

Nº 9

OTOÑO 2023

REVISTA

de la ESCUELA del CUERPO
de ABOGADOS y ABOGADAS del ESTADO

ISSN 2796-8642

revistaecae.ptn.gob.ar



ecae

Escuela del Cuerpo de
Abogados y Abogadas del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina

Nº9

OTOÑO 2023

REVISTA

de la ESCUELA del CUERPO
de ABOGADOS y ABOGADAS del ESTADO

ISSN 2796-8642

revistaecae.ptn.gob.ar



ecae

Escuela del Cuerpo de
Abogados y Abogadas del Estado



Procuración del Tesoro
Argentina

Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado
de la Procuración del Tesoro de la Nación

Defensa 119 8°- C1065AAA
Buenos Aires, Argentina
Tel. +54 11 4331-2712/14/20
C. e.: revistaecae@ptn.gob.ar



REVISTA
de la ESCUELA del CUERPO
de ABOGADOS y ABOGADAS del ESTADO
Revista de la ECAE Versión digital
ISSN 2796-8642
Hecho el depósito que ordena la ley N° 11.723.

Licencia Creative Commons



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina
(CC BY-NC-ND 2.5 AR)
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

AUTORIDADES

PRESIDENTE DE LA NACIÓN

DR. ALBERTO A. FERNÁNDEZ

VICEPRESIDENTA

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER

MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

DR. MARTÍN IGNACIO SORIA

PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACIÓN

DR. CARLOS ALBERTO ZANNINI

SUBPROCURADORES DEL TESORO DE LA NACIÓN

DR. HORACIO DIEZ

DR. SEBASTIÁN SOLER

DIRECTOR DE LA ECAE

DR. GUIDO LEONARDO CROXATTO

SUBDIRECTOR DE LA ECAE

DR. PABLO OCTAVIO CABRAL



EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

DR. GUIDO LEONARDO CROXATTO (ECAE)
gcroxatto@ptn.gob.ar

EDITOR EJECUTIVO

DR. PABLO OCTAVIO CABRAL (ECAE)
pcabral@ptn.gob.ar

SECRETARIO DE REDACCIÓN

DR. JOSÉ IGNACIO LÓPEZ (UNLP)
joseignaciolopez8@gmail.com

EDITORES ASOCIADOS

DRA. AGUSTINA IGLESIAS SKULJ (ECAE)
aiglesias@ptn.gob.ar

DRA. AYELÉN TOMASINI (ECAE)
atomasini@ptn.gob.ar

DR. ALEJANDRO ANANIA (UBA)
alejandroanania@gmail.com

DR. HORACIO GOETT (ECAE)
hgoett@ptn.gob.ar

DRA. VIOLETA PAULERO (ECAE)
vpaulero@ptn.gob.ar

RESPONSABLE EDITORIAL

PROF. JULIA CONTRERAS (ECAE)
jecontreras@ptn.gob.ar

EDITORA DIGITAL

DRA. GRACIELA ETCHETTO (ECAE)
ggetchetto@ptn.gob.ar

DIRECCIÓN PEDAGÓGICA

LIC. GABRIEL BRENER (ECAE)
kidbrena@gmail.com

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

LIC. PAULA SÁNCHEZ
psanchez@ptn.gob.ar



CONSEJO EDITORIAL

Prof. Robert Alexy

Universidad Christian-Albrechts de Kiel. Alemania

Prof. Alberto Filipi

Universidad de Roma. Italia

Prof. Víctor Abramovich

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Raúl Gustavo Ferreyra

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Patricio Sammartino

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Isaac Damsky

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Carlos Aymerich

Universidad de A Coruña. España

Prof. Pablo Gutiérrez Colantuono

Universidad Nacional del Comahue. Argentina

Prof. Gabriela Stortoni

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Analía Elíades

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Prof. Graciana Peñafort

Universidad de Buenos Aires. Argentina

Prof. Carlos Raimundi

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Prof. Jimena Zicavo

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Prof. Nicolás Cendoya

Universidad de la República. Uruguay

Prof. Rafael Valim

Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Brasil

Prof. Olivia Blanca Capcha Reymundo

Universidad San Marco. Perú

Prof. Sara Spuntarelli

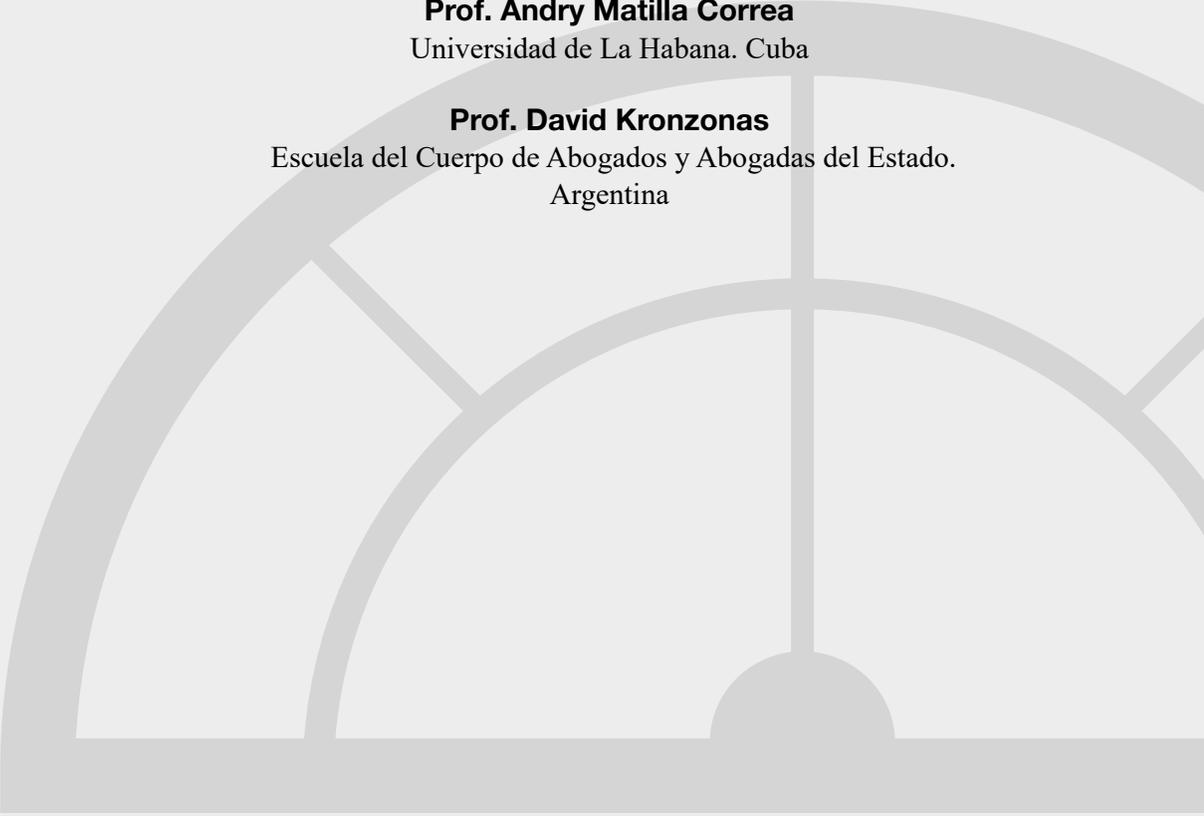
Universidad de Camerino. Italia

Prof. Andry Matilla Correa

Universidad de La Habana. Cuba

Prof. David Kronzonas

Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado.
Argentina



ÍNDICE

DOCTRINA.....13

Derecho administrativo y perspectiva de género. lecturas iniciales15
Gabriela Andrea Stortoni

La Administración S.A.: la Razón neoliberal en el control de la estatalidad ¿hay otra alternativa?34
Gonzalo Gastón Semeria

INVESTIGACIONES..... 57

¿Es posible implementar en la administración pública central un régimen laboral mixto para los trabajadores que tienen a cargo mayores adultos?..... 59
Viviana Kühne

Una propuesta de articulación interinstitucional para garantizar los DESC..... 86
Sergio Carullo

Contramovilización legal a la ley 27.610108
Luisina Carrizo

Tutela administrativa efectiva aplicada a grupos vulnerados ...128
Anderson Christian Saltzer Chavez

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS157

Identidad de género y medidas de acción positiva. El caso de Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado.159
Federico Martín Manias

DOSSIER189

Las regulaciones de las inteligencias artificiales191

Las inteligencias artificiales y sus regulaciones: pasos iniciales en argentina, aspectos analíticos y defensa de los intereses nacionales.....195
Dr. Ariel Vercelli

Estado brasileiro e Inteligência artificial: experiências práticas e limites jurídicos.....218
Mariana de Siqueira

La ciberdefensa ofensiva y la inteligencia artificial. aproximaciones prospectivas al uso de armas cibernéticas autónomas 237
Lic. Oscar Niss

Inteligencia artificial en la administración pública: la interpretación legal a la luz del principio precautorio y democrático..... 257
Marcus Vinicius Filgueiras Júnior

Estrategia de Inteligencia Artificial en Uruguay. Transparencia algorítmica, acceso a la información pública y protección de datos personales 281
Bárbara Muracciole





DOCTRINA

GABRIELA ANDREA STORTONI
GONZALO GASTÓN SEMERIA

DERECHO ADMINISTRATIVO Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Lecturas Iniciales

GABRIELA ANDREA STORTONI¹

UNLP - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado | Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) | pp. 15-33

“... imposible callarse cuando las mujeres son vilipendiadas en su integridad física y moral... La lucha contra la violencia es ardua... No queremos llegar al siglo XXI fragmentadas por tanta violencia, por tanto machismo. Queremos llegar al próximo milenio con el derrocamiento de la ideología machista, practicada por mujeres y hombres y que tanto mal ha traído a la humanidad.” (Maria da Penha, “Sobreviví... puedo contar”)

1 Gabriela Andrea Stortoni es abogada, egresada de la Universidad Nacional de La Plata, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Máster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos de las Universidades Carlos III, Madrid (España), Paris X, Nanterre (Francia), y El Salvador, Buenos Aires (Argentina) organizado por EPOCA; Especialista en Derecho de la Integración, Universidad Austral; Becaria en Transporte Urbano y Planificación por JICA (Japan Internacional Cooperation Agency), Reino de Japón y Doctoranda en Estudios de Género por la Universidad Tres de Febrero, con tesis aprobada. Ha sido profesora de grado y de posgrado en distintas universidades nacionales públicas y privadas; y es profesora de postgrado en temas de derecho administrativo, contratos, desde la perspectiva de los derechos humanos. Desde el año 2020 es Directora Ejecutiva de la Maestría en Abogacía del Estado, de la Escuela de Abogados del Estado/Procuración del Tesoro de la Nación Argentina y la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTref) República Argentina. Forma parte de diversas asociaciones del conocimiento, tanto argentinas, regionales como en el exterior. En su desarrollo profesional se ha desempeñado en el sector público como privado, nivel local como de la región. Actualmente ejerce la profesión en forma independiente.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

Resumen: La perspectiva de género impacta en el derecho administrativo resignificando las instituciones. El esquema patriarcal está presente en la fórmula de base del derecho en general, y más en el derecho administrativo donde la prerrogativa, el poder y la autoridad es el fundamento de su concepción original. Un nuevo derecho administrativo, resignificado hacia la vigencia de los derechos humanos como regla constitucional y convencional obligatoria e incorporar la transversalidad de la perspectiva de género como una obligación legal.

El sistema social y cultural ha cambiado y el derecho administrativo debe garantizando la protección de los derechos humanos para proteger de forma integral, los derechos de las mujeres, el género y la diversidad y la atención de los grupos vulnerables en tanto oportunidad para mejorar las estructuras de un derecho pensado en el siglo XIX. Introducir la idea del respeto al otro, a sus derechos, a las nuevas formas de vivir la sexualidad y la vida. El derecho administrativo no puede ir hacia otro lugar, si de mantenerse como un legitimante de una sociedad se trata y analizar donde quedará situado nuestro viejo derecho administrativo es un desafío.

Palabras clave: Violencia de género- Derecho Administrativo- Perspectiva de género y diversidad- Derechos Humanos.

Abstract: The gender perspective has an impact on administrative law, giving new meaning to institutions. The patriarchal scheme is present in the basic formula of law in general, and more in administrative law where the prerogative, power and authority is the foundation of its original conception. A new administrative law, resignified towards the validity of human rights as a mandatory constitutional and conventional rule and incorporate the transversality of the gender perspective as a legal obligation.

The social and cultural system has changed and administrative law must guarantee the protection of human rights to comprehensively protect the rights of women, gender and diversity and care for vulnerable groups as an opportunity to improve the structures of a right thought in the 19th century. Introduce the idea of respect for others, their rights, new ways of living sexuality and life. Administrative law cannot go to another place, if it is to remain as a legitimant of a company and analyzing where our old administrative law will be located is a challenge.

Keywords: Gender violence- Administrative Law- Gender perspective and diversity- Human Rights.

I. VIOLENCIA Y DOMINACION: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO HERRAMIENTA DE PROTECCION DE MUJERES, GENERO Y DIVERSIDAD

Vamos a hablar de perspectiva de género y para ello debemos partir de la base que hemos reconocido la existencia de la violencia en la sociedad.

Siglos de dominación por razones de raza, tantos más sobre las mujeres y nuestros cuerpos, sobre los niños y personas vulnerables e indefensas y por discriminación y violencia sobre las personas de los colectivos LGBTQI+ hacen que hoy estemos hablando de perspectiva, como aquellas lentes a través de las cuales se revisa el tratamiento que le damos – en términos jurídicos – a la condición humana. Esto implica una revisión de la historia de violencia sobre lo más vulnerable de nuestra sociedad, una sociedad patriarcal que se construyó en base a reglas de sometimiento y abuso.

La lucha de las personas de color es una enseñanza que no debemos perder de vista, cuando aún hoy sigue habiendo persecución, discriminación y condena por el estereotipo.

Dice al respecto Djamila Ribeiro “el objetivo principal al confrontar la norma no es solo hablar de identidades, sino desvelar el uso de que las instituciones hacen de las identidades para oprimir y privilegiar.” Esto implica hacer visible y escuchar esa voz ya que “cuando hablamos de locus social, de como es ese lugar impuesto dificulta la posibilidad de trascendencia”². Dar visibilidad, dar voz es escuchar a los que no están en condiciones (históricas) de ser escuchados; quienes, por su lugar en la sociedad, su raza, su sexo, su identidad, sus ideas políticas, deben ser acallados, ya que el mantenerse en silencio es el modo del ejercicio sutil del sometimiento. El primero y mas flagrante. Los demás son consecuencia del no escuchar la palabra de esa persona desde su saber, situado, de su padecimiento, de su punto de vista.

Desde allí que la perspectiva de género nos interpela a algo más que la elección sexual o la condición femenina; o la raza, el lugar de enunciación de las personas, desde el cual se parte para declarar sus

2 RIBEIRO, Djamila “Lugar de enunciación”. Colección Feminismos Plurales Nro. 1” Traducción de Aline Pereira da Encarnação, 1era Edición en Español Ediciones Ambulantes, 2020. Pág. 41 y sgts. Ciempozuelos, Madrid, España. ISBN 978-84-947878-6-

derechos. El primero el derecho a ser oído. Es claro.

