ante la existencia de un daño a una tercera persona. La importancia del contexto, las relaciones de poder e incluso la irreversibilidad de los daños que pudiese ocasionar la OC ante la SSR obliga a indagar en una concepción del daño a la persona gestante que no sea prevista como residual ni anómala, sino como un elemento cuya posibilidad de desarrollo es consustancial a las relaciones interpersonales entre el personal sanitario y la persona que busca satisfacer sus derechos de SSR.

En otras palabras, la legitimidad de abstenerse de realizar un acto de ILE/IVE dependerá de que se garantice la ausencia de daño a las personas gestantes, y no que las personas gestantes deban demostrar que la OC les provoca un daño.

VII. Reflexiones finales

La OC ante la legalización de las interrupciones de embarazos se enuncia, reclama y ejerce en un contexto histórico patriarcal. Entendido éste como un sistema de relaciones sociales sexopolíticas, que jerarquiza sexualmente el poder, presupone la superioridad masculina, se estructura sobre la heterosexualidad obligatoria, ata la sexualidad a la reproducción, construye roles de género y adjudica a ciertas corporalidades las tareas de cuidado. Todo lo que limita la autonomía e igualdad de las

mujeres y otras identidades que no se inscriban en esos márgenes (Millet, 1970, 1995, Lerner, 1986,1990; Rivera Garretas, 1994; Cobo, 1995; Pateman, 1985, 1995).

Es por ello que la interpretación de la figura debe ser entendida bajo un prisma crítico, que permita dar cuenta de sus efectos y considere sus límites de daño a terceros. De lo contrario, la OC ante la legalización de las interrupciones de embarazos se asemeja más a una herramienta que protege ciertas libertades de ciertos grupos, y desconoce las condiciones y contextos de la totalidad de los derechos involucrados y sus previsibles daños. Lo que conlleva a un ejercicio opresivo de la misma.

Del análisis contextual sobre la procedencia y ejercicio OC en la IVE/ILE dependerá, en gran medida, el futuro de los DSR de Nuestramérica. De lo contrario, la OC se convierte en una herramienta de presión habitualmente oculta frente a la compleja relación asistencial actual, dentro de una sociedad plural en la que es imprescindible que las voces de las personas gestantes sean reconocidas.

Bibliografía

- ALEGRE, Marcelo (2009). ¿Opresión a conciencia?: la objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva. *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. Paper 66. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/66/
- ALVIAR, Helena y JARAMILLO, Isabel (2012). Feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo formal. Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes.
- ARIZA NAVARRETE, Sonia (2012). Resistencia al acceso al aborto (no punible): la objeción de conciencia. *Revista Derecho Penal*, (2), pp. 23-36. http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120189-ariza_navarrete-resistencias_al_acceso_al.htm
- BROWN, Wendy (2016). *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*. [Trad. Víctor Altamirano]. Ed Malpaso
- BULYGIN, Eugenio (1961). *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Abeledo Perrot.
- CAPODIFERRO CUBERO, Daniel (2015). *La objeción de conciencia a la interrupción del embarazo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CASAS, Lidia (2005). La objeción de conciencia en salud sexual y reproductiva. Una ilustración a partir del caso chileno. En Cabal y Motta (Comp.), *Más allá del*

- Derecho Justicia y Género en América Latina*. pp. 267-306. Siglo del hombre editores.
- CENA, María Julieta (2020). Objetar el aborto. En Jaime, M. y Valdivia, F. (Ed.), *Mujeres, aborto y religiones en Latinoamérica. Debates sobre política sexual, subjetividades y campo religioso*. pp. 149-176. Flora Tristán y UNMSM.
- COBO, Rosa (1995). *Fundamentos del patriarcado moderno*. Ed. Cátedra.
- DICKENS, Bernard M. (2009). Servicios de salud reproductiva y el derecho y ética de la objeción de conciencia. *Revista Argentina de teoría jurídica*, vol. 10, pp. 1-9.
- FACIO, Alda (2011) "Viena 1993, cuando las mujeres nos hicimos humanas". *Pensamiento Iberoamericano*, (9) pp. 3-2
- FERNÁNDEZ LYNCH, Holly (2008). *Conflicts of Conscience in Health Care: An Institutional Compromise*. MIT Press.
- FERNÁNDEZ-VÁZQUEZ, Sandra (2018). Políticas públicas de aborto en transición: de las consejerías pre y post aborto a las interrupciones legales del embarazo en el Área Metropolitana de Buenos Aires. *Revista de Bioética y Derecho*, (43), pp. 145-160. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000200011&lng=es&tlng=es
- FONTENLA, Marta (2009), Patriarcado. En Gamba, S. B. (Coord.), *Diccionario de género y feminismos*. pp.258-260.. Ed. Biblos.
- GARGARELLA, Roberto (2005). *El derecho a resistir el derecho*. Miño y Dávila editores
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. (1990). *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Centro de Estudios Constitucionales.
- GHERARDI, Natalia (2016) Otras formas de violencia contra las mujeres que reconocer, nombrar y visibilizar. En Serie Asuntos de Género (LC/L.4262) CEPAL
- GÓMEZ ABEJA, Laura (2015). *Las objeciones de conciencia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel (2020). *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI; una mirada desde el pensamiento crítico*. CLACSO.
- IRRAZÁBAL, Gabriela, BELLI, Laura y FUNES, María Eugenia (2019). Derecho a la salud versus objeción de conciencia en la Argentina. *Revista Bioética*, vol. 27 (4), pp. 728-738. <https://doi.org/10.1590/1983-80422019274356>
- LAPORTA, Francisco (2000). Poder y Derecho. En Laporta, F. J. y Garzón Valdez, E. (Comp.), *El Derecho y Justicia*. pp. 441-456. Editorial Trotta.
- LERNER, Gerda (1986/1990). *La creación del patriarcado*. Editorial Crítica.
- MILLET, Kate (1970-1995) *Política Sexual*. Ediciones Cátedra.
- NUSSBAUM, Martha. (2011). *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto. Vivir en democracia implica respetar el derecho de las personas a elegir estilos de vida con los que no estoy de acuerdo*. [Entrevista de Daniel Gamper Sachse]. Katz Editores.