Para su vigencia efectiva se requiere de su reconocimiento, no solo por la norma expresa sino de la aprehensión cultural y social, óptica que nos brinda la perspectiva de género. Ser empáticos y generar una cultura de la igualdad no es una tarea sencilla, debo decirles, pero la realidad nos presenta este desafío ineludible y esencial de cara a entender un nuevo mundo, apto para las generaciones futuras, empieza por el derecho a ser oído desde el lugar de enunciación.

Los antecedentes de esta lucha están en diversos momentos de nuestra historia como humanidad; pero voy a tomar como paradigma, por un lado, la aparición de la obra de Simone de Beauvoir “El segundo sexo”³ en los años 30 del siglo pasado; y, con ella, en 1975, la obra “Vigilar y Castigar” de Michel Foucault⁴ donde se sientan las bases del estudio de los derechos frente a la opresión del poder. Luego formaran nuestra biblioteca básica las lecturas de Silvia Federici⁵,

3 DE BEAUVOIR, Simone. “El segundo sexo” 1949, Ediciones Cátedra / 978-84-376-3736-5 y en file:///C:/Users/gstor/Downloads/Beauvoir_Simone_de_El_segundosexo.pdf obra esencial del feminismo y n su literatura recomiendo leer “La Mujer Rota” 13° edición, Ciudad de Buenos Aires, Debolsillo, 2017, 208 pág. Traducción Dolores Sierra y Néstor Sánchez. ISBN 978-987-566-282-7.

4 FOUCAULT, Michel “Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión”. 2da. Edición. 7ma. Reimpresión. Traducida por Aurelio Garzón del Camino, Siglo veintiuno Editores, Buenos Aires, Argentina 2016. ISBN 978-987-629-057-9 en el cual introduce la idea del “panóptico” en el que se induce al preso a un estado consciente de permanente visibilidad que garantiza, a su vez, el funcionamiento del poder, más allá de que este no se esté ejerciendo todo el tiempo. Pero el detenido no puede saberlo, y este formato penitenciario se expande a otros espacios de la vida diaria en sociedad, ejerciéndose en otro tipo de organizaciones, espacios recreativos, lazos íntimos, vínculos familiares, organizaciones políticas. Esta idea de control y poder es la base ineludible de entendimiento de los derechos de los otros.

5 FEDERICI, Silvia “Caliban y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria” 2da, edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Tinta Limón, 2015. ISBN 978-987-3687-07-5.

Mac Kinnon⁶ y Judith Butler⁷. En Argentina, Dora Barrancos⁸ y Rita Segato⁹, entre tantas otras, van a conformar el pensamiento en materia de derechos y estudios de género. Nuestras pioneras.

Desde este marco conceptual es desde donde voy a partir, para este análisis que pretende indagar como impacta la perspectiva de género en las instituciones del derecho administrativo, rama del derecho donde el poder (y diremos matriciado en un sistema patriarcal y heteronormativo) conforma la base esencial de su conformación como régimen de imposición.

Esto significa que debemos analizar – y en su caso deshacer – instituciones, doctrinas y reservorios jurídicos donde se mantiene aún velada o subrepticamente la dominación, el sometimiento y la esclavitud en nuevas formas, más sutiles, pero no por eso menos graves, orientadas a mantener el ideario de la fragilidad del cuerpo humano y su valor como mercancía, por un lado, y por el otro, con el objetivo de invisibilizar lo femenino (como también lo es y ha sido el color de la piel o el lugar que habito en sociedad), así como los colectivos que no respondan al tradicional modelo patriarcal. Y entonces veremos cómo ello va a ser el parámetro de discriminación del trabajo, el silencio de las ideas y la opresión histórica sobre la clase, la raza y el género.

La revolución de la perspectiva de género fue primero protesta cultural y movilización social, para ser derecho reglado, ya por normas convencionales¹⁰ o domesticas que se van adecuando a los

6 MACKINNON, Catharine “Hacia una teoría feminista del Estado” Ediciones Cátedra. 1995. Madrid. ISBN 84.376.1357-4

7 BUTLER, Judith “La fuerza de la no violencia” 1° edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Paidós, 2020. Traducción de Marcos Mayer. ISBN 978-950-12-9910-6

8 BARRANCOS, Dora, Feminismos. Ver en feminismos dora barrancos.pdf (apdh-argentina.org.ar) entre varios.

9 SEGATO, Rita “Contra- Pedagogías de la Crueldad” 3° edición ampliada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Prometeo Libros. 2021. ISBN 978-987-8451-11-4.

10 STORTONI, Gabriela A. “El impacto del Control de Convencionalidad en materia de control público y acceso a la justicia, artículo que recoge disertación en las JORNADAS NACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO organizadas por la UNIVERSIDAD AUSTRAL, 2015, publicado en 2016 por RAP, 2016 y, anteriormente, en el libro NUEVO ESTADO NUEVO DERECHO, INFOJUS, 2015.

reclamos de la sociedad emergente.

A ello, debo decirles que la impronta de los derechos humanos elevados por la Constitución Argentina, tras la reforma del año 1994, a jerarquía constitucional¹¹ ha desplegado una fuerza expansiva sin igual¹².

Entre ellos, los tratados internacionales referidos a la temática y más significativos, son a saber:

Tratado contra todas las formas de discriminación contra las mujeres, del año 1979, aprobado previamente por la Ley 23.179 conocida por sus siglas en inglés CEDAW.

Convención Interamericana contra todas las formas de discriminación “de Belem do Para” de 1996, que fuera aprobada previamente por la Ley 24.632.

Convención sobre los derechos del niño. Aprobado previamente por la Ley 23849.

II. LOS ESTANDARES CONVENCIONALES DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

La Corte, así como la Comisión IDH, a través de su intervención en los casos que llegaron a su conocimiento, va a establecer los estándares de obligatoria aplicación e interpretación, en términos de perspectiva de género, a saber:

2.1. La debida diligencia como obligación del Estado

Este estándar obliga a que el Estado como parte de su deber de

11 La reforma constitucional incorpora con jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22 y los que se incorporen en el futuro, dándoles la máxima protección del ordenamiento jurídico argentino.

12 SALOMONI, Jorge L. “Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino”. En “Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 13 y ss. STORTONI, Gabriela A., “Sobre la existencia de un Derecho Administrativo de la Integración frente al esquema del Tratado de Asunción”, Anuario de Derecho 2, Universidad Austral, Abeledo Perrot, Año 1996, actualizado en STORTONI, Gabriela A., “La Dimensión Transnacional del Derecho Administrativo” en “Nuevo Estado, Nuevo Derecho - Aportes para repensar el derecho Público Argentino”. Pgs 15 a 60. Ed. Infojus. Octubre de 2015.

prevenir daños debe interpretar en toda acción y cualquiera sea el poder actuante, con “perspectiva de género” y en protección de los derechos de los colectivos femeninos y LGBTQI+, que estén siendo afectados. También se la denomina “Doctrina del riesgo” que, ante la existencia de un riesgo real e inmediato, obliga a los estados a actuar en defensa de los derechos humanos, para evitar ese riesgo.

COMISION CASO MARIA DA PENHA MAIA FERNANDEZ C/BRASIL¹³. El caso trata del intento de homicidio en dos ocasiones de María da Penha en manos de su esposo, hechos de los cuales salió con vida para contarlos, le restaron toda posibilidad de disfrute pleno, ya que quedó parapléjica y con diversos problemas de salud. A ello debe sumarse que el Estado Brasileño tardó más de 15 años en condenar al asesino, quien siguió su vida normalmente y volvió a formar una familia, mientras María no tenía ni para la manutención de sus hijos. El caso llegó a la Comisión quien estableció que “la ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencia socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad para sancionar esos actos...”

COMISION CASO JESSICA LENAHAN C/ESTADOS UNIDOS¹⁴ donde se cuestionó la desatención que se hizo de una familia, el no tratar debidamente los reclamos presentados, la minimización que se hizo del riesgo y la falta de coordinación en la respuesta ofrecida ya que “estas fallas sistemáticas son particularmente graves al producirse en un contexto en donde ha existido un problema histórico en la ejecución de las órdenes de protección, situación que ha afectado desproporcionadamente a las mujeres, especialmente a las que pertenecen a las minorías étnicas y raciales y a grupos de bajos ingresos – ya que constituyen la mayoría de las titulares de las órdenes de protección”.

Corte IDH “MIGUEL CASTRO – CASTRO VS. PERU

13 Ver caso en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/10.pdf>

14 Ver INFORME No. 80/11 CASO 12.626 FONDO JESSICA LENAHAN (GONZALES) Y OTROS ESTADOS UNIDOS (*) 21 de julio de 2011 en www.womenslinkworldwide.org.

(2006)¹⁵” en este caso se condenó a la República del Perú por las violaciones a los derechos humanos de hombres y mujeres en establecimientos carcelarios, pero que afectaron en forma diferencial a las mujeres por su género.

Corte IDH “GONZALEZ Y OTRAS VS. MEXICO (CAMPO ALGODONERO – 2009)¹⁶” En este caso la Corte analizó la responsabilidad estatal por la muerte de tres mujeres, dos de ellas menores, cuyos cuerpos fueron hallados en un campo algodonerero. La Corte entendió aplicable la teoría del riesgo, que es la necesidad de prevención, que, ante la posibilidad de un riesgo real e inmediato, las autoridades actúen en forma urgente. Los hechos sucedieron en la peligrosa ciudad de Juárez, México y este es el primer caso que la Corte expresamente resuelve refiriéndose a la necesidad de introducir la “perspectiva de género” en la acción y prevención del daño.

2.2. Eliminación de estereotipos y estigmatización

Este estándar nos lleva a eliminar todo preconceito que condicione a las personas por cualquier razón ya asignando roles preestablecidos, encasillamientos, limitaciones o prohibiciones de derechos, y otras modalidades de la conformación social impuesta, que nada tienen que ver con el disfrute pleno de los derechos de las personas, su dignidad humana y la libertad del ser humano.

a).- Casos “VELIZ FRANCO C/ GUATEMALA” (2014)¹⁷ “VELAZQUEZ PAÍZ C/GUATEMALA” (2015)¹⁸, “LOPEZ SOTO” (2018)¹⁹ y “CAMPO ALGODONERO” donde se han estigmatizado a las mujeres como provocadoras de la situación, ya por su vestimenta, actitud, por ejercer la prostitución, por entender que la forma libre de conducirse o caminar era una conducta inapropiada. De este modo la estigmatización generó una mayor afectación de los derechos, ya que a la postre de haber sido ultrajadas, violadas y asesinadas se su-

15 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

16 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

17 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf

18 <https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2016/04/4.-Velasquez-Paiz.pdf>

19 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_362_esp.pdf

maba la visión inhumana de las personas femeninas. Por ello, se condena el actuar del Estado, estigmatizante de la víctima de violencia de género o crímenes de odio, por el género.

b) Atala Riffo y Niñas vs. Chile (2012)²⁰ Si de estigmatización y discriminación de género hablamos, este es uno de casos más emblemáticos, no solo la prejuiciosa actuación de los poderes chilenos, contra Atala Riffo por su elección sexual, sino por condenar también su perfil activo en la sociedad, alejado del rol que les da a las mujeres el patriarcado. El caso trata de las injusticias sufridas por una mujer, profesional, madre de dos hijas, que decide separarse de su marido y luego del divorcio constituir una nueva familia con otra mujer. Ante ello, el padre reclama la tenencia de las niñas invocando el interés superior del niño como principio a tutelar, el que se vería afectado si las niñas convivieran con su madre y su nueva pareja femenina. Todos los estadios judiciales de la República de Chile fallaron contra Atala Riffo y ante ello, el caso fue presentado ante la Corte IDH. Esta dijo que “la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el desarrollo del niño “... “por lo que no pueden aceptarse las especulaciones, presunciones, estereotipos de las características personales de los padres y sus preferencias culturales”. Además, se estableció que no son admisibles consideraciones basadas en estereotipos por su orientación sexual, así como tampoco considerar que el rol de madre comprende que las mismas deban renunciar a los aspectos esenciales de su personalidad, por lo que entiendan que es correcta atención de los hijos. En un caso similar, se tratará la discriminación por el estereotipo en “Forneron e Hija c/ Argentina” (2012)²¹ En este caso, por el contrario, se niega el otorgamiento de la patria potestad a un padre soltero, por el hecho de ser una familia monoparental, lo que es rechazado por la Corte IDH condenando a Argentina por estigmatizar la posibilidad de atención del padre soltero de sus hijos. En igual sentido que el anterior, en

20 https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012/04/27. - Forneron e hija c. Argentina

“Ramirez Escobar” (2018)²² y en la Opinión Consultiva 24/17, se vuelve sobre las familias conformadas por personas de un mismo sexo, estableciendo la obligación de los Estados de su protección, Situación “interseccional” de discriminación que confluían en Ramírez, que era una madre soltera, pobre y cuya madre era lesbiana.

Puro prejuicio era lo que resalta de los precedentes locales al tratar el caso, lejos por ello de los derechos que asisten a las personas humanas. Y así es como la Corte IDH pone a todos los poderes en jaque, pero en particular al judicial, en tanto este será el eje transformador responsable ante la sociedad en la lucha contra las discriminaciones por razones de género, eliminando el uso de los encasillamientos o estereotipos sociales, reñidos con la dignidad de la persona humana en nuestro siglo.

III. LA RECEPCIÓN EN LA LEGISLACION DOMÉSTICA ARGENTINA

3.1. Leyes locales que introducen la Perspectiva de Género

En el ámbito doméstico varias leyes se han dictado con el propósito de erradicar los diferentes modos de violencia e introducir la perspectiva de género.

En primer lugar, luce la Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, del año 2009. Esta Ley establece que se entiende por “... violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”

Es clara la situación de desventaja como la propiciada para la configuración de la violencia, que no se limita a la evidente vio-

22 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf

lencia física, sino que alcanza a cualquier otra que altera, afecta, corroe o desintegra la integridad femenina.

En efecto, es muy importante el alcance que tiene el artículo 6 de la Ley, el cual establece las modalidades de la violencia a la cual es sometida la mujer y determina minuciosamente sus alcances. En términos generales establece que las violencias pueden ser: a) Violencia doméstica b) Violencia institucional c) Violencia laboral d) Violencia contra la libertad reproductiva; e) Violencia obstétrica; f) Violencia mediática contra las mujeres; g) Violencia contra las mujeres en el espacio público; h) Violencia pública-política contra las mujeres.

Complementariamente, como lo resaltamos más arriba, la Ley 26743 de Libertad de Identidad de Género (LIG) es una norma esencial en perspectiva, ya que obliga al libre acceso a la asignación de sexo, el debido trato confidencial al caso que se trate por ser derechos personalísimos los que están en juego, y la correspondiente obligación de registro del nombre con el sexo auto percibido. Es interesante en el punto traer a colación el caso Duque de la Corte IDH²³ y un dictamen de la PTN²⁴ sobre el tratamiento del rechazo de un DNI no binario, donde la PTN con un debido respeto a los derechos humanos, pone en el lugar más alto a la dignidad de la persona humana y el principio pro persona; al reconocer el derecho a receptor la no clasificación binaria masculino/femenino y por ende introducir el concepto de “queer” entendiéndose que la sexualidad es una construcción en la cual confluyen diversas cuestiones sociales, culturales, entre otras. Además, nos dice que la ley no puede condicionar el desarrollo pleno de la persona humana, en una clasificación cultural que no acompaña los procesos de formación de las personas en la actualidad. Volvemos al punto anterior, y resaltamos en consonancia la importancia de la Ley Micaela, nro. 27499 de formación en perspectiva de género de las autoridades de los poderes del Estado, que se ha configurado en un hito, en un antes y después en la formación de los funcionarios públicos y ha sido el motor de cambio de la gestión pública con perspectiva de género.

23 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

24 Dictamen IF-2019-58211732-APN-PTN, 28 de junio de 2019. EX-2019-08877083- APN-DNI#RENAPER. Registro Nacional de las Personas (Dictámenes 309:253).

3.2. La perspectiva de género en la CSJN

En el caso “PELLICORI c/CPACF s/amparo” de la CSJN²⁵ de fecha 2011 establece la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba en casos de discriminación (despido laboral). Dice al respecto la sentencia que “Resultará suficiente, para la parte que afirma un trato discriminatorio, con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”. El Tribunal tomó en cuenta, además, que el litigio ponía en juego el “ominoso flagelo” de la discriminación, cuya prohibición inviste el carácter de ius cogens, tal como ya lo había expresado en su precedente “Álvarez c. Cencosud SA”²⁶ de 2010; que las pautas probatorias que asentaba no sólo asistían a las presuntas víctimas de discriminación en tanto que litigantes, sino que también tendían a evitar el desaliento que un régimen procesal opuesto pueda generar en otras víctimas en trance de decidir si acudirán o no en demanda de justicia; y que dichas pautas tributaban al combate contra la impunidad, la cual, “propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos”.

Otro caso interesante es el resuelto por la CSJN en autos “RCE” (legítima defensa en contextos de violencia) del año 2019²⁷ donde el máximo tribunal argentino revocó por arbitrariedad una sentencia por la cual se había condenado a una mujer -víctima de violencia de género- por dañar a quien fuera su pareja con un cuchillo. El máximo tribunal del país señaló la importancia y necesidad de incluir la perspectiva de género en la investigación penal, de acuerdo con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y analizó especialmente la Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (n°1) “Legítima Defensa y Violencia contra las Mujeres” elaborado por el Comité de Seguimiento de la Convención Belem do Pará.

25 Ver fallo en <http://www.sajj.gob.ar>.

26 <https://aldiaargentina.microjuris.com/2010/12/10/alvarez-maximiliano-y-otros-c-cencosud-s-a-s-accion-de-amparo/>

27 https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=2843&RootFolder=*

IV. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN TRANSVERSAL A TODOS LOS INSTITUTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas dijo en el año 1997 que “Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros.”²⁸

Por ende, transversalizar la perspectiva de género no se agota con sumar lo “femenino” o los colectivos LGBTIQ+; o tratar solamente un cupo para su representación, trabajo y gobierno, sino esencialmente introducir una mirada desde los valores, las propias connotaciones, las identidades, las problemáticas, las necesidades y experiencia, conocimiento e intereses de lo femenino, así como de las masculinidades.

La responsabilidad de poner en marcha la estrategia de la transversalización se extiende a todo el sistema y radica en los niveles más altos dentro de los organismos, (ya públicos como privados podríamos agregar)²⁹

28 Ampliar en el sitio Definición de la transversalización de la perspectiva de género (ilo.org)

29 Afirma Carolyn Hannan, Directora de la División de las Naciones Unidas para el Adelanto de la Mujer, que entre los aspectos a tener en cuenta resultan en principio a saber: a) Establecer mecanismos adecuados y fiables para controlar los progresos realizados; b) identificación inicial de cuestiones y problemas en todas las áreas de actividad debería ser tal que permita diagnosticar las diferencias y disparidades en razón del género; c).- Jamás habría que dar por supuesto que hay cuestiones o problemas indiferentes desde la perspectiva de la igualdad entre los géneros; d).- Realizar sistemáticamente análisis por géneros; e).- Clara voluntad política y la asignación de los recursos adecuados, incluidos recursos adicionales financieros y humanos si es necesario; f).- No elimina la necesidad de elaborar políticas y programas específicamente destinados a las mujeres, así como una legislación positiva en su favor; tampoco elimina la necesidad de unidades o

En el ámbito nacional es importante destacar el impacto del Decreto 680/2020 que crea el Gabinete Nacional para la transversalización de las políticas de género. En base a este régimen las cuestiones analizadas en los puntos anteriores, de algunos de los institutos del derecho administrativo y la gestión pública nos va a llevar a la aplicación del lenguaje inclusivo (por ejemplo, hoy aplicado en los protocolos del BCRA); la visión de la economía con perspectiva de género, siendo una herramienta esencial el presupuesto con perspectiva de género y diversidad; etc.

V. UN PASO MAS ALLA: MANIFIESTO CIBORG

“No hace falta entenderlo todo” dice Donna Haraway y es claro que frente a su teoría todo lo sólido se desvanece en el aire, por su innovación, modernidad en el planteo y por cierto también cercanía en la problemática planteada; y la pregunta sería ¿cuánto impacta la cibernética en el género?

Hasta aquí vimos como la condición humana ha ido desempolvando sus entrañas y vistiendo conforme se percibe. Las personas pueden ser mujeres, hombres, queers, o andróginos. De color, blancos, rojos u orientales. Todos debemos ser escuchados, respetados y contar con las condiciones para poder ser dignos como personas humanas.

La condición del sexo asignado al nacer no define entonces a la persona en su desarrollo futuro. Tampoco el color de su piel el tipo de trabajo al que está destinado, ni lugar en el mundo.

Desde este lugar, surge una responsabilidad en nuestro derecho administrativo de no restringir la satisfacción de sus necesidades y derechos fundamentales como persona humana, cualquiera sea su sexo, raza, ideas políticas o religiosas, así como la garantía del acceso a los bienes comunes para el pleno desarrollo de tales derechos y capacidades humanas.

Ahora bien, yendo un paso más allá, Donna Haraway plantea en su obra “Manifiesto Ciborg” una ruptura de los dualismos y creo que es interesante reparar en ello. Las editoras de su obra dicen que “la evolución ha difuminado las líneas entre lo natural y lo artificial, entre lo animal y lo humano, las máquinas despiertan mientras los

coordinadores para las cuestiones de género. (ver en documento citado en nota 32)

humanos dormimos... y Haraway sostiene que “han sido todos sistémicos para las lógicas y las prácticas de dominación de las mujeres, de las gentes de color, de la naturaleza, de los trabajadores, de los animales... todos los que fueron constituidos como otros”. Menciona que los dualismos más importantes son: yo/otro, mente/cuerpo, cultura/naturaleza, hombre/mujer, civilizado/primitivo, realidad/apariencia, todo/parte, agente/ recurso, constructor/construido, activo/pasivo, bien/mal, verdad/ilusión, total/parcial, Dios/hombre. Explica que estos dualismos están en competencia uno con otros, creando relaciones paradójicas de dominación. Sin embargo, la cultura de la alta tecnología desafía estos dualismos, aunque no resultarían tan positivos en sustrato.³⁰

Haraway, efectivamente, sostiene que en todos los dualismos existen un dominante y un dominado; y es ahí donde radica la urgente necesidad de acabar con ellos. La idea de Haraway es “construir una especie de identidad postmodernista a partir de la otredad, de la diferencia y de la especificidad³¹”

¿Y que es un ciborg? El ciborg es un organismo cibernético, un híbrido de máquina y organismo, una criatura de la realidad social, así como una criatura de ficción. El ciborg es una criatura en un mundo no genérico. No tiene conexión con la bisexualidad, ni con la simbiosis pre - edípica, ni con el trabajo no alienado u otras seducciones propias de la integridad orgánica mediante una apropiación final de todos los poderes de las partes en favor de una unidad superior³². El ciborg, dice Haraway, “son irreverentes, no recuerdan el cosmos, desconfían del holismo, pero necesitan conexión; parecen tener un sentido natural de la asociación en frentes para la acción política, pero sin partido de vanguardia.”³³ Esta calificación le ha valido a Haraway grandes críticas desde el feminismo, por cuanto los movi-

30 HARAWAY, Donna “Manifiesto Ciborg” 2da. Edición. Diciembre de 2020, Ed. Kaotica Libros. Antequera, España. ISBN 978-84-122129-0-7.

31 HARAWAY, Op. Cit. Pág. 9.

32 HARAWAY Op. Cit. Pág. 17

33 HARAWAY Op. Cit. Pág. 19 donde sigue diciendo que el principal problema del ciborg es la descendencia ilegítima del militarismo y el capitalismo patriarcal, sin mencionar el socialismo de Estado. Pero los bastardos son a menudo extremadamente infieles a sus orígenes, sus padres, no son esenciales”

mientos vieron en ella una amenaza, pero será la misma Haraway, que se inscribe en las corrientes feministas, quien irónicamente tomará a este nuevo ser asexuado, como una posición de alienígena superior, y por ende desde donde se ejerce el poder. ¿Desde la red podríamos decir? ¿Desde la matrix?

Haraway en su manifiesto nos habla de la informática de la dominación, de la feminización del trabajo, de lo vulnerable que se está volviendo la situación de la mujer en virtud de las nuevas tecnologías, de la ruptura de paradigmas dicotómicos, de la ausencia de un topos para la mujer dentro del circuito integrado, de cómo todo ello está afectando a su sexualidad, a su reproducción, a su vida privada y social. Haraway pide la construcción de un ciberfeminismo socialista que luche contra todo ello.

Desde este atalaya ciberfeminista podríamos decir, se presenta a la red y el culto por lo trans humano como una cuestión que deberá ser atendida en términos de derechos humanos, ya que esa calificada evolución, presenta según la autora una necesidad de visitar los hechos y nosotros decimos, los derechos, y quizás poder construir una nueva identidad posmoderna, desde la visión del otro como sujeto fraternal y no dual.

VI. EPÍLOGO

Llegando a este estadio, es claro que la perspectiva de género impacta en el derecho administrativo resignificando las instituciones.

El esquema patriarcal, no obstante, está presente en la fórmula de base del derecho en general, y más en el derecho administrativo donde la prerrogativa, el poder y la autoridad es el fundamento de su concepción original.

Podemos hablar entonces de un nuevo derecho administrativo, resignificado hacia la vigencia de los derechos humanos como regla constitucional y convencional obligatoria y - como una suerte de progresividad de ese impacto - incorporar la transversalidad de la perspectiva de género como una obligación legal.

En mi opinión y esto ya está dado. El sistema social y cultural ha cambiado y el derecho administrativo debe adecuarse a ello, trocando poder por derechos, en el caso garantizando la protección de los derechos humanos, para proteger en forma integral los derechos de las mu-

jes, el género y la diversidad y la atención de los grupos vulnerables.

Y no es crisis, es oportunidad para mejorar las estructuras desvenecijadas de un derecho pensado en el siglo XIX, que sea para la empatía y la solidaridad; que se funde en la fraternidad y la aplicación de los poderes públicos para ello, antes que para la confrontación de derechos o la tensión entre poderes y derechos.

Creo realmente que una nueva sociedad igualitaria y donde todos seamos “duelables” con vidas todas valiosas y vivibles, es posible. Y, como expresa Judith Butler, sin estigmas, sin discriminaciones odiosas, reconociendo a todos como personas dignas. Frente a las actuales situaciones de violencia que padece nuestra sociedad local y también el mundo entero, la respuesta es ver al otro como a uno mismo, ya que en la otredad esta la igualdad, la justicia y la dignidad.

Es introducir la idea del respeto al otro, a sus derechos, al ser femenino, a la identidad masculina, a las nuevas formas de vivir la sexualidad y la vida. Se trata de entender que estas reglas nos permiten ser dignos y ser personas humanas.

El derecho administrativo no puede ir hacia otro lugar, si de mantenerse como un legitimante de una sociedad se trata.

Lo contrario es la fragmentación y disgregación de la sociedad, el aumento del odio y de la muerte, el fomento de la violencia porque como dijo Martin Luther King “La elección de hoy ya no es entre violencia y no violencia. Es la no violencia o la no existencia”.

A todo ello sumamos la visión ciborg como un espejo donde la eliminación del género no implica per se la eliminación de la dominación, sino que por el contrario la de una nueva forma de dominación, por lo cual en esta nueva visión transhumanoide, analizar donde quedara situado nuestro viejo derecho administrativo es un desafío.

Adelanto mi opinión, siempre sobre la vigencia de los derechos humanos de las personas, y la necesaria subordinación de los ciborgs a ellas; por un lado y por el otro quizás, como profetiza Haraway, de mundo sin géneros, sin génesis y por ende sin fin. Utopía para reflexionar.

Veremos, entonces, como impactan estas nuevas visiones - en forma efectiva - en nuestros viejos fundamentos, institutos y principios del derecho administrativo.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

RIBEIRO, Djamila “Lugar de enunciación”. Colección Feminismos Plurales Nro. 1” Traducción de Aline Pereira da Encarnação, 1era Edición en Español Ediciones Ambulantes, 2020. Pág. 41 y sgts. Ciempozuelos, Madrid, España. ISBN 978-84-947878-6-7.

DE BEAUVOIR, Simone. “El segundo sexo” 1949, Ediciones Cátedra / 978-84-376-3736-5 y en file:///C:/Users/gstor/Downloads/Beauvoir_Simone_de-El_segundosexo.pdf obra esencial del feminismo y n su literatura recomiendo leer “La Mujer Rota” 13° edición, Ciudad de Buenos Aires, Debolsillo, 2017, 208 pág. Traducción Dolores Sierra y Néstor Sánchez. ISBN 978-987-566-282-7.

FOUCAULT, Michel “Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión”. 2da. Edición. 7ma. Reimpresión. Traducida por Aurelio Garzón del Camino, Siglo veintiuno Editores, Buenos Aires, Argentina 2016. ISBN 978-987-629-057-9

FEDERICI, Silvia “Caliban y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria” 2da, edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Tinta Limón, 2015. ISBN 978-987-3687-07-5.

MACKINNON, Catharine “Hacia una teoría feminista del Estado” Ediciones Cátedra. 1995. Madrid. ISBN 84.376.1357-4

BUTLER, Judith “La fuerza de la no violencia” 1° edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Paidós, 2020. Traducción de Marcos Mayer. ISBN 978-950-12-9910-6

BARRANCOS, Dora, Feminismos. Ver en feminismos.dora.barrancos.pdf (apdh-argentina.org.ar) entre varios.

SEGATO, Rita “Contra- Pedagogías de la Crueldad” 3° edición ampliada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Prometeo Libros. 2021. ISBN 978-987-8451-11-4.

STORTONI, Gabriela A. “El impacto del Control de Convencionalidad en materia de control público y acceso a la justicia, artículo que recoge disertación en las JORNADAS NACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO organizadas por la UNIVERSIDAD AUSTRAL, 2015, publicado en 2016 por RAP, 2016 y, anteriormente, en el libro NUEVO ESTADO NUEVO DERECHO, INFOJUS, 2015. La reforma constitucional incorpora con jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22 y los que se incorporen en el futuro, dándoles la máxima protección del ordenamiento jurídico argentino.

SALOMONI, Jorge L. “Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino”. En “Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 13 y ss.