- PEÑAS DEFAGO, María Angélica (2016) Las políticas públicas sobre sexualidad y reproducción en Argentina. Principales actores y argumentos en su formulación. Tesis de Doctorado en Derecho. Universidad Nacional de Córdoba.
- PATEMAN, Carol (1988/1995). *El contrato sexual*. Ed. Anthmpos y Universidad Autónoma.
- PAUTASSI, Laura (2021b) Presentación. En Diana Maffia (et.al.); coordinación general de Marisa Herrera-Tratado de géneros, derechos y justicia: políticas públicas y multidisciplinaria. 1° ed. Santa Fe Rubinzal Culzoni. pp. 13-19
- PECES BARBA, Gregorio (1988). *Desobediencia civil y objeción de conciencia*. Anuario de Derechos Humanos (5). Universidad Complutense.
- PIETRO SANCHIS, Luis (2007). Desobediencia civil y objeción de conciencia. En Sancho Gargallo, I. (Dir.), *Objeción de conciencia y función pública. Consejo general del poder judicial*. pp. 11-42. Ed. Centro de Documentación Judicial.
- PUGA, Mariela y VAGGIONE, Juan Marco (2015). La política de la conciencia. La objeción como estrategia contra los derechos sexuales y reproductivos. En Vassallo, M. (Comp.), *Peripecias en la lucha por el derecho al aborto*. pp. 94-137. Católicas por el Derecho a Decidir.
- RAWLS, Jhon (1971-2011). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- RIVERA GARRETAS, María Milagros (1994). *Nombrar el mundo en femenino*. Icara.
- RUIZ, Alicia (2003). El derecho como discurso y como juego. *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 38, 1-5.I
- SINGER, Peter (1985). *Democracia y desobediencia*. [Trad. Gustavino, M. I.]. Editorial Ariel S.A.
- TRIVIÑO CABALLERO, Rosana (2018). Objeción de conciencia. *Eunomía. Revista Cultura de la Legalidad*, (15), pp. 198-208. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/4348>
- VAGGIONE, Juan Marco y MACHADO, María das Dores (2020). Religious Patterns of Neoconservatism in Latin America. *Politics & Gender*, 16(1).
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos (1996). *Tomarse en serio la desobediencia civil. Un criterio de legitimidad democrática*. Instituto de Filosofía del CSIC.

Los números no bastan: paridad y representación sustantiva en el proceso constitucional chileno

Numbers are not enough: gender parity and substantive representation in the Chilean constitutional process

Por Anabel Yanes Rojas, Michelle Hafemann Barbelagua y Julieta Suárez-Cao

Resumen: A pesar del fallido proceso constituyente en Chile y las expectativas divididas en torno a la segunda convocatoria, la paridad en los órganos sigue siendo una innovación del proceso chileno. Sin embargo, las condiciones de contexto han variado y el Anteproyecto de Constitución Política redactado por la Comisión Experta genera incertidumbre sobre la perspectiva de género en la futura Constitución, ya que dispone, principalmente, solo la participación política de las mujeres. ¿Por qué no se ha transversalizado una perspectiva pro mujer, a pesar de existir una estructura paritaria? A partir de una investigación descriptiva y exploratoria, centrada en la revisión sistemática de los documentos de la Comisión Experta, demostramos que, bajo un nuevo entorno político y nuevas reglas institucionales, las fallas en la capacidad de coordinación de las representantes feministas con otros decisores y la casi inexistente participación activa de la sociedad civil podrían explicar los resultados de la primera etapa del proceso constituyente de 2023.

Palabras clave: género; paridad; Constitución; representación descriptiva; representación sustantiva.

Abstract: Despite the failed constitutional process in Chile and the divided expectations around the second call, parity in the bodies continues to be an innovation of the Chilean process. However, the context conditions have varied and the Draft of the Political Constitution written by the Expert Commission generates uncertainty about the gender perspective in the future Constitution, since it provides, mainly, only for the political participation of women. Why hasn't a pro-woman perspective been crossed, despite the existence of a parity structure? Based on a descriptive and exploratory investigation, focused on the systematic review of the documents of the Expert Commission, we demonstrate that, under a new political environment and new institutional rules, the failures in the coordination capacity of the feminist representatives with other decision-makers and the almost non-existent active participation of civil society could explain the results of the first stage of the constituent process of 2023.

Key words: gender; parity; Constitution; descriptive representation; substantive representation.

Fecha de recepción: 11/06/23

Fecha de aceptación: 13/06/23



Los números no bastan: paridad y representación sustantiva en el proceso constitucional chileno

Por Anabel Yanes Rojas*, Michelle Hafemann Barbelagua** y Julieta Suárez-Cao***

I. Introducción

“¿Pueden las Constituciones ser también para mujeres?” (Greschner 1986). Perspectivas a favor y en contra se desarrollaron en los últimos años, sin que la evidencia empírica permitiera ofrecer una única respuesta (Reyes-Housholder y Suárez-Cao, 2019; De Silva et al., 2017; Suárez-Cao, 2022; Mohanan, 2022; Tadros, 2020). Los mecanismos de acción afirmativa estuvieron presentes en los recientes procesos constitucionales de Bolivia y Ecuador, pero la inexistencia de procesos autoejecutables había limitado la representación paritaria. En condición de minorías o ante partidos políticos menos dispuestos a ceder existen limitadas posibilidades para exigir y disponer sobre sus demandas (Kamal, 2015). Con la paridad de entrada y de salida en el primer proceso constitucional chileno luego de la tercera ola democrática, el debate volvió a cobrar fuerza. La transversalización de la perspectiva de género en la Constitución fallida de 2022 aportó nueva evidencia para el análisis y se sostuvo que el equilibrio de género permite poner las demandas de las mujeres al frente (Piscopo y Siavelis, 2023). Sin embargo, los fenómenos políticos son raramente bivariados y una nueva etapa del proceso constitucional chileno produce incertidumbre sobre las cuestiones de género. ¿Por qué el Anteproyecto de Constitución Política de Chile no transversaliza una perspectiva pro mujer, a pesar de existir una estructura paritaria?

El contexto chileno cambió y en 2023 se escribe una nueva Constitución luego de un rotundo rechazo a la propuesta de nueva Constitución en el plebiscito de salida,

* Pontificia Universidad Católica de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0084-0611> Correo Electrónico: ayanes@uc.cl

** Pontificia Universidad Católica de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3478-7027> Correo Electrónico: mmhafemann@uc.cl

*** Instituto de Ciencia Política (ICP). Pontificia Universidad Católica de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5278-5151> Correo Electrónico: julieta.suarez@uc.cl

durante un gobierno de izquierda que ha pasado del 50 al 30% de popularidad, de una desconfianza en el proceso constituyente que supera el 60% y de una actividad social contenciosa cada vez más contenida (ACTIVA, 2023). En este escenario ha cambiado la participación, las presiones y las expectativas (Sánchez, 2023). La ventana de oportunidad se encuentra cooptada por el fracaso y por el retorno de las visiones masculinas de los partidos políticos, principalmente de derecha (Heiss, 2023). Si la primera convención constitucional de Chile fue el resultado de una presión desde abajo, luego de su rechazo el nuevo proceso continúa bajo el Acuerdo por Chile¹ que delimitó la estructura y los contenidos bases de la nueva Constitución.