STORTONI, Gabriela A., “Sobre la existencia de un Derecho Administrativo

de la Integración frente al esquema del Tratado de Asunción”, Anuario de Derecho 2, Universidad Austral, Abeledo Perrot, Año 1996, actualizado en STORTONI, Gabriela A., “La Dimensión Transnacional del Derecho Administrativo” en “Nuevo Estado, Nuevo Derecho - Aportes para repensar el derecho Público Argentino”. Pgs 15 a 60. Ed. Infojus. Octubre de 2015.

LA ADMINISTRACIÓN S.A.: LA RAZÓN NEOLIBERAL EN EL CONTROL DE LA ESTATALIDAD ¿HAY OTRA ALTERNATIVA?

GONZALO GASTÓN SEMERIA
UNPAZ - UBA¹ - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado | Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) | pp. 34-55

Resumen: El derecho administrativo elude los modos en los que el neoliberalismo conduce los sentidos contenidos en la disciplina, reproducidos en las prácticas que habitan en el quehacer estatal. Este trabajo se propone abordar como desde el imaginario neoliberal se produce una estatalidad empresarial.

Estado - neoliberalismo - derecho administrativo - administración pública.

Resume: Administrative law eludes the ways in which neoliberalism produces the meanings contained in our discipline. These meanings are reproduced in the practices that inhabit state affairs. This work intends to address how a business state is produced from the neoliberal imaginary.

State – neoliberalism – administrative law – public administration.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo, construido a partir de las reflexiones trabajadas para la III Jornada Provincial de Derecho Administrativo de Santa Cruz, se propone irrumpir en un campo ocupado mayoritariamente por

¹ Docente e investigador de la UNPAZ y la UBA. Abogado y Lic. en Ciencia Política. Especialista en Magistratura por la UNLaM y maestrando en Derecho Administrativo y Administración Pública por la UBA.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina



perspectivas jurídicas imbuidas en imaginarios políticos adversos a las demandas de redistribución material y simbólica, que en su forma y contenido exceden los meros reconocimientos declarativos, desbordando las fronteras de la realidad.

Transcurrimos un tiempo marcado por los designios de la Razón neoliberal que, pese a las resistencias, opera sobre la subjetividades que habitan la estatalidad. De allí que, para analizar los modos en los que el neoliberalismo produce su modelo de Estado, con sus lógicas, dispositivos e instituciones, debemos salirnos del corsé economicista -una trampa bien tendida- y orientarnos por las capas de sentido que articulan y sostienen a los imaginarios de un mundo ordenado desde una subjetividad empresarial.

La Administración S.A., título con el que se metaforiza y denuncia este proceso de ocupación de la estatalidad por la Razón neoliberal, da cuenta de esa trama compleja que en las páginas que siguen buscaremos plantear a partir de la idea de *control*, tan presente en la práctica de nuestra disciplina.

II. LA RAZÓN NEOLIBERAL: EL NEOLIBERALISMO COMO RACIONALIDAD

Desde fines del siglo XX asistimos la expansión de un dispositivo político global, que ordena la producción de realidad en la fase actual del capitalismo: el neoliberalismo. Eludir los lazos entre este proceso y el derecho pareciera bastante ingenuo o, precisamente, un efecto de este mismo dispositivo que busca cubrir su rastro y elevarse, como suscriben Laval y Dardot, al nivel de la nueva razón del mundo.

A lo largo de este trabajo intentaremos presentar las implicancias de abordar al neoliberalismo como una racionalidad -y no como una teoría económica- que produce una forma particular de subjetividad y, también, de estatalidad.

Resulta un interesante signo de este mecanismo de sentido que no encontremos, en la actualidad de la literatura iusfilosófica, obras significativas en torno al derecho que produce el neoliberalismo, con su correspondiente identificación. Por el contrario, persisten categorizaciones y nutridas menciones a los llamados *derechos nazi, fascista y socialista*; junto con la explosiva crítica al llamado *derecho de los populistas*.

No obstante, fuera de los espacios ocupados por el *mainstream*

del pensamiento jurídico, asoman discusiones teóricas rigurosas que se proponen cruzar las fronteras impuesta por esta policía discursiva; para desde allí debatir sobre el contexto, identificar sus supuestos y, con ello, plantear alternativas a la mera reproducción de lo ya elaborado por la dogmática tradicional.

La teoría política, con mayor ímpetu en los últimos años, se ha dedicado a estudiar este proceso, con particular atención en la diferencia entre el ordoliberalismo *alemán*, el neoliberalismo *americano* y el libertarismo. Puesto que, más allá de la similitud de sus efectos concretos en las biografías de los etiquetados como *anormales*, se advierten sensibles diferencias entre estos, que por su tenor deben ser tenidas en cuenta.

Es preciso destacar que estas posiciones *neoliberales* rompen, incluso en sus diferencias, con la tradición liberal. En efecto, emergen como una respuesta, luego de la Primera Guerra Mundial y de la Crisis del 30, a la denominada crisis civilizatoria de la sociedad liberal. De allí que el sufijo de su nombre resulte engañoso. Por ello entendemos que desarmar la ligazón retórica entre el liberalismo y estas formas de abordar lo político es crucial para evitar los malentendidos que hacen pasar a estos proyectos como un retorno o actualización de éste.

También, sería adecuado señalar que, como respuesta a esta crisis, además de las alternativas neoliberales, marginales para entonces, emerge el benefactorismo, que logró erigirse hegemónico hasta la década del '70, momento en que irrumpe el proyecto neoliberal. Para pensar estos procesos globales, desde nuestra latitud, es preciso remitirse a la emergencia del peronismo y al proceso de reforma del Estado iniciado por la Dictadura cívico militar de 1976 y consolidado en la década del '90.

En atención a la preminencia del neoliberalismo *americano*, nos focalizaremos en este por sobre los ordos y libertarios. Posiblemente debamos ampliar el análisis sobre estos últimos, dada la disputa interna que transita este espacio a nivel global, más allá de las particularidades y fenómenos locales. No obstante eso, hacemos aquí el pertinente señalamiento puesto que particularmente en el plano jurídico se registran diferencias importantes en cuanto a la soberanía y las funciones estatales.

Hecha la aclaración podemos decir que si el liberalismo impone, junto con los valores de la democracia representativa (con las limitaciones censitarias, raciales y de género del caso) el *laissez*

faire como regla fundante, es decir, la autorregulación de los mercados y la no intervención de los Estados, como vía a la sociedad libre (obviando que los archivos históricos desmienten este aparente proceso natural). Por su parte, las posiciones que responden a la crisis del liberalismo van a reconducir este principio organizador, abandonando el apego a la tradición democrática -en el gobierno- y a la posición abstencionista del Estado. Es así que “*lejos del naturalismo económico del siglo anterior que consideraba que la economía según unas leyes y dinámicas propias que se autorregulen (...) los neoliberales consideran que el mercado requiere de una creación y una recreación constantes para mantener su dinamismo*” (Lluch, 2021, pág. 116).

En efecto, el liberalismo del siglo XVIII se erige como un mecanismo para establecer límites al Estado decimonónico. Así, se puede decir que el liberalismo “*constituía un discurso opositor al Estado de policía, un discurso que recusaba las prohibiciones y reglamentaciones estatales. Para los economistas de entonces, el objetivo preeminente era la restricción del Estado en función del despliegue de las libertades*” (Nosetto, 2013, pág. 186). De allí se entiende la lógica de fomento que traman las constituciones liberales al momento de pensar, ante la falta, la acción estatal.

Por el contrario, la repuesta neoliberal apunta a un disciplinamiento general, en el que se expande cada vez más el gobierno, especialmente sobre los propios dispositivos estatales. Vale aclarar que con la expresión *gobierno* no hacemos referencia expresa al entramado institucional que, en una república como la nuestra, ocupa el Poder Ejecutivo; podemos decir que lo incluye pero lo desborda completamente, penetrando en intersticios cada vez más íntimos. Desde la obra de Foucault entendemos por gobierno a una técnica en el ejercicio del poder; el que sabemos, lejos de ser un ente, se da, ante todo como una relación. La lógica del gobierno, en este plano, refiere a la estructuración de las conductas.

Para dar cuenta del neoliberalismo, como Razón, debemos dar cuenta del salto que hace la analítica del poder a partir del neologismo de la *gubernamentalidad*, que permite saltar a la articulación de los distintos dispositivos de gobierno (la escuela, el hospital, la prisión, el ejército) a una estrategia general de gobierno de las poblaciones y, junto con ello, de los dispositivos de seguridad.

Si bien Foucault muere años antes de la asunción del neoliberalismo como razón global, sus reflexiones en torno al poder

sirvieron de punto de partida para su análisis. Especialmente en lo que refiere a las técnicas de gobierno. Así *“gobernar no es gobernar contra la libertad o a pesar de ella, es gobernar mediante la libertad, o sea, jugar activamente con el espacio de libertad dejado a los individuos para que acaben sometiéndose a sí mismos a ciertas normas”* (Laval & Dardot, 2013, pág. 16). Aquí uno de los aspectos más íntimos para el estudio de las conductas de quienes habitamos los espacios estatales, en todo su espectro escalafonario. Puesto que parte del éxito del neoliberalismo radica en la producción de un tipo de subjetividad del agente estatal.

Nuestro abordaje del neoliberalismo, como racionalidad constitutiva de la actualidad de nuestro derecho administrativo, se orienta a la búsqueda de estrategias para salirnos de esta forma de organizar la realidad, de ordenar nuestra existencia común. Tal como sentencia Villacañas *“la cuestión de Foucault sigue siendo la nuestra: no habrá forma de separarnos del neoliberalismo sino encontramos un arte de gobierno alternativo”* (Villacañas, 2020, pág. 207).

En concreto cuando hablamos del neoliberalismo como racionalidad o cuando hacemos mención a la Razón neoliberal hacemos referencia a que *“el neoliberalismo define cierta norma de vida en las sociedades occidentales (...) Esta norma obliga a cada uno a vivir en un universo de competición generalizada, impone tanto a los asalariados como a las poblaciones que entren en una lucha económica unos con otros, sujeta las relaciones sociales al modelo del mercado, empuja a justificar desigualdades cada vez mayores, transforma también al individuo, que en adelante es llamado a conducirse como una empresa (...) esto da a entender que se trata de una razón global (...): es mundial, porque es válida a escala mundial y porque y además porque, lejos de limitarse a la esfera económica, tiende a totalizar, o sea, a hacer mundo mediante su poder de integración de todas las dimensiones de la existencia humana”* (Laval & Dardot, 2013, pág. 14).

La racionalidad neoliberal opera como ese imaginario de sentido común por el cual nos resulta natural/necesario vivir en los términos del mercado, adoptar la subjetividad del empresario-de-sí y producir una estatalidad empresarial.

III. EMPEZAR A PENSAR COMO PENSAMOS LOS/AS ABOGADOS/AS EN/EL ESTADO

Pensar el Estado no resulta algo extraño para quienes trabajamos con el derecho administrativo. En efecto, nuestra tarea diaria, sea en el ámbito público o en representación de algún particular, transita en torno al quehacer en y con el Estado. Cuando proyectamos un Acto, cuando construimos argumentos para impugnarlo, cuando instrumentamos una política pública y evaluamos su impacto, en todas esas ocasiones y en tantas otras, nos encontramos pensando y actuando en la estatalidad.

Ahora bien, paradójicamente, los modos en el que se configura este pensamiento, junto con sus bases epistemológicas y pliegues ideológicos, nos resulta la mayoría de las veces, una cuestión ajena o extraña a nuestra actividad. Como si nuestro hacer no tuviera nada que ver con las relaciones de poder que configuran las fronteras de nuestro saber disciplinario. Un saber paradigmático, desde el que se contornea buena parte de los estándares empleados para constreñir, evaluar y juzgar tanto la razonabilidad de los actos administrativos, como así también para diseñar al propio Estado, desde sus dimensiones, competencias, instrumentos y, muy especialmente, en lo que refiere a sus razones y objetivos. Por ello no resulta, exógeno al campo de los juristas y tampoco inoficioso el abordaje de las cuestiones que queremos aquí discutir. Pues, a fin de cuentas, sospechamos que esta aparente extrañeza que invade al mundo de los juristas es efecto de un artificio bien constituido.

Este trabajo rondará por las tramas que forman, dan estructura, sentido y materialidad a la Administración; nombre con el que el sentido común de nuestro campo, luego de un importante trabajo ideológico, denomina al exoesqueleto que haría que todo funcione y que también impediría que, por los aparentes humores populares, se re-ocupe, desborde o transforme ese cuerpo. Veremos luego que este remplazo sinonímico, que desplazó de nuestro léxico especializado al significativo Estado por la Administración, no es para nada casual, aleatorio, ni mucho menos ingenuo.

Por más que no se diga, por más que se eluda, en el procedimiento administrativo, en el diseño de la responsabilidad del Estado, en el alcance de las competencias de los órganos, en la referencia a las metáforas organicistas, en el diseño de las relaciones de empleo público, en el planteamiento de los esquema de regulación, en los modos en

los que el Estado asume la actividad productiva de bienes y servicios y en otras tantas instancias se juega mucho más que una mera técnica de imputación de hechos, conductas y normas.

¿Qué es lo que se juega, entonces, en el derecho administrativo? ¿qué es lo *no dicho* que estructura y ordena los relatos sostenidos hegemonícamente en esta disciplina? Pues bien, en esta elusión se alojan los nudos que traman las relaciones de poder en las que lo cotidiano se sostiene. De allí que valga preguntarse los motivos por los cuales estos asuntos son eludidos, es decir, no abordados expresamente en la mayoría de los trabajos doctrinarios que producen y reproducen el sentido común de *los administrativistas*. Más concretamente cabe indagar por la omisión de los aspectos epistemológicos e ideológicos sobre los que esta práctica académica se soporta. Sospechamos que esta distancia, que no es novedosa ni tampoco inmutable, resulta estratégica para la Razón neoliberal y su proyecto para con la estatalidad: La Administración S.A.

Nos parece importante decir estas cosas a un público como este, que opera con el derecho administrativo, dado que una parte importante de la doctrina, a la que acudimos en el quehacer diario, muchas veces produce o potencia cierta actitud alienante, en tanto, esfuma o esmerila los efectos concretos de nuestro hacer. Aspecto que no sería una característica exclusiva de la teoría del derecho administrativo. En efecto, con la modernidad, el hacer del jurista se autonomiza de la persona que lo encarna. Dando lugar a la resonante metáfora del juez como “la boca de la ley”, que desde el *espíritu de las leyes* de Montesquieu, en adelante, legitimó la práctica silogística y su consecuente articulación sobre el derecho, haciendo de este un campo de enunciados lógicos, donde todo se reduciría a los juegos deónticos de *si p entonces q*. Un buen artilugio para no cuestionar el contenido de *p* y *q*, e incluso la condición necesaria de su relación.

Entonces, se construye la ficción que separa la aplicación del derecho de la posición ideológica y cultural del funcionario judicial. Línea argumental que también repicará en la teoría del órgano, con la que se metaforiza la acción estatal. Puesto que más allá de la cuestión atinente a la imputación de conductas de una persona física -el agente- al Estado, en el fondo opera un proceso de ordenación y sedimentación de la estatalidad, que no puede ignorar las lógicas de la línea de montaje que el modelo de producción en ciernes imponía como modo de organización del trabajo.

La clave de la cuestión no pasa, como pareciera mostrar el *mainstream*, por discutir si los funcionarios pueden o no apartarse de cierta regla o principio en la materialización de un Acto; sino por advertir cuales son las condiciones simbólicas y materiales en la que éste construye ese juicio, es decir, cómo emerge el contenido estable del orden jurídico, que luego opera como un material irreflexivamente aplicado.

Esta polisemia, como podrán sospechar, es cancelada y obturada por las posiciones jurídicas tradicionales, que insisten en correr de nuestro campo las preguntas que muestran la politicidad de todo orden y, consecuentemente, la posibilidad de ser re-articulado, re-significado.

De modo que la primera cuestión a trabajar, para una teoría crítica del derecho administrativo, resulta eminentemente epistémica, en abierta confrontación con las posiciones mayoritarias en la academia, que marcan una frontera disciplinaria y práctica entre el derecho y lo político. Como resistencia a esta posición hegemónica nos ubicamos quienes afirmamos la falacia de aquella frontera, señalando su función política que *paradójicamente* permite establecer la marca de lo posible dentro de nuestro campo.

Frente a las posiciones positivistas -con sus reversiones *neo* y analítica- y los distintos iusnaturalismos, por donde orbita la doctrina administrativista, bien sintetiza Alicia Ruiz, desde la crítica jurídica oponemos “*a un concepto reduccionista del derecho (...) la concepción que lo caracteriza como una práctica discursiva, que es social (como todo discurso), y específica (porque produce sentidos propios y diferentes a los otros discursos), y expresa los niveles de acuerdo y de conflictos propios en una formación histórico social determinada. El derecho es un discurso social, y como tal, dota de sentido a las conductas de los hombres, los convierte en sujetos. Al mismo tiempo opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o hacer. Su sentido remite al juego de las relaciones de dominación y a la situación de las fuerzas en pugna, en un cierto momento y lugar*” (Ruiz, 2009, pág. 11).

De modo que partimos de una tradición iusfilosófica que, en vez de eludir la dimensión política del derecho, se hace cargo de recuperar el lazo entre lo que este dice, lo que se dice que este dice y su contexto, con el fin de producir una práctica un poco más atenta a las

funciones que el derecho -y sus contingentes contenidos- cumplen en la institución del ordenamiento social.

Reconocer la politicidad del derecho administrativo no implica hacer de este un relato partidista; más bien apunta a señalar que en éste se movilizan puntos nodales para la comunidad en la que opera (e instituye). Por ello no creemos que hacer de este una simple técnica de subsunción o ponderación de reglas y principios -ajenos a las condiciones y conflictos políticos, económicos y sociales en los que se aplican- resulte conducente. Máxime cuando en el fondo, lo que sucede, no es otra cosa que la elevación al grado de lo universal o la asignación del atributo *de lo razonable* a una posición política concreta, que gusta vestirse con las ropas de la objetividad la ciencia y la técnica; pero que frecuenta los despachos, las oficinas de las corporaciones y los ámbitos del *lobby* -para ser discretos-.

Señalar la politicidad del derecho administrativo no es más que resaltar su contingencia y, con ello, declararlo un espacio en disputa. En consecuencia no existe algo así como el derecho administrativo, que pueda ser taxonómicamente señalado, separado y observado, existen posiciones en torno a lo político construidas *en y por* éste. Discutir como pensamos los/as abogados/as en el Estado, desde este enfoque, permite analizar cómo se configuran los materiales que utilizamos, cómo emergen determinados sentidos, cómo se portan las subjetividades de los agentes. Cuestiones que refieren directamente al hacer jurídico.

Así, junto con la militancia de una epistemología jurídica que reconoce la politicidad del hacer de los operadores del derecho, va la segunda motivación a esta intervención, a saber: la proyección de un espacio para la configuración de alternativas al modelo epistemológico-político-institucional que se impone con el neoliberalismo y que ha permeado el sentido común del derecho administrativo gracias al trabajo de una parte importante de la dogmática y la doctrina, que ha realizado la articulación entre los materiales discursivos de la racionalidad neoliberal y el pensamiento jurídico estatal.

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO NEOLIBERAL: LA LENGUA DE LA ADMINISTRACIÓN S.A.

Plantear al derecho administrativo como el lenguaje del Estado implica reconocer que éste se instituye desde una gramática y un léxico particular, en los que se producen las relaciones que hacen al

tráfico jurídico estatal. Ahora, esta afirmación debe entenderse más allá de una circunstancial analogía literaria. Pues, así como nuestro inconsciente está estructurado como un lenguaje, en los términos del apotegma lacaniano, también lo está el Estado, no porque le transfiramos a éste características de la personalidad, lo que redundaría en un psicologismo ajeno a nuestro interés -y que tampoco apreciamos correcto-. Mas precisamente nuestra realidad y toda experiencia que la compone parte de un lenguaje, de un conjunto de rituales, de simbolismos y representaciones, de metáforas y metonimias. Los modos en los que se habla la estatalidad, los modismos que en ella habitan, nos indican la subjetividad que se produce.

Si entendemos al derecho como un discurso social que como tal excede a las palabras de la Ley y que, por lo tanto, establece las reglas de atribución del habla, individualizando quienes pueden decir que dice el derecho (Ruiz, 2009), se entiende la centralidad del derecho administrativo en la configuración del orden social y los motivos de su captura por la racionalidad neoliberal. En efecto, como resaltaba el profesor Entelman “*el discurso jurídico es el discurso del ejercicio del poder y, por ende, alude e identifica a aquellos que pueden producirlo, configurando la noción de autoridad u órgano y ordenando las relaciones reciprocas de los productores de ese discurso del poder entre sí, y de estos con el resto de los individuos actuantes en relación a una determinada institución social. De este modo las reglas de formación del discurso jurídico [son] reglas de identificación, reglas de designación de sujetos que tendrán a su cargo el proceso discursivo*” (Entelman, 1982, pág. 96). Proceso que, a su vez, estará estructurado desde una determinada racionalidad, que establece las fronteras de lo posible.

Con una pasada por los materiales más comunes de la disciplina, podrán advertir tanto en la bibliografía especializada y en las normas que se dictan bajo su influjo, que los estándares de control de la actividad administrativa, promovidos por la doctrina, concretizan la articulación que la racionalidad neoliberal -como imaginario- proyecta sobre el derecho administrativo. Desde allí se logra controlar la actividad estatal *normal*, con lo que no sólo se busca corregir la producción de actos afectados en su validez, sino especialmente evitar la producción de otros márgenes de acción estatal, márgenes que produzcan una estatalidad alternativa a la bosquejada por este imaginario, que desatiende la sustancialidad de los derechos conquistados al amparo del *welfare state*, que en nuestro país se configuró con las

particularidades de la experiencia peronista.

El control de la actividad administrativa, a través de este discurso, impone también la producción y el encorsetamiento de un modo de estatalidad con el que se topan -como límite- los procesos populares y democráticos que buscan transformar las relaciones sociales de producción y distribución. Vale recordar los límites internos con los que se han topado los procesos políticos latinoamericanos de principios del siglo XXI.

A este límite discursivo, que opera sobre el control de lo que se dice en el derecho administrativo, se le suman las estructuras institucionales, que aseguran la estabilidad del *status quo*. Como destacan Laval y Dardot “*el gobierno neoliberal ha engendrado un sistema de poder, compuesto por instituciones políticas y financieras, dotado de medios legislativos y de dispositivos administrativos*” (Laval & Dardot, 2017, pág. 55). A ello habría que sumarle, desde nuestra situacionalidad latinoamericana, la toma corporativa de los Poderes Judiciales, que han asumido en gran medida una posición de ofensiva contra las medidas políticas que alteren el marco regulatorio neoliberal -como lo muestra la judicialización del DNU 690/20 por el que se declara a la provisión de internet como servicio público en competencia.

La preocupación de parte de la doctrina administrativista por el control del Poder Ejecutivo -incluso dentro de los márgenes de la discrecionalidad- pareciera ir un poco más allá de la mera preocupación por la producción de actos regulares. La profusa sustancialidad de los relatos de la dogmática, cuya autoridad pareciera irrefutable, busca asegurar que se produzca un tipo de administración, una que no confronta con los sectores que concentran los hilos del proceso de acumulación neoliberal. A tal punto que toman por arbitraria toda decisión estatal que confronte contra los contenidos de este modelo, sus reglas y beneficiarios. En este sentido pareciera conducirse la obra del profesor Cassagne, titulada *el Estado populista*, en la que insta a sus lectores a actuar contra un *cáncer* alojado en la sociedad civil², forma con la que se refiere a los adversarios del modelo del

2 El profesor Cassagne inicia el prólogo de su obra, *el Estado populista*, clamando que “Mientras el arco político de los partidos democráticos oscila entre la derecha y la izquierda, el populismo actúa como un cáncer que una vez alojado en la sociedad civil y en el Estado, invade las distintas partes del todo social” (Cassagne, 2017). La metáfora utilizada por el reconocido administrativista resulta cuanto infortunada a sazón de nuestra historia reciente.

Estado subsidiario.

No resulta exagerado, en este punto, argüir que el trabajo de una buena parte de los operadores jurídicos ha establecido un remplazo sinonímico entre el principio de juridicidad y los mantras de la economía de mercado, otorgándoles rango constitucional -vía articulación retórica de los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional-, eludiendo la fuerza operativa de las partes del texto que serían complejas de compatibilizar. Todo ello declamando la defensa de los derechos frente a toda política -*popular*- que, por su aparente animadversión al capital, se encontraría imposibilitada de entender correctamente la verdadera justicia de las cosas.

Debemos advertir la completa extensión de esta idea, tan cara a nuestra disciplina. Puesto que más allá de las expresiones de grieta vertidas en sendas oportunidades, mayoritariamente la doctrina se encolumna en la defensa del derecho administrativo como límite a la política. Sin embargo, hurgando un poco más puede percatarse que esta separación no sería tan contundente y que la elusión del complemento de esta posición no significa que el mismo no esté presente, articulando en la realidad.

Asimismo, con esta separación toma fuerza la sinonimia de la Administración para desplazar la fuerza simbólica de significantes como Estado o Gobierno -en su acepción institucionalista-. Este remplazo hace más sencilla la metonimia con el discurso económico del que se sirve la racionalidad neoliberal para dar contenido a su imaginario.

Pero por sobre todas las cosas, insistimos en remarcar que esta posición decididamente elude la politicidad de los aspectos sustantivos y de los fundamentos canonizados en los relatos hegemónicos de la disciplina. De modo que detrás esta idea del derecho administrativo como límite técnico a la discrecionalidad de la acción de los funcionarios y su supuesto plan arbitrario de gobierno, debiéramos también advertir las lógicas que defienden el *status quo* neoliberal que determinada forma estatalidad garantiza.

Ahora bien, como nos enseñó el profesor Cárcova “*el papel del derecho depende, pues, de una relación de fuerzas en el marco del*

Como ha recopilado Daniel Feierstein en sus trabajos sobre el genocidio producido por la última Dictadura, la apelación al *cáncer* (junto a otras metáforas organicistas) ha sido un recurso retórico para referirse a la desaparición forzada y tortura de personas (Feierstein, 2008). Por ello no parece oportuno referirse a una fuerza política democrática y sus partidarios en los términos utilizados por el mencionado profesor.

conflicto social. En manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y reconducción de sus intereses y finalidades. En mano de grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política, por lo tanto, de cambio social (Cárcova, 2001, pág. 35)". De modo que si pensamos al derecho administrativo como el campo discursivo de las relaciones que se traman en torno a las mediaciones de lo común, en este espacio institucional que configura la estatalidad, entonces podremos salirnos de esta jaula de hierro, que plantea a nuestra disciplina como un límite para la política popular contrahegemónica.

Podremos, así, lanzarnos a rearticular los sentidos de nuestra disciplina. Pues ¿Acaso no les llama la atención que los criterios de razonabilidad de la administración se configuren a la imagen y semejanza de un "actor racional de mercado"? ¿Qué nos lleva aceptar que la lógica medio-fines o la ponderación eficiente priman por sobre la operatividad de los DESC?

Para ello debemos precisar cómo puede rastrearse el imaginario neoliberal en el derecho administrativo. Tal como hemos mencionado en el segundo apartado, comúnmente solemos identificar al neoliberalismo como una teoría o escuela económica que parte de expandir el poder de las empresas y el mercado a través de la desregulación económica, es decir, del desarme de la estructura productiva intervencionista del keynesianismo y los distintos modelos bienestarristas. Proceso que además estaría acompañado por la globalización, es decir, la libre circulación de capital y mercancías. De modo que se podría inferir que el neoliberalismo actualizó al liberalismo, así como éste había actualizado al utilitarismo.

Sin embargo, una lectura economicista del neoliberalismo, como la anterior, que se concentre en su enfrentamiento a la teoría clásica del valor o en los aspectos macroeconómicos de la financiarización de la economía, nos impide ver que éste "*antes que una ideología o una política económica es, de entrada y ante todo, una racionalidad, y que, en consecuencia, tiende a estructurar y a organizar no solo la acción de los gobernantes, sino también la conducta de los propios gobernados. La racionalidad neoliberal tiene como característica principal la generalización de la competencia como norma de conducta y de la empresa como modelo de subjetivación*" (Laval & Dardot, 2013, pág. 15).

De modo que para rastrear las marcas de este imaginario en las prácticas jurídicas que ocurren en la estatalidad habrá que buscar

más allá de su estructura institucional de cobertura global, de las privatizaciones de los servicios públicos, de la tercerización del trabajo estatal y de la financiarización de la política social, entre otras cuestiones análogas. Habrá que indagar en aquellas normas que perfilan la subjetividad de quienes habitan el Estado, de quienes dicen su derecho, advirtiendo aquellas que configuran un modo de actuar, imponiéndole modos-de-ser. Pues, resulta difícil salir de esta realidad de *cajas chinas* sin soltar al narrador.

Es decir, el neoliberalismo, funcionaría como la matriz discursiva en la cual se van inscribiendo distintos relatos en torno a la realidad y a la subjetividad. Su marca distintiva radica en la fundación de un orden jurídico que despotrica contra todo establecimiento de fines sociales, en tanto entiende que los mismos impiden el desarrollo de la libertad y su justicia egoísta, que de no ser interrumpida, nos llevaría a una sociedad *verdaderamente justa*, que a diferencia de la sociedad igualitaria, soñada desde la tradición proverbial cristiana hasta la marxista, sería en este caso lo más parecido a una distopía oligárquica. La estatalidad tecnocrática neoliberal, más que una organización profesional tecnificada, emerge como una red de agentes moldeados por los mantras del mercado, por sus verdades de sentido común.

A modo ilustrativo podemos decir que la racionalidad neoliberal aparece, en funcionarios de la cartera energética, por ejemplo, cuando entiende que la *tarifa* del servicio no debería contemplar conceptos -que llaman distorsiones- que trasladen a la rentabilidad del concesionario fines colectivos como sería la extensión de la red o la provisión gratuita a personas vulnerables. En consecuencia, la racionalidad neoliberal no pasa por el reconocimiento de la economía de mercado, supuesto aceptado por sendas tradiciones políticas populares latinoamericanas, sino por la internalización de los mantras neoliberales. Pues, nada hay de anticapitalista o expropiatorio, como lo muestra la experiencia histórica, en la distribución de márgenes de rentabilidad.