El cambio institucional con perspectiva de género no solo depende de la paridad o la representación descriptiva, este es solo un paso (Tadros, 2020; Tripp, 2016; Evans y Kenny, 2020). Como evidencia, el Anteproyecto de Constitución Política no contiene una perspectiva de género y solo destaca, principalmente, la igualdad formal en la participación política. Argumentamos que, si bien las mujeres tienden a ser más propensas a representar a las mujeres, cuando falla la capacidad de coordinación de las representantes feministas con otros decisores y la participación activa de la sociedad civil, no es posible escribir una Constitución también pensada para las mujeres.

La evidencia y resultados presentados en este artículo no son concluyentes. Los estudios de casos contribuyen a la formulación de teorías, y realizados en profundidad son fundamentales para capturar las formas complejas en que el género configura las instituciones políticas (Waylen, 2014); sin embargo, el proceso constitucional en Chile no ha concluido y solo aportamos una aproximación luego de concluida la primera etapa. El análisis del Anteproyecto de Constitución Política elaborado por la Comisión Experta² aporta al debate sobre la posibilidad de redactar Constituciones pro mujer,

¹ El Acuerdo por Chile es el documento en el que se establecen las Bases Constitucionales sobre las cuales se trabaja en la redacción de la nueva Constitución, en el actual proceso constituyente chileno. En el documento se consagran las 12 bases institucionales y fundamentales que debe contener la propuesta de carta fundamental. Fue firmado el 12 de diciembre de 2022 por los representantes de los principales partidos políticos chilenos, junto a los movimientos Amarillos por Chile, Demócrata y Unir (BCN, 2022). Se marginaron de suscribir el acuerdo los partidos Republicano y de la Gente, PDG (Palma, 2023).

² El nuevo proceso constitucional en Chile se desarrolla bajo el funcionamiento de tres órganos: Consejo Constitucional, Comisión Experta y Comité Técnico de Admisibilidad, según dispone el Reglamento de Funcionamiento de los Órganos del proceso constitucional (2023). Además, el artículo 14 establece que

bajo el mecanismo de paridad, y arroja luces sobre la relación entre representación descriptiva y sustantiva, una pregunta fundamental en los estudios sobre género y política. La centralidad en el trabajo de la Comisión experta a partir de una sistemática revisión a sus documentos, sesiones e informes, es un paso inicial para el estudio del enfoque de género en las nuevas Constituciones. Los sistemas políticos avanzan hacia la representación descriptiva de las mujeres y los mecanismos de acción afirmativa han operado en diferentes diseños, generando múltiples resultados. Sin embargo, la representación sustantiva sigue siendo una deuda.

II. Género y representación

La paridad en la Convención Constitucional fue un hito para la representación política de las mujeres en Chile. La ventana de oportunidad que abrió el estallido social y -como salida institucional a la crisis- el Acuerdo por la Paz de 2019, que dio inicio al actual proceso constituyente, permitieron que actrices claves feministas lograran impulsar la norma que permitió la elección paritaria del órgano redactor del proyecto de nueva Constitución. Esto dio inicio a la generización de un proceso de cambio institucional, donde el rol de los actores y de las ideas feministas ha dependido del contexto político más amplio, que tiene impacto directo en la agencia de los movimientos de mujeres y de actrices claves feministas (Mackay, 2011; Staab, 2017).

De acuerdo con la evidencia comparada, durante los procesos constituyentes las y los actores claves feministas aprovechan la oportunidad política que ofrecen estas “ventanas de reformas” para moldearlos y reivindicar la participación y representación de las mujeres (Dobrowosky y Hart, 2003). Usualmente, estas emprendedoras políticas feministas raramente tienen suficiente poder o capacidad de influencia para lograr reemplazar normas antiguas por nuevas, pero ven la oportunidad de hacerlo ante la ausencia de actores de veto dado el contexto de cambio institucional. En el caso de Chile, la ventana de oportunidad presentada por el estallido social facilitó el espacio y la agencia, esfuerzo que se vio alineado con las razones instrumentales -la búsqueda de

estos órganos se deben integrar de manera paritaria, es decir, con la misma cantidad de hombres y mujeres.

una salida a la crisis política a través de un mecanismo legitimado por la ciudadanía por las que los actores políticos institucionalizados apoyaron este cambio generizado (Waylen, 2009; 2014). Así como los actores políticos recurren en ocasiones a candidatas mujeres para sortear momentos de crisis (Funk et al., 2019), en el caso del primer proceso constituyente chileno post dictadura, la elección paritaria de mujeres fue un mecanismo legitimador.

Es parte de la sabiduría convencional, también, que las instituciones están profundamente imbricadas en la forma que adquiere la vida política. Las reglas, normas, discursos y prácticas que comprenden estas instituciones están crucialmente involucradas en la definición de derechos y responsabilidades y la distribución de recursos (Staab, 2017). Estas instituciones tienen, además, implicancias de género, tanto a nivel nominal como sustantivo. Nominal en cuanto al número de hombres y mujeres que las conforman, pero sustantivo en sentido de que estas reproducen los sesgos de género que se aceptan a nivel social, como el asociar la masculinidad con la idea de racionalidad y poder, y la feminidad con emocionalidad y cuidados (Waylen, 2014).

Las diferencias nominales y sustantivas se presentan también al evaluar el tipo de representación política que se expresa en un contexto institucional dado. Mientras que la noción de representación descriptiva hace referencia a las características de las personas electas y permite establecer si éstas son un reflejo de las características de la sociedad; la representación sustantiva acentúa la actuación de los/las representantes con independencia de sus características, es decir, la capacidad de representantes de actuar en nombre de otros/as, defendiendo determinados intereses y promoviendo agendas específicas (Pitkin, 1967; PNUD, 2015). Además, como sugiere la noción de política de presencia, las experiencias sociales y -en particular- el género de quienes ejercen el rol de representación, influyen en los procesos de deliberación y toma de decisiones (Phillips, 1995). Así, analizar la representación descriptiva y sustantiva permite poner atención a la habilidad y la capacidad de las mujeres para actuar individualmente y colectivamente (Kantola y Lombardo, 2017).