Sostenemos que el derecho administrativo, hegemónicamente operado por esta racionalidad, produce un tipo de Administración y de administrados, paradigmáticamente configurados desde esta matriz. Un Estado que deja de ser un actor regulador del mercado, como otrora planteaba el capitalismo liberal, para hacer una empresa de sí. Un Estado-empresa, no porque sea un estado productor de bienes y servicios -estado empresario- sino porque se auto percibe

como una empresa, en tanto este agente encarnaría el modo-de-ser exitoso. Un Estado empresarial, es un Estado que deja de regular el mercado para ser un actor regulado y controlado por éste. Un Estado que hace de sus agencias de regulación e intervención económica espacios amigables para la *facilitación de los negocios*. No por nada, desde la Dictadura en adelante, se han desmantelado, formal y/o materialmente, los dispositivos con un perfil regulador, policíaco o interventor; y se han exponencialmente multiplicado las agencias descentralizadas con participación de los mismos sectores regulados, dándose paso a la Administración S.A.

Este proceso de transformación del Estado, de adopción de la subjetividad empresarial, despegó con la reforma administrativa que complementó a la Ley de Reforma del Estado del menemato. Esta reforma, la administrativa, ha sido poco estudiada y tiene unos efectos fundamentales para proteger el núcleo sustancial del proyecto neoliberal y de los intereses de los sectores concentrados. Este proceso se caracteriza por su carácter descentralizado, desperdigado en decenas de decretos y resoluciones ministeriales, que hacen mucho más que organizar el trabajo intra-administración.

Sospechamos que gran parte de las limitaciones estratégicas con las que se topó la experiencia nacional-popular del 2003 al 2015, al intentar reformular las potencialidades del Estado en la regulación, parte de no haber desarmado completamente la reforma administrativa que, bajo el eufemismo de la modernización, se impuso en los 90 y se agudizó durante la anterior gestión -basta para eso con ver los decretos 434/16 y 891/17-.

Más allá de las privatizaciones, la década del 90 fundó un entramado institucional y normativo que performativamente caló en los agentes, los funcionarios y los administrados. Ciertamente, es que este proceso se apoyó en el derecho administrativo autoritario producido por las Dictaduras del 66 y del 76. De modo que como señala el profesor Sammartino “*Uno de los problemas más complejos que exhibe el derecho administrativo argentino actual reside en determinar hasta qué punto las matrices directivas que lo sustentan resultan enteramente compatibles con los principios cardinales del Estado constitucional social de derecho, vigente en la República*” (Sammartino, 2014). Sospechamos que la permanencia de este derecho, de la época *de facto*, más allá de los cuestionamientos constitucionales sobre su validez -pues el vicio de origen es insanable y la participación en un golpe de Estado también es repugnante a

la Constitución-, continúan rigiendo por la compatibilidad entre el autoritarismo y la racionalidad neoliberal.

Por su parte el profesor Balbín describe algunas de las características que, en los últimos tiempos, adoptó la asentuación del llamado proceso huida al derecho privado, el que denominó como *derecho administrativo S.A.*, a partir del cual hemos pensado nuestro análisis de la Administración S.A. Advierte Balbín que este nuevo derecho administrativo es un derecho creado por el mercado, a la luz del análisis económico del derecho, que tendería a la sustitución de los marcos regulatorios estatales por la proliferación de reglas consensuales establecidas por los propios destinatarios (los actores del mercado), junto con el avance del llamado derecho global económico, la cop-tación del Estado por los representantes de los sectores regulados y la proliferación de un derecho de reglas débiles. Como advierten Biglieri y Cadahia, recuperando a Foucault, “*el neoliberalismo funciona como un arte específico de gobierno, cuyo modo de actuar se caracteriza por una transformación de la racionalidad del Estado en el que la economía comienza a ser creadora de derecho*” (Biglieri & Cadahia, 2021, pág. 111).

Ciertamente asiste la razón a Balbín al afirmar que “*el transfondo nodal es si el Estado debe decidir conforme con las reglas del mercado o las reglas jurídicas; en otros términos, si los derechos deben distribuirse según el mercado o el derecho*” (Balbín, 2020, pág. 265). Ahora bien, la diyunción entre el mercado o el derecho se vuelve redundante cuando el neoliberalismo no solo copó el contenido del derecho, sino también su estructura productiva. Cuando el neoliberalismo se constituye como racionalidad las estrategias formalistas resultan inocuas al dispositivo del poder. En algún punto hasta le son productivas.

Asimismo, este fenómeno de la huida al derecho privado, presentado por el *mainstream* como una salida ante la ineficiencia del derecho administrativo para los negocios y su excesiva burocratización, adquiere otra dimensión si atendemos la posición del neoliberalismo frente a los sistemas jurídicos. En efecto “*Las reglas de derecho cuya supremacía afirma el neoliberalismo son exclusivamente las normas de derecho privado o penal. Un derecho tan solo tiene validez en la esfera de la propiedad privada y el intercambio comercial en el que el contrato hace prevalecer su propia lógica (...) De esta forma obtenemos la definición neoliberal del Estado de derecho o del imperio de la ley: este último no se define por la obligación de respetar*

los derechos humanos en general, sino por el límite a priori que el derecho privado impone tanto a toda legislación como al gobierno”. (Laval & Dardot, 2017, pág. 43).

V. LA ADMINISTRACIÓN S.A.

Llegamos así a una administración que transformó la burocratización en la explosión de la competitividad, con el desembarco del management -para modelar a los funcionarios- y el capital humano -para replantear la posición de los trabajadores del Estado-. *“el neoliberalismo busca limitar y desdemocratizar lo político. Para este fin los neoliberales impulsaron Estados e instituciones supranacionales despolitizados, leyes que encasillarían y protegerían la economía mundial, modelo de gobernanza basados en principios empresariales y sujetos orientados por el interés y disciplinados por los mercados y la moral. La administración, la ley y la tecnocracia, en lugar de la deliberación democrática, la protesta y el reparto de poder”* (Brown, 2020, pág. 74).

Con significantes que nos remiten a lo moderno, al progreso y tantas otras asociaciones positivas, se esconde la conversión del funcionario en un CEO y la precarización laboral. Bajo esta impronta, el modelo exitoso de funcionario se mediría por la eficiencia en la gestión de procesos, con independencia respecto de la trascendencia o el impacto social en materia de derechos que su acción produce. Cabe preguntarnos: ¿un funcionario debería trabajar para cumplir la meta de expedientes a despachar con un uso eficiente del gasto o atender que los intereses de la comunidad -que informan el interés público- se encuentren protegidos? Si bien pareciera exagerado, una pasada por la imposición del modelo de gerenciamiento, la proliferación de indicadores de resultado para todo y la capacitación en estrategias de gestión apoyadas en las llamadas experiencias exitosas del sector privado, entre otras prácticas que a primera vista parecen improductivas, sostienen la estatalidad de la reforma del Estado, manteniendo la subjetividad del amo.

Que el derecho administrativo tienda a la ceocracia, a la asimilación del funcionario en un ceo/gerente, preocupado por como mostrar su rendimiento y cumplir sus metas de atención a clientes, otra ciudadanía; que nuestro derecho administrativo tome el cálculo costo-beneficio como criterio de razonabilidad; que nuestro derecho administrativo entienda que la dignidad de la persona humana no

impone el deber de tomar medidas de regulación, sanción o intervención sobre los mercados y sus actores privados; todo ello resulta el triunfo de un proyecto político sobre nuestro campo disciplinario y, especialmente, sobre el espacio estatal.

La Administración S.A. es el triunfo de la ocupación neoliberal que lejos de hacer desaparecer al espacio estatal lo reconfiguró y redirigió su fuerza a la represión de toda oposición y, junto con ello, se dedicó a la llamada gestión para la facilitación de los negocios, desarmando el papel de mediador entre capital-trabajo, y generando espacios de contubernio entre los sectores regulados y los restos de la intervención estatal: los entes o agencias reguladoras. La Administración S.A. no tiene ciudadanos, sino clientes y accionistas, emulando a las empresas transnacionales. Tampoco tiene trabajadores, tiene colaboradores y gerentes.

Este proyecto ocupó los significantes del derecho administrativo y diseñó un entramado discursivo, en el que hoy, quienes operamos con el derecho administrativo somos formados. Se pretende, de esta forma, evitar que algún agente o funcionario díscolo, cometa una anormalidad y por ejemplo, se le ocurra ejercitar el poder de policía en materia de control de precios al consumidor; sancionar alguna empresa que haga de su posición dominante una amenaza para la dignidad alimentaria; producir bienes y servicios por fuera de la modalidad empresarial; subordinar los indicadores macroeconómicos a los sociales; entre otras cuestiones.

Somos formados por la academia tradicional, para atacar a ese Estado, al Estado que se anima a desafiar al neoliberalismo y su orden social, al Estado que no quiere seguir siendo la Administración S.A. De este modo, colonizando nuestra formación, dan contenido a nuestro imaginario, instalan una racionalidad. Doctrina, normas y diseños institucionales -locales y transnacionales- conforman una red de seguros que buscan impedir una nueva estatalidad, que priorice la integridad de las personas humanas por sobre la estabilidad de las operaciones financieras.

El Banco Mundial, la OCDE y otros organismos multilaterales de crédito han diseñado todo un *soft law* que impone a los Estados una política de homogenización de los derechos administrativos, un derecho global que potencia la huida al derecho privado y se sobrepone por sobre la operatividad de los DESC; para construir así un modelo de administración estatal homogéneo que le facilite a los gendarmes externos el control del gobierno neoliberal global.

Por el mismo flanco, todo el entramado de los TBI y el CIADI, con sus árbitros *independientes* llegan al extremo inaudito de dar el carácter de *hecho* a las *reglas de derecho público* argentino, llevando a la soberanía a sus niveles más bajos y, controlando así, aquellas decisiones estatales -como la recuperación de YPF o la rescisión de los contratos de concesión de los servicios públicos- que tensan, sin romper, la lógica de la Administración S.A.

De modo que bastante controlada está la cuestión:

se han incorporado a las leyes administrativas los principios y reglas del modelo político neoliberal;

estos principios y reglas se han naturalizado y hacen al sentido común de la Administración S.A.;

se ha extendido una red doctrinaria que soporta y actualiza este modelo de derecho administrativo y, con ello, de estatalidad;

han emergido dispositivos de control nacional -en los poderes judiciales- y transnacionales que funcionan como fuerzas de seguridad, dispuestas a reprimir toda alteración.

Por ello, la Administración S.A., una vez instalada, persiste a los cambios de gobierno, su reproducción está asegurada por la racionalidad neoliberal que opera como imaginario. En algún punto es el resultado de la combinación de una subjetividad y de un entramado institucional asentado, con importantes dispositivos de seguridad.

¿QUÉ HACER?

El momento actual parece hartamente complejo para idear salidas alternativas que busquen reconfigurar, desde el paradigma de los DDHH, el vínculo entre el Estado y las personas humanas. Mucho más cuando una parte importante -y sumamente influyente- de la doctrina participa de manera militante en el proyecto estatal neoliberal y vehiculiza los materiales ideológicos en el discurso jurídico. Frente a ello ¿hay alternativa? ¿Qué podemos hacer?

Creemos que el famoso TINA -*There is no alternative*- que pregonaron los popes de este modelo de subjetivación puede ser desmascarado y sus efectos paralizantes pueden ser enfrentados, como en el mito de medusa, la clave está en sortear su mirada, para no perdernos en ella.

Ofrecemos aquí un bosquejo de hoja de ruta a considerar:

Desconfiar de lo dado, desconfiar de las prácticas sedimentadas,

esas que se presentan con la sentencia: *siempre se hizo así*. Pues, aunque su efecto performativo sea potente, sabemos que *-siempre-* fue alguna vez inventado y, aunque nos parezca extraño, su invención es más cercano en el tiempo de lo que creemos. Por ello, es imposible desconocer la politicidad de todo esto.

Realizar una mirada sobre nuestras prácticas concretas.

Luego de desconfiar, habría que detectar los relatos, conceptos y todas las piezas que traman el sentido del proyecto neoliberal en el derecho administrativo. Para ello habría que entrenar la lectura y desplazar aquellos elementos textuales y dispositivos institucionales que replican la lógica del Estado empresarial, es decir, del Estado subjetivado desde el modelo empresario. En este punto deberíamos rastrear la colonización discursiva de nuestro campo, mostrar su carácter precario, es decir, no-esencial, para desde allí reponer otras lógicas, otros inventos, desde una estatalidad centrada en la dignidad humana, que no sería otra cosa que el aseguramiento de las condiciones materiales y simbólicas para la existencia plena, en comunidad.

Insistimos en señalar que la lógica medio-fines, operada desde el análisis costo-beneficio como marco para evaluar la razonabilidad de la actividad administrativa, que la regla del eficientismo en torno al gasto, que la conversión del principio de legalidad en la cláusula de garantía de quienes socavan el interés común, entre otras cuestiones, deben denunciarse y remplazarse para la construcción de una alternativa con posibilidades efectivas para transformar la realidad.

Habría que construir una nueva doctrina, una academia que deje sus compromisos -más o menos explícitos, más o menos intensos- con el modelo neoliberal. Una doctrina que ayude a construir una estatalidad desde el común, que tenga las herramientas para contraponerse a los dispositivos de control discursivo instalados por el andamiaje neoliberal. Una doctrina nacional, popular, democrática, feminista y heterogénea.

En conclusión, la racionalidad neoliberal impacta en los modos en que el Estado ejerce el control y en como éste es a su vez controlado; dimensión eludida por la disciplina. De modo que queda abierto el llamado colectivo para construir una teoría del derecho administrativo que desarme esta forma-de-ser de la estatalidad, que desarme la subjetivación empresarial del Estado, que sirva a la dignidad de las personas humanas. No nos confundamos, el derecho administrati-

vo neoliberal no despotrica contra el control estatal, por el contrario, lo ejerce sobre una multiplicidad de cuerpos marcados como resto del proceso. Habrá que fundar un proyecto de Estado alternativo al neoliberal, que haga de los dispositivos de regulación y conducción una herramienta para la realización de una sociedad más igualitaria, libre y soberana.

TRABAJOS CITADOS

- Cárcova, C. (2001). Notas acerca de la teoría crítica del derecho. En AAVV, *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho* (págs. 19-39). Buenos Aires: Eudeba.
- Cassagne, J. C. (2017). *El Estado populista*. Buenos Aires: Euros Editores.
- Balbín, C. (2020). *Crisis del derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea.
- Biglieri, P., & Cadahia, L. (2021). *Siete ensayos sobre populismo*. Barcelona: Herder.
- Brown, W. (2020). *En las ruinas del neoliberalismo: el ascenso de la política antidemocrática en occidente*. Buenos Aires: Tinta limón.
- Entelman, R. (1982). Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico. En AAVV, *El discurso jurídico* (págs. 83-111). Buenos Aires: Hachette.
- Feierstein, D. (2008). El carácter genocida del Proceso de Reorganización Nacional. *Revista digital de la Escuela de Historia*, 1(1).
- Laval, C., & Dardot, P. (2013). *La nueva razón del mundo*. Barcelona: Gedisa.
- Laval, C., & Dardot, P. (2017). *La pesadilla que no acaba nunca*. Barcelona: Gedisa.
- Lluch, E. J. (2021). *Michel Foucault: Biopolítica y gubernamentalidad*. Barcelona: Gedisa.
- Nosetto, L. (2013). *Michel Foucault y la política*. San Martín: UNSAM Edita.
- Ruiz, A. (2009). Derecho, democracia y teoría crítica al fin de siglo. En AAVV, *Desde otra mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho* (págs. 9-19). Buenos Aires: Eudeba.
- Sammartino, P. (21 de 3 de 2014). Precisiones sobre la invalidez del acto administrativo en el Estado constitucional de derecho. *El Derecho*.
- Villacañas, J. L. (2020). *Neoliberalismo como teología política: Habermas, Foucault, Dardot, Laval y la historia del capitalismo contemporáneo*. Barcelona: Ned.



INVESTIGACIONES

VIVIANA KÜHNE

SERGIO CARULLO

LUISINA CARRIZO

ANDERSON CHRISTIAN SALTZER CHAVEZ

¿ES POSIBLE IMPLEMENTAR EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL UN RÉGIMEN LABORAL MIXTO PARA LOS TRABAJADORES QUE TIENEN A CARGO MAYORES ADULTOS?¹

VIVIANA KÜHNE²

UBA - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 59-85

Palabras clave: empleo público; vulnerabilidad; adultos mayores; agentes con personas a cargo; prestación laboral mixta; welfare.

Keywords: public employment; vulnerability; older adults; agents with dependents; mixed labor provision; welfare.

Resumen: Los agentes de la Administración Pública central con adultos mayores a su cargo constituyen un nicho de trabajadores sin protección adecuada en materia laboral. Un mecanismo idóneo resulta, a mi entender, la posibilidad de implementar el trabajo mixto o remoto y la concesión de franquicias para atender estas exigencias.

Abstract: The agents of the central Public Administration with older adults in their charge constitute a niche of workers without adequate protection in labor matters. An ideal mechanism is, in my opinion, the possibility of implementing mixed or remote work and the granting of

1 Este trabajo es una síntesis del trabajo final para obtener la especialización en Asesoría Jurídica del Estado presentado bajo el título ¿Cómo tutelar a los trabajadores de la administración pública central que tienen adultos mayores a su cargo?, presentado y aprobado durante la cohorte 2021/22.

2 Abogada dictaminante en la Dirección de Dictámenes y Asesoramiento Legal de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Cultura; docente universitaria en nuestro país y el extranjero; conferencista y autora de numerosos libros, artículos y papers.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

franchises to meet these demands.

I

El contexto post pandémico presentó muchos desafíos. La realidad luego de la cuarentena mutó inexorablemente. Este cambio impactó más en algunas personas que en otras. Ciertos sectores se hicieron más frágiles todavía. En esta coyuntura algunos trabajadores se encontraron con una tarea adicional: el cuidado de personas adultas.

Mi investigación se limitará a la realidad de los empleados estatales dentro de la administración central. En este escenario la situación se tornó crítica con el regreso a la presencialidad. Si bien este retorno fue escalonado, con una reincorporación en modo gradual, luego de un breve tiempo se volvió al esquema anterior a marzo de 2020. Por lo cual se impuso una carga horaria plena en los respectivos lugares de trabajo.³

Sin embargo, esta relativa normalización no se planteó en todos los ámbitos de la vida cotidiana. Algunas cosas cambiaron en modo definitivo. Frente a esta realidad, muchos trabajadores se vieron obligados a solicitar permisos “especiales” para poder seguir asistiendo a los adultos mayores que tienen a su cargo. Este supuesto constituye un vacío legal. Incluso algunas organizaciones gremiales se hicieron eco de esta nueva problemática en el horizonte del trabajador estatal. La prensa no fue ajena a esta cuestión del regreso a la actividad con las mismas características pre-pandémicas y sin ninguna adecuación a la nueva realidad.⁴

Principalmente, porque la armonía alcanzada por muchos empleados con la introducción del trabajo remoto se vio alterada. El equilibrio logrado se perdió. Sin contar el incremento de nuevas patologías y problemas de salud en la población anciana luego de un periodo muy prolongado de cuarentena, cuando les estuvo prácticamente vedado salir de sus hogares, dada su condición de riesgo. Por tal motivo, muchos ancianos optaron voluntariamente por el aisla-

3 Por aplicación de la RESOL-2022-58-APN-SGYEP#JGM.

4 “La pandemia cambió el clima de las oficinas y dejó expuestos a los malos jefes” publicado, Infobae el 31/5/2022 que se puede consultar en: <https://www.infobae.com/america/tendencias-america/2022/05/31/la-pandemia-cambio-el-clima-de-las-oficinas-y-dejo-expuestos-a-los-malos-jefes/> [fecha de captura: 5/7/2022]

miento social como modo de resguardo de su propia salud. Esto, a la larga, trajo fuertes problemas de retraimiento de los mayores que no regresaron a su vida normal con salidas para abastecimiento, socialización, etc. Era y sigue siendo difícil hacerlos volver a una rutina perdida, no por propia convicción sino por miedo. Ese temor infundido para hacerlos quedar en el hogar es el arma que los adultos mayores usan hoy para rechazar el regreso a la vida pre-pandémica.

En tal contexto, es válido preguntarse: ¿quién cuida al cuidador?; y, en ese proceso de reflexión y de búsqueda de soluciones, encontré algunas respuestas parciales que me propongo profundizar a continuación, mientras destaco que me parece que es urgente hallar una salida a la cuestión; una desembocadura que sea beneficiosa para todos los actores.

La idea no es plantear un sistema de privilegios o ventajas de ciertos trabajadores sobre otros, sino de restablecer la equidad perdida por circunstancias externas no elegidas voluntariamente y que no pueden trasladarse al *welfare* (bienestar social) con el que muchos países avanzados e industrializados cuentan.

Una de las ventajas que trajo el fenómeno pandémico global fue el trabajo remoto⁵ y el trabajo híbrido que mezcla lo presencial con lo telemático. La informatización de la actividad estatal (aspecto al que me voy a circunscribir) permitió seguir brindando un servicio a la ciudadanía. Aún en los momentos de mayor limitación de la movilidad y el desplazamiento personal demostró su eficiencia.⁶

5 Siguiendo a Banchemo, donde este vocablo adquiere preponderancia por sobre el de teletrabajo, por lo cual, en adelante siempre usaré trabajo remoto. Ver: Banchemo, G. (2022) “Aproximaciones a las normativas de empleo público sobre el trabajo remoto en las provincias y la CABA en la Argentina hasta 2021”, CUI NAP año 3, núm. 81, pp. 43-44.

6 Esto surge del informe de la Oficina Nacional de Empleo Público (ONEP): “Adaptación de la gestión de empleo público para entornos de crisis. Experiencias de la aplicación de las restricciones originadas en la Pandemia COVID-19. Informe final encuesta: Trabajo remoto durante el período de aislamiento” que se suma a lo que anticipó Oszlak, “...la masiva experiencia de trabajo remoto durante la pandemia puede servir —y de hecho las autoridades del gobierno argentino así lo han dispuesto— para que puedan llevarse a cabo encuestas e investigaciones que permitan, no sólo conocer cómo resultó la gestión pública bajo esas particulares condiciones, sino también para obtener datos que permitan, luego de superada la crisis sanitaria, extender el uso de esta modalidad laboral”, en Oszlak, O. (2020). “Trabajo remoto: hacer de necesidad

Por eso, implementar un sistema similar para situaciones puntuales y coyunturales es una ventaja cualitativa para ambas partes: el Estado no resiente su funcionalidad y el trabajador puede cumplir con su débito laboral sin sobresaltos; especialmente, en el caso de agentes con adultos mayores a cargo.

El principal obstáculo de la presencialidad a rajatablas es que afecta al agente pues la actividad de asistencia se suma a la propia jornada laboral. Siendo que ambas tareas coexisten en un mismo espacio temporal, ya que la asistencia a controles médicos, actividades de rehabilitación, realización de estudios médicos simples y complejos, etc. están previstos de lunes a viernes en horario diurno, es decir: el mismo que tiene la administración pública. Esa duplicidad de exigencias, concomitantes y vinculadas con los afectos más primarios, generan un deber moral que colisiona con el cumplimiento de los objetivos personales, profesionales y laborales que tienen una importancia vital para cualquier trabajador. A esto hay que agregar que el horario de prestación de servicios en modo presencial genera un desgaste del empleado público, más que nada porque no hay franquicias en el Sistema Nacional de Empleo Público (SINEP) que comprenda la justificación de estas inasistencias, muchas veces de pocas horas, que no requieren la ausencia total del trabajador con el correspondiente recargo para el servicio y sus propios compañeros de oficina. Esta exigencia se podría armonizar con el trabajo remoto,

virtud”, CUINAP año 1, núm. 30, p. 20. Lo cual se corrobora en la posterior investigación de Banchemo analizando cada jurisdicción resulta que “...se puede observar que la situación a futuro, parece expresarse razonablemente en dos grandes bloques: un bloque agrupa aquellas jurisdicciones en las que parece factible que se produzcan novedades a corto y mediano plazo sobre la cuestión, y el otro bloque, aquellas en las que no. [...] El bloque integrado por las jurisdicciones de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, CABA, Córdoba, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén y Río Negro da espacio para pensar en la posibilidad cierta a futuro de analizar, por ejemplo, experiencias de gestión en esta materia, el desarrollo que haya tenido la cobertura-alcance del trabajo remoto, aspectos relativos a la privacidad de las/os teletrabajadoras/es, los desempeños y productividades, entre otras posibilidades. En particular, se destacan los casos de CABA con su anclaje a ley de empleo, los de Chaco y Neuquén con sus leyes específicas, y la situación de Mendoza con sus variados proyectos de ley. En cambio, para el bloque integrado por las restantes jurisdicciones, no [...] En particular, cabe destacar la ausencia virtual de una situación de debate social público y extendido sobre la cuestión, que pueda dar cuenta de que está en agenda y es relevante”. Ver: Banchemo, Gustavo. “Aproximaciones”, pp. 47-48.

que permite atender en modo dislocado ambos requerimientos, sin desatender ninguno de ellos y con alta calidad de resultado en ambos.

Por otra parte, hay que tener presente que el trabajador “sobrecargado” por esta tarea adicional, emocionalmente en tensión entre el deber moral y la obligación laboral, es menos productivo, eficaz y eficiente. Además, esta ocupación familiar va haciéndose más intensa con el avance de la edad de los progenitores o mayores adultos a su cargo. Hecho que, a su vez, lo alcanza en un momento de su carrera laboral en la que –estimativamente- le faltan entre 10 ó 15 años para acceder a los beneficios jubilatorios. Sin olvidar que, en general, pero no exclusivamente, son mujeres las encargadas de esta tarea de cuidado incluso en los casos en que hubiera varios hermanos.

Por otra parte, en el ámbito de los derechos sociales, las acciones positivas y la tutela de grupos vulnerados en nuestro país, se encuentra un nicho desprotegido dentro de la administración pública: el de los trabajadores que, por una coyuntura, más o menos prolongada, tienen a su cargo a sus progenitores u otras personas de avanzada edad con las que tiene un vínculo biológico o jurídico. Lo que implica que este sector social deba asumir el cuidado de ellos, ya sea en razón de la edad de esos individuos o por temas de salud transitorios y no incapacitantes. Toda vez que no existen estructuras públicas ni asistencia económica estatal que permita contratar servicios de medicina privada que brinden acompañamiento, asistencia con sostén emocional y ayuda domiciliaria en tareas que hacen a la intimidad de las personas de edad avanzada, autosuficientes, funcionales, pero no bastante como para poder desenvolverse autónomamente. Se trata, incluso, de tareas que requieren de un control muchas veces no delegable en ayudantes pagos.

Es por este motivo que se me ocurrió pensar en qué modo puedo contribuir en la búsqueda de una solución que permita compatibilizar esta realidad con la normativa vigente en materia de empleo público. En otras palabras, cómo aplicar la idea de solidaridad en su más amplio carácter, a esta coyuntura. Se trata de generar un puente entre la necesidad y la obligación; y qué mejor que apelar a la reconocida frase de Marx “...de cada cual, de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades...” a la que hace referencia Atria en su análisis sobre el tema.⁷

⁷ Atria, F. (2004) “¿Existen derechos sociales?” en Discusiones: Derechos Sociales, núm. 4, p. 18 y nota 10.

II

El foco colocado sobre los adultos mayores se debe a que ellos son especial objeto de cuidado por parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante DESCAs) incorporados a nuestro ordenamiento a través de la Ley N° 23.313.⁸ Es a partir de esa norma que se introdujeron en la legislación local el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), tanto el pacto internacional de derechos civiles y políticos y como el protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), adoptados por la Resolución N° 2.200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dada en Nueva York el día 19 de diciembre de 1966.

Estos dos pactos, si bien muy similares, reconocen obligaciones de alcance diferente en relación a cada categoría de derechos en ellos contenidos. Es decir, estamos frente a una asimetría porque, en el caso del PIDCP se consagra incondicionadamente la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos contenidos en él (v. II.2).⁹ Mientras, en el caso del PIDESC, la obligación de adoptar

8 Esta ley fue promulgada el 17 de abril de 1986 (B.O. 25.928 del 13 de mayo de 1986, p. 1).

9 “Parte II. Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya

medidas está subordinada a la disponibilidad de recursos y a la progresiva efectividad de los derechos contemplados (v. II.2).¹⁰ Resultando entonces que los derechos sociales integran la gran categoría de derechos humanos, teniendo en cuenta que no conforman un sistema uniforme sino compartimentado.

Es este punto donde me interesa detenerme y retrotraerme a algo anteriormente dicho. El efectivo goce de estos derechos queda subordinado o posibilitado conforme la capacidad económica del Estado, es decir, al *welfare* del que algunas naciones gozan y otras no. Incluso, a veces esta limitación se hace evidente aún dentro de un mismo país cuando hay regiones o zonas más desarrolladas o pujantes que otras y esto incide en la vida diaria. No es la misma realidad la que afecta a alguien que vive en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o en el primer o segundo cordón del conurbano bonaerense que quién se halla en Tucumán o Jujuy.

Por otra parte, la letra de ambos pactos -como ya se esbozó- establece grandes diferencias también en el modo de implementación: el PIDCP prevé el acceso a un recurso efectivo en caso de violación de los derechos consagrados en el Pacto, mientras esta alternativa no existe en el PIDESC que instaura un sistema de informes, sin implementar mecanismos de comunicación de las eventuales violaciones.¹¹

estimado precedente el recurso” (el subrayado me pertenece).

10 “Parte II. Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente pacto a personas que no sean nacionales suyos” (el subrayado me pertenece).