En ese sentido, en el caso de la actividad legislativa, la evidencia muestra que el porcentaje de mujeres en los parlamentos es determinante para el contenido de la

legislación aprobada y que los parlamentos con mayor presencia femenina aprueban mayor cantidad de leyes con perspectiva de género (Bratton, 2005; Thomas, 1991, 1994). No obstante, no basta con una “masa crítica” dado que, de por sí, el incremento en la representación política de las mujeres no tiene como resultado directo la representación sustantiva (Childs y Krook, 2008). No es su número lo que cuenta para lograr resultados políticos a favor de las mujeres, como han defendido las teorías de una masa crítica, sino su capacidad de acción (Kantola y Lombardo, 2017).

Finalmente, el supuesto de esta capacidad de acción puede motivar a parte del electorado femenino a votar por mujeres. Se ha propuesto que cuanto más se parece una persona a un/a representante electo/a, más se puede esperar que comprenda y actúe en función de sus intereses (Johnston et al., 1992). Por otra parte, autoras como Sanbonmatsu (2002a; 2002b) han planteado que el voto de mujeres por personas de su mismo sexo tiene tanto explicaciones identitarias como vinculadas a la predisposición de las votantes frente a las creencias y competencias de candidatas mujeres. Otros trabajos, en tanto, han comprobado a través de experimentos que las mujeres tienden a preferir a las candidatas más que a los hombres, aunque ambos responden positivamente a las candidatas (Schwarz y Coppock, 2022).

III. Continuidad en la representación descriptiva, incertidumbre sobre la sustantiva

Chile avanza en una nueva Constitución bajo un reclamo de moderación, pero con el riesgo de situarse demasiado a la derecha (Heiss, 2023). Los pesos y contrapesos entre los órganos, las explicaciones del rechazo centradas en los excesos y el reinicio para lograr la reunificación nacional como resultado de un acuerdo entre la élite política, delinean un nuevo trayecto. El votante medio del proceso constitucional en 2023 ya no se encuentra a la izquierda como en la propuesta anterior. Aunque la derecha se opuso al primer proceso constituyente, en esta nueva versión tiene un mayor poder de influencia y decisión³.

³ Mientras que en la Convención Constitucional los partidos de derecha, agrupados en la coalición Vamos por Chile, alcanzaron 37 de un total de 155 escaños (Fábrega, 2022), en el Consejo Constitucional el Partido Republicano y la coalición Chile Vamos (que reúne a los partidos Evópoli, Renovación Nacional, RN, y Unión Demócrata Independiente, UDI) suman 33 de un total de 55 escaños (Chechilnitzky, 2022).

En este escenario culminó la primera etapa del proceso de 2023 y se ha instalado el Consejo Constitucional. La Comisión Experta entregó el Anteproyecto de Constitución Política para la República de Chile. Un documento redactado bajo una composición paritaria que no apuesta por una Constitución pro mujer. Como la máxima del nuevo proceso es tomar distancia de todo lo que motivó el rechazo en el plebiscito de salida (Titelman y Leighton, 2022), las/os comisionadas/os llegaron a acuerdos cumpliendo con su llamado al respeto y a la sobriedad (Sanhueza, 2023), pero con menores avances en la transversalización de las demandas femeninas.

Aunque el nuevo proceso mantiene en todos sus órganos la estructura paritaria innovadora que ha caracterizado al proceso chileno, los miembros de la Comisión Experta no decidieron, a diferencia del proceso anterior, sobre la conformación independiente de una comisión de género o sobre su transversalización para evitar la focalización de las demandas en solo grupo (Yanes-Rojas y Hafemann, 2023). La Comisión Experta escribió el Anteproyecto y el Consejo Constitucional discute la propuesta sin posibilidad de elegir en torno a estas opciones porque la estructura y las restricciones de fondo quedaron definidas en el Reglamento de Funcionamiento de los Órganos del proceso constitucional (2023).

No obstante, esta primera etapa del proceso comparte rasgos con la primera Convención Constitucional del más reciente Chile democrático. A la presidencia de la Comisión Experta llegó una abogada experta, defensora de la perspectiva de género en la Constitución (Undurraga, 2020). Dos de sus cuatro subcomisiones (Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos, y Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales), también contaron con presencia femenina en su dirección, pero las comisionadas solo fueron mayoría en dos subcomisiones (Principios, Derechos Civiles y Políticos y Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos). Aunque con la composición paritaria del órgano se fortalecía la ventana de oportunidad para avanzar en la arquitectura de igualdad de género, el mecanismo de designación de los expertos trajo de vuelta a los partidos políticos y sus prioridades masculinas (Mohan 2020; Tripp 2016).

A diferencia de la Constitución fallida de 2022 no se dispone una democracia paritaria. Si bien las mujeres tienden a votar por mujeres, como se expuso en la sección

anterior de este artículo, la ideología se cruza según el tema. Por ejemplo, la mayoría de las expertas feministas de izquierda y pocos expertos de esta tendencia ideológica abogaron por la inclusión de la paridad en los debates y enmiendas, pero las peticiones no recibieron el apoyo necesario. Tanto mujeres como hombres expertas/os que representaban diferentes tendencias ideológicas se opusieron a la paridad, pero defendieron la igualdad en la participación política a través de las cuotas y la no discriminación salarial. Por ejemplo, en la subcomisión Sistema Político, Reforma Constitucional y Forma de Estado, paritaria en cuanto a posturas ideológicas, se alcanzó “consenso en que la ley deberá establecer mecanismos que permitan una participación equilibrada entre hombres y mujeres en la integración de los órganos colegiados” (Subcomisión Sistema Político, Reforma Constitucional y forma de Estado, 2023, p. 151). Sin embargo, la subcomisión, Principios, Derechos Políticos y Civiles, también con paridad ideológica y donde las mujeres eran mayoría, rechazó la enmienda sobre el enfoque de género en la prevención de la violencia.

En contraposición al proceso de redacción de la Constitución fallida de 2022, las expertas feministas no lograron consolidar su capacidad de articulación con hombres de izquierda y mujeres de derecha en pos de una Constitución pro mujer. Por ejemplo, de las 14 iniciativas constitucionales que se presentaron sólo tres plantearon artículos pro mujer (Tabla 1). Y un análisis más profundo de los grupos proponentes muestra que las propuestas a favor de las demandas femeninas son menos frecuentes en los colectivos donde las mujeres eran mayoría, pero la composición ideológica fue paritaria. La mitad de las iniciativas constitucionales fueron escritas en su mayoría por mujeres, pero de estas propuestas solo la iniciativa Fundamentos del Orden Constitucional aboga por el acceso igualitario de mujeres y hombres a los mandatos electorales y cargos electivos y en los distintos ámbitos de la vida nacional. Incluso, Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales fue la única iniciativa que no se redactó bajo paridad ideológica y el grupo mayoritario fue la derecha (principalmente mayoría de hombres de derecha). Aunque se incluyó la igualdad salarial, el enfoque de género no aparece en el resto del articulado.

Tabla 1. Iniciativas y articulado pro mujer en el Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile 2023⁴

Normas Constitucionales	Presencia de mujeres	Iniciativas	Anteproyecto
Fundamentos del orden constitucional	Mayoría	<p>Artículo 1. (...) Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.</p> <p>Artículo 2: (...) El Estado promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona se realicen, removiendo los obstáculos que lo impidan o dificulten.</p> <p>Artículo 5 (inciso 2): La ley favorecerá el acceso igualitario de mujeres y hombres a los mandatos electorales y cargos electivos y promoverá su participación en condiciones de igualdad, en los distintos ámbitos de la vida nacional. El Estado garantizará el ejercicio de la ciudadanía plena de las mujeres.</p>	<p>Capítulo I</p> <p>Artículo 1. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.</p> <p>Artículo 2: El Estado promoverá las condiciones de justicia y solidaridad para que la libertad, derechos e igualdad de las personas se realicen, removiendo los obstáculos que lo impidan o dificulten.</p> <p>Artículo 4 (numeral 2): La ley asegurará el acceso igualitario de mujeres y hombres a los mandatos electorales y cargos electivos y promoverá su participación en condiciones de igualdad en los distintos ámbitos de la vida nacional. El Estado garantizará el ejercicio de la participación política de las mujeres.</p>
Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales	Minoría	<p>Artículo 1: La Constitución asegura a todas las personas:</p> <p>Numeral: 3. El derecho a la igualdad ante la ley (...).</p> <p>Numeral 18: Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos, así como cualquier discriminación arbitraria en el marco de la relación laboral. Asimismo, se garantiza la igualdad salarial entre mujeres y hombres en trabajos equivalentes.</p>	<p>Capítulo II</p> <p>Artículo 16, numeral 3: (...) Hombres y mujeres son iguales ante la ley (...). Está prohibida toda forma de discriminación, directa o indirecta (...).</p> <p>Numeral 25, inciso b: Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. Asimismo, se garantiza la igualdad salarial por trabajo de igual valor, especialmente entre hombres y mujeres, de conformidad a la ley.</p>

⁴ Se han resaltado los cambios en negrita.

Representación Política y Participación	Minoría	Artículo 35. La ley deberá contemplar mecanismos para promover una participación equilibrada entre mujeres y hombres en la integración de sus órganos colegiados.	Capítulo III Artículo 45, numeral 3: La ley deberá contemplar mecanismos para asegurar una participación equilibrada entre mujeres y hombres en la integración de sus órganos colegiados.
---	---------	--	--

Fuente: Elaboración propia en base a Proceso Constitucional (2023).

En las 11 iniciativas restantes no se mencionan los términos mujer y género. Conscientes de su ausencia, algunos de los informes de las subcomisiones reconocen que existen “entre los firmantes otros asuntos muy relevantes, que no llegaron a ser incluidos, y que quedarán para la etapa de enmiendas (...) en materias tales como la participación política de las mujeres” (Iniciativa Congreso Nacional, 2023, p. 8). Sin embargo, estos temas, puntos o demandas tampoco prosperaron en la etapa de enmienda y las propuestas que surgieron de comisionadas feministas en alianzas con comisionados de izquierda no lograron ampliar la perspectiva pro mujer en el articulado.

Si bien en el proceso anterior la composición paritaria de las comisiones de trabajo y la presencia de independientes favoreció la coordinación en temas claves entre las convencionales de distinta etiqueta ideológica, sin paridad y en condiciones de mayoría o minoría en una subcomisión las enmiendas a favor de la perspectiva de género no recibieron el apoyo necesario para ser incluidas en el Anteproyecto de 2023. Las enmiendas afines con el enfoque de género, la paridad y la identidad de género fueron rechazadas por las/os comisionadas/os, retiradas por sus proponentes o rechazadas por ser incompatibles con la iniciativa aprobada o por estar incorporando parte del contenido en las enmiendas de unidad de propósito.

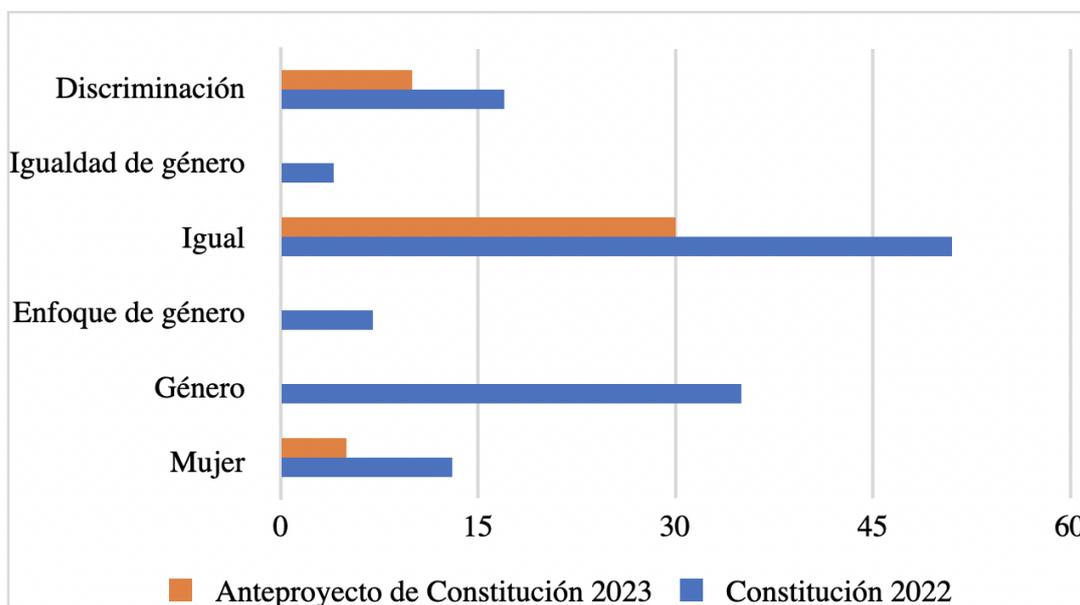
Las diferentes fases para la redacción y aprobación del Anteproyecto no se convirtieron en espacios de oportunidad para reforzar la transversalización de las demandas femeninas en el documento. El articulado que hace referencia a la participación política y a la igualdad salarial en el Anteproyecto prácticamente no experimentó variaciones en su alcance o enfoque y sus modificaciones bajo el recurso de

enmienda fueron aprobadas por unanimidad en la subcomisión correspondiente. No se incluyeron nuevas disposiciones pro mujer, pero tampoco se ampliaron asuntos afines con el trabajo doméstico, los derechos sexuales y reproductivos y el acceso al trabajo formal. Los debates y enmiendas de los comisionados, la participación de otros expertos y expertas invitados y de organizaciones de la sociedad civil sólo motivaron cambios en algunos términos de los artículos incluidos en las iniciativas constitucionales.

La inmovilidad entre las iniciativas constitucionales y las disposiciones finales del Anteproyecto presentado muestra que la inclusión de demandas femeninas no avanza en presencia de subcomisiones sin paridad de género, pero paritarias ideológicamente. Bajo estas condiciones, las feministas no tienen capacidad de coordinación con otras mujeres y hombres miembros o no se logra en determinados puntos, porque se enfrentan a las barreras partidarias y no existe una fuerte presión desde abajo. Más adelante se muestra que una escasa participación de la sociedad civil y de las organizaciones feministas también pueden explicar por qué las propuestas iniciales de la Comisión fueron poco permeables.

Como consecuencia, la base para el nuevo texto constitucional que presentó la Comisión Experta no incluye las demandas de las mujeres ni transversaliza el enfoque de género necesario para la igualdad sustantiva. En el Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile se menciona solo cinco veces la palabra mujer, 30 el término igual (sin realizar distinción sobre la perspectiva de género), 10 discriminación y no existen términos como género, enfoque de género o igualdad de género. Si bien una cuantificación de términos clave no indica de manera concluyente el alcance sustantivo del documento, es importante comparar estos resultados con la propuesta de Constitución de la primera convención en Chile para evidenciar cómo términos claves desaparecen. Incluso, la Asamblea Constituyente en Ecuador no presentó una estructura paritaria y la Constitución de 2008 menciona 37 veces la palabra mujer, 11 género, tres veces enfoque de género y en 63 ocasiones se registra el término igual.

Figura 1. Comparación de términos claves en las propuestas de textos constitucionales



Fuente: Elaboración propia en base a Anteproyecto de Constitución Política (2023) y propuesta de Constitución Política (2022).

Entonces, si bien las mujeres tienden a representar a las mujeres, otros recursos y condiciones son necesarios para que la agenda pro mujer cale en el texto constitucional. La participación ciudadana se ha relacionado con el aumento de los derechos constitucionales y con la inclusión de instituciones participativas (Elkins et al., 2009). La inclusión de mandatos y disposiciones a su favor requiere de la actividad civil contenciosa, de la articulación y presión de las organizaciones y de la intervención de académicas y de feministas de élite (Reyes-Housholder, 2019; Suárez-Cao, 2023; Yanes-Rojas y Hafemann, 2023).

IV. Mecanismos de participación discrecionales sin activismo feminista y social

El nuevo proceso que se desarrolla en Chile es una propuesta desde arriba. El Acuerdo por Chile no incluyó mecanismo de participación, quedando su disposición a discrecionalidad de los órganos del proceso constitucional. Específicamente, el artículo 27 del Reglamento de Funcionamiento de los Órganos del proceso constitucional dispone que los invitados a las subcomisiones son acordados por la mayoría de los

integrantes presentes. A diferencia del proceso anterior donde los mecanismos de participación ciudadana favorecían la presencia activa de la sociedad civil, los miembros de la Comisión Experta eligieron a sus visitantes y la dinámica de trabajo tomó un rumbo totalmente opuesto. El nuevo proceso ha ocurrido a “puertas cerradas” y “ajeno a la opinión pública” (Sánchez, 2023).

En las calles, el reclamo de cambio no se hace sentir y el respaldo por la añorada demanda de una nueva Constitución para Chile sigue con su tendencia a la baja. El apoyo a la movilización social como una actividad que genera consecuencias positivas para el país cae del 76% en 2020 al 47% en 2023 (Criteria, 2023). La confianza en el proceso constitucional, según la encuesta Pulso Ciudadano, no sobrepasa el 40% y solo el 29% de los chilenos está muy interesado en su ocurrencia (ACTIVA, 2023).

Aunque se ha demostrado que la mayoría de los pactos constitucionales tienden a ser oportunistas (Negretto y Sánchez-Talanquer 2021), la articulación con la heterogeneidad de la sociedad civil chilena fue menos visible durante el funcionamiento de la Comisión Experta. A diferencia del proceso anterior, donde cerca de 11 actores colectivos intervinieron en las audiencias públicas o presentaron iniciativas populares (Yanes-Rojas y Hafemann, 2023), las sesiones de las subcomisiones expertas destacan, principalmente, por la participación de académicas/os, funcionarios y ex funcionarios, así como asesores que en su mayoría fueron hombres.

Solo una proporción minoritaria de las mujeres y hombres invitados hicieron propuestas con perspectivas de género. Incluso, quienes apostaron por la paridad defendieron diferentes visiones sobre los alcances de este mecanismo. De un lado se defendió su concepción “de manera amplia, como forma de organizar el sistema político en su conjunto”, mientras que, del otro, se propuso “como principio y como mecanismo electoral de entrada, bajo cuotas de candidaturas 40/60 y corrigiendo aspectos procedimentales” (encabezamiento de las listas, intercalación y fiscalización) (Subcomisión Sistema Político, Reforma Constitucional y Forma de Estado, 2023, p. 39-40).

A la minoritaria participación de invitadas/os con perspectiva de género, se agrega la lánguida intervención del movimiento feminista chileno. Aunque las ansias de reforma de la primera convención Constitucional en Chile sobrepasaron las capacidades reales

de cambio institucional, el nuevo proceso constitucional en el país ha iniciado marcado por una mayor formalidad y casi desprovisto del debate público y la participación social (Heiss, 2023; Sánchez, 2023). Las demandas desde abajo fueron escasas como también lo fueron las propuestas de las organizaciones civiles. La subcomisión Sistema Político, Reforma Constitucional y forma de Estado recibió solo dos propuestas de estos colectivos. La plataforma comunicacional Nada Sin Nosotras -integrada por Corporación Humanas, el Centro de Estudios de la Mujer (CEM) y el Observatorio de Género y Equidad (OGE)- presentó una iniciativa, mientras que la Organización Pivote socializó su programa de incidencia pública, En Foco, que entre sus ejes incluye la igualdad de oportunidad para el acceso al empleo formal de grupos menos favorecidos como las mujeres. Si bien estas propuestas concordaron con las iniciativas presentadas a la comisión y con los intereses de algunos de las/os expertas/os, su exclusión en el Anteproyecto Constitucional aporta evidencia sobre los efectos de la articulación entre diferentes actores para redactar una propuesta pro mujer.

La Subcomisión Principios, Derechos Políticos y Civiles invitó al Director Jurídico de la Fundación Iguales que aboga por la actualización de la normativa constitucional a favor de la diversidad sexual y de género. Las subcomisiones restantes no recibieron como invitados a organizaciones de la sociedad pro mujer. La discrecionalidad de la mayoría de los integrantes de cada subcomisión limitó la participación ciudadana y esta podría ser una de las mayores deudas del presente proyecto, aun cuando se ha señalado que la participación popular en la elaboración de constituciones fortalece la democracia cuando motiva, sigue y complementa los acuerdos de las élites políticamente plurales (Negretto y Sánchez-Talanquer, 2021).

Las propuestas para transversalizar las demandas femeninas en el Anteproyecto Constitucional fueron limitadas y, no fue posible que la presión desde abajo acompañara las demandas de las expertas feministas o hiciera confluir a las/os expertas/os en otras demandas femeninas más allá de la participación política y la igualdad legal. El nuevo proceso constitucional chileno se encuentra marcado por la moderación y el Anteproyecto de Constitución Política parece ser consecuencia de esa postura. En un contexto donde se registra un menor activismo de la sociedad civil, alcanzar una Constitución pensada para las mujeres no puede recaer solo en las

dignidades designadas o elegidas y menos cuando las subcomisiones de trabajo no son paritarias en cuanto al género. La Comisión Experta es la representación del peso político de los partidos en el parlamento. Es la expresión de organizaciones que de manera tardía acordaron la introducción de las leyes de cuota en el país y que mantienen un 24% de representación femenina en las alcaldías y un 35% en la Cámara Baja. Aunque cuestiones ideacionales sobre la igualdad y la perspectiva de género calan con más fuerza en las sociedades, recordemos que históricamente los partidos políticos concedieron el voto femenino como consecuencia de una actuación estratégica (Przeworski, 2009). Conseguir progresos en términos constitucionales no puede dejarse en manos de las organizaciones políticas, porque solo avanzará de manera lenta y llegará cuando se busquen réditos electorales.

V. Conclusiones

Bajo una composición paritaria, el Anteproyecto de Constitución Política para la República de Chile no sobrepasa los límites de garantías a la igualdad política, legal y salarial. Si Chile había trascendido por escribir la primera Constitución pro mujer del mundo, con su rechazo cambió el contexto, el peso relativo de los actores políticos y el alcance del Anteproyecto de Constitución Política de 2023. Bajo composición paritaria de la Comisión Experta, pero sin paridad en las subcomisiones, no se sortearon las barreras que la transversalización de las demandas femeninas ha encontrado en los procesos constitucionales. El retorno de los partidos a través de los comisionados expertos acortó los horizontes de innovación en temas de género y siguió predominando una concepción política que apuesta por el acceso igualitario de hombres y mujeres a través de cuotas que desde la experiencia comparada no han erradicado a la actuación estratégica de las organizaciones políticas tradicionales.

Aunque las demandas femeninas son heterogéneas, las expertas feministas de izquierda representaron a las mujeres y en su esfuerzo por escribir un Anteproyecto también para las mujeres contaron con el apoyo de algunos comisionados hombres. Sin embargo, la falta de paridad en el trabajo en comisiones, las diferencias ideológicas y la escasa participación de la sociedad civil, de las organizaciones feministas y de las

académicas permiten anticipar que el resultado de este proceso va a diferir respecto del anterior en lo que se refiere a la inclusión de demandas feministas en el texto de la carta fundamental, es decir, a la idea de una Constitución pro mujer.

Sin embargo, como se advirtió en los párrafos iniciales de este artículo, este trabajo propone un primer acercamiento a un proceso constituyente en curso, por lo que investigaciones futuras deberán profundizar en el estudio del caso chileno para contrastar las condiciones que propician o limitan la transversalización de las demandas femeninas en el texto constitucional, y contribuir con evidencia empírica a dibujar la relación entre representación descriptiva y sustantiva en escenarios de cambio institucional.

Bibliografía

- BRATTON, Kathleen (2005). "Critical Mass Theory Revisited: The Behavior and Success of Token Women in State Legislature". En *Politics and Gender*, 1(1), pp. 97-125.
- CAMPBELL, Rosie y HEATH, Oliver (2017). "Do Women Vote for Women Candidates? Attitudes toward Descriptive Representation and Voting Behavior in the 2010 British Election" En *Politics & Gender*, 13, pp. 209-231.
- CHILDS, Sarah y KROOK, Mona Lena (2008). "Critical Mass Theory and Women's Political Representation" En *Political Studies*, 56, pp. 725-736.
- DE SILVA, Rangita, MNASRI, Anware y WARD, Estee (2017). "Women and the making of the Tunisian Constitution" En *Berkeley Journal of International Law*, 35(1), pp. 90-149.
- DOBROWOLSKY, Alexandra y HART, Vivien. (Eds.) (2003). *Women making Constitutions*. Palgrave Macmillan.
- ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom y MELTON, James (2009). *The endurance of national Constitutions*. Cambridge University Press.
- EVANS, Elizabeth y KENNY, Meryl (2020). "Doing politics differently? Applying a feminist institutionalist lens to the U.K. Women's Equality Party" En *Politics & Gender*, 16(1), pp. 26-47.
- FÁBREGA, José (2002). "Ordenamiento Ideológico en la Convención Constitucional Chilena" En *Revista de Ciencia Política*, 42(1), pp. 127-151.
- FUNK, Kendall, HINOJOSA, Magda y PISCOPO, Jennifer (2019). "Women to the rescue: The gendered effects of public discontent on legislative nominations in Latin America" En *Party Politics*, pp. 1-13.

- GILAS, Karolina (2016). “¿Hacia una democracia paritaria en América Latina? Estrategias fallidas y esperanzas vacías” En *Revista Debates*, 10(1), pp. 53-70.
- GRESCHNER, Donna (1986). “Can Constitutions Be for Women Too?” En *The Administration of Justice*, ed. Dawn Currie and B. MacLean.
- HEISS, Claudia (2023). “El proceso constituyente en Chile” En *Nueva Sociedad*, (305).
- JOHNSTON, Richard, BLAIS, Andre, BRADY, Henry y CRETE, Jean (1992). *Letting the People Decide: Dynamics of a Canadian Election Montreal*. McGill-Queen’s University Press.
- KAMAL, Hala (2015). “Inserting women’s rights in the Egyptian constitution” En *Journal for Cultural Research*, 19(2), pp. 150-161.
- KANTOLA, Johanna y LOMBARDO, Emanuela (2017). *Gender and Political Analysis*. Springer.
- MACKAY, Fiona (2011). “Conclusion” En *Gender, Politics and Institutions: Towards a Feminist Institutionalism*, ed. Krook M.L. y Mackay, F., pp. 181–196.
- MOHANAN, Nila (2022). “Negotiating political power at ‘critical junctures’: Women and constitution drafting in South Africa and India” En *Journal of Asian and African Studies*, 57(3), pp. 559-573.
- NEGRETTO, Gabriel y SÁNCHEZ-TALANQUER, Mariano (2021). “Constitutional Origins and Liberal Democracy: A Global Analysis” En *American Political Science Review*, 11(2), pp. 522-536.
- PHILLIPS, Anne (1995). *The politics of presence*. Clarendon Press.
- PISCOPO, Jennifer y SIAVELIS, Peter M. (2023). “Chile’s constitutional chaos” En *The Journal of Democracy*, 34(1), pp. 141-155.
- PITKIN, Hanna (1967). *The concept of representation*. University of California Press.
- PRZEWORSKI, Adam (2009). “Conquered or Granted? A History of Suffrage Extensions” En *British Journal of Political Science*, 32(2), pp. 291-321.
- SANBONMATSU, Kira (2002a). *Democrats/Republicans and the Politics of Women’s Place*. University of Michigan Press.
- SANBONMATSU, Kira (2002b). “Gender Stereotypes and Vote Choice” En *American Journal of Political Science*, 46(1), pp. 20–34.
- SCHWARZ, Susanne y COPPOCK, Alexander. (2022). “What Have We Learned about Gender from Candidate Choice Experiments? A Meta-Analysis of Sixty-Seven Factorial Survey Experiments” En *The Journal of politics*, 84(2), pp. 655-668.
- SUÁREZ-CAO, Julieta. (2023). “Blessing in disguise? How the gendered division of labor in political science helped achieve gender parity in the Chilean Constitutional Assembly” En *Politics & Gender*, 19(1), 302-307.
- TADROS, Mariz (2020). “Negotiating women in Egypt’s post-Mubarak constitutions” En *Politics & Gender*, 16(1), 145-173.
- THOMAS, Sue (1991). “The Impact of Women on State Legislative Policies” En *Journal of Politics*, 53(4), 958-976.

- THOMAS, Sue (1994). *How Women Legislate*. Oxford University Press.
- TITELMAN, Noam y LEIGHTON, Tomás (2022). “¿Por qué ganó el rechazo a la nueva Constitución chilena?” En *Nueva Sociedad*, (301).
- TRIPP, Aili (2016). Women’s movements and constitution making after civil unrest and conflict in Africa. *Politics & Gender*, 12(1), 78-106.
- UNDURRAGA, Verónica (2020). *Constitución y género: Haciendo realidad la promesa de la ciudadanía universal*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/83218/5/01c_PerspectivaGenero_VUndurraga.pdf&origen=BDigital
- WAYLEN, Georgina (2009). *What Can Historical Institutionalism Offer Feminist Institutionalists?* Trabajo para la PSA Annual Conference, Manchester. https://www.researchgate.net/profile/Waylen_Georgina
- WAYLEN, Georgina (2014). “Informal Institutions, Institutional Change and Gender Equality” En *Political Research Quarterly*, 67(1), 212-223.
- YANES-ROJAS, Anabel y HAFEMANN, Michelle (2023). *Paridad: ¿una Constitución por y para mujeres?* Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social

Documentos

- ACTIVA. (2023). *Pulso ciudadano*. <https://chile.activasite.com/estudios/pulso-ciudadano-abril-2/>
- BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2022). Acuerdo por Chile: Órganos del Proceso Constitucional, Plebiscito Ratificatorio e Itinerario Constitucional. https://www.bcn.cl/procesoconstitucional/detalle_cronograma.html?id=f_acuerdo-por-chile
- CHECHILNITZKY, Andrea (2023). Quién es quién entre los consejeros constitucionales de Chile Vamos. <https://www.ex-ante.cl/quien-es-quien-entre-los-consejeros-constitucionales-de-chile-vamos/>
- CRITERIA. (2023). *¿Sociedad pendular?* <https://www.criteria.cl/#c-acriteria>
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO CENTRO REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. (2015). *Más Allá de los Números: Las mujeres transforman el Poder Legislativo*. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/186725>
- PALMA, Natalia (2023). “Acuerdo por Chile”: Partidos zanján proceso constituyente con 50 electos y 24 expertos designados. <https://radio.uchile.cl/2022/12/13/acuerdo-por-chile-partidos-zanjan-proceso-constituyente-con-50-electos-y-24-expertos-designados/>
- PROCESO CONSTITUCIONAL. (2023). *Iniciativas de normas constitucionales*. Obtenido de <https://www.procesoconstitucional.cl/iniciativa-de-normas-constitucionales/>

- REYES-HOUSHOLDER, Catherine y SUÁREZ-CAO, Julieta (2019). El imperativo de la paridad. *La Segunda*. <https://coes.cl/2019/12/04/opinion-el-imperativo-de-la-paridad/>
- SÁNCHEZ, Federica (2023). *Chile 2023: Toda Elección es una Nueva Oportunidad*. Idea Internacional. <https://www.idea.int/es/news-media/news/es/chile-2023-toda-eleccion-es-una-nueva-oportunidad>
- SANHUEZA, Ana M. (2023). Chile busca el consenso al redactar la nueva Constitución para evitar el fiasco de la anterior. <https://elpais.com/chile/2023-03-07/chile-busca-la-moderacion-y-el-consenso-en-la-redaccion-de-un-nuevo-proyecto-de-constitucion.html>
- SUÁREZ-CAO, Julieta (2022). Las Constituciones también pueden ser para mujeres. *The Clinic*. <https://www.theclinic.cl/2022/07/11/constituciones-tambien-pueden-ser-para-mujeres/>