11 Tal como señalan Abramovich, V. y Courtis, C. (2004) “Fuentes de Interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales” en Toñón, María José (ed.) “La universalidad de los derechos sociales: el reto de

Una de las posibles razones de esta situación es la imprecisión e indeterminación de la redacción de los DESCAs en la convención, lo que trae aparejada una dificultad al momento de la definición de contenidos concretos justiciables de las obligaciones de los Estados en relación a ellos. Consecuentemente, hay un déficit en su aplicación. En otras palabras, podemos decir que fueron concebidos como meros derechos programáticos, quedando para una corriente de pensamiento, sujetos a la posibilidad de que los mismos ingresen –como contenidos concretos- en la legislación interna de cada país.¹² La consecuencia es la falta de uniformidad en su recepción por parte de los países firmantes. Esto se debe a la progresividad que el texto de la convención permite. Esta doble dificultad –que la concesión de estos derechos no es obligación expresa en el texto del convenio para sus suscriptores ni letra en la legislación local de sus adherentes- trae como consecuencia que no pueda someterse a los Estados a un sistema de implementación de tipo contencioso o, siendo más claros todavía, que tengan exigibilidad.¹³

Un paso más se dio en relación a los DESCAs a nivel continental con la aprobación de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.¹⁴ Tristemente,

la inmigración”, Valencia, p. 92.

12 Oportunamente se planteó, al momento de delinear los alcances de los DESCAs dos corrientes de opinión o escuelas. Una que tendía a la redacción de cláusulas generales -la que resultó vencedora- y otra que apuntó a que el delineamiento de cada uno de los derechos debía realizarse en modo específico a través de la legislación interna de cada país, expresado esto en una apretada síntesis, ver: “Annotations on the text of the draft international conventions on human rights”, UN Doc. A/2929, 1955, p. 8, párr. 13.

13 Esta cuestión de la implementación, resulta clave, y justifica la existencia de dos plexos diferentes para el tratamiento de estos derechos tal como surge cuando se dice “...civil and political rights were thought to be «legal» rights and could best be implemented by the creation of a good offices committee, while economic, social and cultural rights were thought to be «programme» rights and could best be implemented by the establishment of a system of periodic reports”, en “Annotations”, p. 8, párr. 10.

14 Adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) durante la 45a Asamblea General, el 15 de junio de 2015 y convertida en norma del derecho local a través de la Ley N° 27.360, de fecha 9 de mayo de 2017 (B.O. 33.635 del 31 de mayo de 2017, p. 2, la que entró en vigor el 22 de noviembre de 2017, publicación conforme Ley N° 24.080 en el B.O. del 22 de noviembre de 2017, p. 73).

en nuestro ordenamiento interno no hay una norma que haya plasmado estos derechos en una protección concreta.¹⁵ Es una temática, la de los adultos mayores, muy postergada -a mi juicio- en comparación con la de otros grupos vulnerables.

No obstante, sirva destacarlo, el desamparo no es total. A nivel nacional existen dos resoluciones del Ministerio de Salud: una es la N°753,¹⁶ que creó el Programa Nacional de Envejecimiento Activo y Salud para los Adultos Mayores (PRONEAS); y, la otra, es la N°1.714,¹⁷ que creó la Comisión Nacional Asesora del Programa Nacional de Envejecimiento Activo y Salud para los Adultos Mayores.

La primera resolución plantea cursos de acción sin implementar medidas concretas, pero es útil para iniciar esta toma de conciencia y, en mi opinión, es una base mínima para implementar una discusión y reformulación de aspectos no considerados en relación a la vejez y el entorno, familiar y social, que debe acompañar en este proceso vital.¹⁸

Por otra parte, existen normas aisladas en las distintas provincias,¹⁹ comprendida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin embargo, no hay un mínimo asegurado a nivel nacional que sirva como

15 A la fecha de presentación de este trabajo, solamente algunas provincias argentinas adhirieron al mismo. Ellas son La Rioja (Id SAIJ: LPF0010153); Río Negro (<https://web.legism.gov.ar/legislativa/proyectos/documento?c=P&n=505&a=2017&e=original>); Entre Ríos (<https://www.hcder.gov.ar/archivosDownload/textos/E24301-13072020-o.pdf>) y Chaco (https://legislaturachaco.gov.ar/sitio/noticia.php?not_id=4947#.YsxOxrfMLIU).

16 Del 27 de junio de 2007, publicada en el B.O. N°31.188 del 3 de julio de 2007, p. 5.

17 Del 17 de octubre de 2012, B.O. N°32.508 del 25 de octubre de 2012, p. 11.

18 Esto surge de la Resolución N°753/2007, en cuya fundamentación del PRONEAS, punto 1, c) cuando trata la justificación y propósito del proyecto -a modo conclusivo- dice: “En esta estrategia se promueve la participación ciudadana y el trabajo intersectorial para el abordaje de distintas problemáticas locales, entre ellas la situación de los adultos mayores. Desde estos espacios participativos comunitarios se han generado nuevas oportunidades para el conocimiento, la comprensión y la toma de decisiones con relación a los desafíos que entraña la situación de los adultos mayores”.

19 Las provincias de Santa Cruz, Formosa y Mendoza no cuentan con normas en la materia, tal como surge del Atlas Federal de Legislación Sanitaria de la República Argentina que se puede consultar en: <http://leg.msal.gov.ar/atlas/categorias/anciano.html> [fecha de captura: 11/7/2022].

principio rector.²⁰ Es por esta razón que urge un tratamiento integral del tema de los derechos de los adultos mayores, su calidad de vida y el entorno sano.²¹

Retornando sobre el texto de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, encontramos que su artículo 2 aporta una serie de definiciones; entre ellas, la primera se refiere al tema del abandono.²² Y aquí se abre un abanico de cuestiones a tener en cuenta, como ser: ¿la imposibilidad de atención de un miembro del círculo próximo que lo tiene a su cargo, no encuadra en ello? ¿Por qué esta desatención, muchas veces no deliberada sino condicionada por otros cumplimientos de origen alimentario para esa persona que tiene a su cargo el cuidado, puede encuadrar en abandono?

Llama la atención que, a lo largo de todo el texto de la convención, haya mínimas referencias a la tarea de los cuidadores. Apenas si aparecen en el segundo párrafo del artículo 12,²³ cuando trata lo

20 Sirva como ejemplo el tema que los adultos mayores afiliados al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI), que si bien como su denominación lo indica es un servicio nacional, en la práctica está fuertemente fragmentado porque cada afiliado solamente puede recibir servicios completos de atención en la jurisdicción donde tiene su domicilio (en los términos del PAMI, donde cápita) y no a lo largo de todo el territorio. Esto es un gran problema si ellos se encuentran en tránsito o en los casos en que por su condición de salud –o como sucedió en pandemia- tuvieron largas permanencias en el domicilio de sus cuidadores familiares y no en el propio, con el consiguiente problema para su atención integral. Circunstancia que en muchos casos impactó en los agentes de la administración involucrados en esta burocracia extra para atender las necesidades de los adultos mayores, algo que impacta de lleno en lo que es el objeto de este trabajo de investigación.

21 Esto surge claramente del Anexo de la Resolución N° 753/2007, apartado 1, punto c, primer párrafo cuando dice: “En Argentina no se han desarrollado hasta el momento programaciones integrales que contemplen la promoción de la salud, el envejecimiento activo y saludable, la atención primaria de la salud adaptada al adulto mayor, los servicios de cuidados domiciliarios de baja y alta complejidad y de soporte para las personas mayores en situación de dependencia”.

22 Que viene entendido como “La falta de acción deliberada o no para atender de manera integral las necesidades de una persona mayor que ponga en peligro su vida o su integridad física, psíquica o moral”.

23 Que dice: “...Los Estados Parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en cuenta las

referente a los derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo, y en el inciso o) del artículo 19,²⁴ cuando se enuncia el derecho a la salud. De estos textos, surge claro que el cuidador es una persona externa al núcleo familiar. Si bien el término “familia” no está definido en el artículo 2, sino que aparece reemplazado por otro, el de “unidad doméstica u hogar”.²⁵ A este punto cabe preguntarse qué ocurre cuando el adulto mayor es autónomo y vive en forma independiente. ¿Significa que no tiene hogar ni una unidad doméstica de contención? Al profundizar el análisis, van surgiendo preguntas como éstas y otros interrogantes más, que quedan sin responder.

Sin embargo, hay una invocación a la familia y la comunidad en los principios generales aplicables a la convención.²⁶ Sin embargo es más de forma que de fondo. Se presenta como algo que corresponde, que es esperable, pero no hay lineamientos precisos ni directrices para actuar y llevar a la realidad esos principios. La comunidad -y dentro de ésta la familia- es ungida de un deber, pero sin ninguna formulación concreta respecto de la asistencia; y menos claro resulta,

necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, así como la plena participación de la persona mayor, respetándose su opinión”

24 Los Estados “Adoptarán las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional”.

25 Entendido como el “...grupo de personas que viven en una misma vivienda, comparten las comidas principales y atienden en común las necesidades básicas, sin que sea necesario que existan lazos de parentesco entre ellos”.

26 Esto surge del artículo 3, acápite j), que plantea “La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria”, luego se agrega, en el apartado o), que es “...responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna”, y finalmente, en el artículo 7, cuando se trata el derecho a la independencia y la autonomía, el acápite, c) dice: “Que la persona mayor tenga acceso progresivamente a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de ésta”.

aún, el rol del cuidador dentro de ese escenario familiar.

Por su parte, en lo que respecta a los deberes generales de los Estados tampoco encontramos mayor ayuda.²⁷ Hay más intenciones que acciones concretas. Pese a que avanzamos en el tiempo y se logró una mayor conciencia sobre los DESCAs, en la práctica seguimos sin resolver el tema de fondo: si el Estado no puede cumplir su rol acabadamente. ¿Cómo compensa, entonces, a quién lo sustituye? Otra vez encontramos un gran vacío como respuesta.

Tanto el PIDESC como luego la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores -que fue incluso más allá del primero- pudieron desprenderse de temas como la progresividad, los recursos disponibles, el grado de desarrollo y la legislación interna. No tengo dudas de que este es un techo de cristal a vencer.

Es aquí donde se manifiesta la principal diferencia si uno realiza una simple mirada comparativa del ordenamiento de los distintos países firmantes de ambos instrumentos internacionales (cosa imposible materialmente de verificar en esta sede). No obstante, sabemos que hay países más avanzados que otros en este tema. Por eso, voy a tomar algunos ejemplos a los efectos de valerme de esos modelos en donde, internamente, sí se legisló a favor de la implementación de medidas de ayuda a quienes tienen personas mayores a cargo. Ellos nos pueden dar elementos para sustentar las modificaciones y avanzar dentro de nuestro marco legislativo y así poder darle un viso de realidad a esos derechos que, hasta la fecha, no son más que en aspiraciones.

III

La elección de tres países europeos no es casual sino deliberada. Esas tres naciones están unidas por un sistema común: son parte de la Unión Europea (en adelante UE) y, por lo tanto, comparten un modelo supranacional que las unifica y regula; me refiero a la Carta de los

27 Particularmente en el artículo 4, inciso d) dice: “Adoptarán las medidas necesarias y cuando lo consideren en el marco de la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales; sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional”.

Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 25 trata sobre los derechos de las personas mayores.²⁸ A partir de esta base cada país hizo su propia interpretación y plasmó en el ordenamiento jurídico interno los estándares requeridos por la UE en materia de regulación del derecho de ellos, con sus particularidades. Ese fue el motivo para no considerar modelos de otras naciones. Prefiero tener una base lo más uniforme posible para demostrar que, aún en un contexto muy similar, las diferencias son tajantes e interesantes.

Temporalmente, el ejemplo más remoto lo aporta Italia, a través de la Ley N° 104, del 5 de febrero de 1992, que tiene como objetivo la protección de las personas con discapacidad o situaciones graves, que, sin llegar a ser conceptualizadas como discapacitadas, se asimilan a ella por la dificultad que tienen para vivir en modo autónomo.²⁹ Es amplio el espectro de condiciones que protege esta norma, constituyendo la gravedad su cuestión cardinal. Dicho de otro modo, se trata de casos que, por sus características, no admiten dilaciones y exigen atención inmediata.

Una vez establecida esta condición de persona requirente de ayuda, debidamente certificada, se designa a un familiar hasta el segundo grado de parentesco (excepcionalmente puede llegar al tercer grado) o a una persona a aquél asimilada en virtud de la existencia de relaciones de hecho, quien será el beneficiario de las facilidades que le otorga la ley para ocuparse de la asistencia. Se otorga, asimismo,

28 El cual dice: “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural” Por su parte, este reconocimiento tiene como fuente el derecho internacional. Interesante resulta remitirse al sitio oficial de la European Union Agency for Fundamental Rights (conocida como FRA) donde en las distintas pestañas, entre otras cosas, se puede ver como esta norma se introdujo en cada uno de los ordenamientos de los países que conforman la UE, ver: <https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/25-derechos-de-las-personas-mayores> [fecha de captura: 4/7/2022].

29 Una objeción plausible a la ley italiana reside en que ella gira en torno a la discapacidad y las situaciones graves. Dejando un poco de lado “...el estereotipo de persona en situación de dependencia se identifica con el de una persona de edad avanzada con necesidad de apoyo permanente y extenso, atendido en su vivienda habitual con los apoyos necesarios para lograr su máxima independencia, previa valoración de la intensidad de su pérdida de autonomía, atendidas sus circunstancias personales, familiares y sociales”, tal como lo señala Haras Hernández, M. del M. “Claves de la protección social de la dependencia en Italia: discapacidad y edad avanzada de la persona no autosuficiente”, *Revista Derecho Social y Empresa* N° 8 (diciembre 2017), pp. 18-19.

una ayuda económica para la atención domiciliaria o para costear los gastos de un centro de día o una residencia geriátrica.

Lo atinente al cuidador domiciliario del adulto mayor constituye un capítulo aparte. Por lo general, esta tarea recae sobre un familiar, habitualmente "...una mujer, que guarda una estrecha relación de parentesco con la persona dependiente -cónyuge, hija o sobrina-, con edad avanzada, en torno a los 55 años, que carece de empleo, lo tiene a tiempo parcial o goza de una amplia flexibilidad laboral"³⁰. A esta situación se añade otra realidad, la de aquellos ancianos que no cuentan con familiares dispuestos a su cuidado y que quedan en manos de un servicio doméstico muchas veces precarizado, poco instruido, con frecuencia extranjero. Lo que pone en tela de juicio el bienestar de la persona que requiere de ciertos cuidados especializados y de calidad, en razón de su edad.

Con el advenimiento de la pandemia la Ley N°104/92 fue adecuada a las circunstancias a través del decreto Ley N°18, del 17 de marzo de 2020, conocido como el "Decreto cura Italia" que en su artículo 39 propendía al trabajo ágil para quienes tienen a cargo a las personas comprendidas en el artículo 3 de la Ley N°104/92.

Destaco con énfasis el modelo itálico porque de manera veloz se adaptó a la nueva realidad, con la inclusión de la variante del trabajo remoto que, entiendo, es una fórmula altamente exitosa; superadora de la franquicia de horas sin prestación efectiva del débito laboral, que fue la original solución en búsqueda del alivio a la sobrecarga laboral del cuidador.

A pesar de ser una ventaja, las franquicias no dejan de ser un corsé por cuanto limitan a ambas partes: por un lado, porque muchas veces no es posible calcular con precisión los requerimientos de las personas mayores y, por otro lado, porque la actividad de cuidado no impide el desenvolvimiento de la propia actividad laboral. Otro provecho es que así no se recargan los servicios por la ausencia de agentes, sino que ellos pueden realizar su actividad fuera de la sede física de la agencia donde se presta servicios. Permite generar productividad y, al mismo tiempo, dar solución a los pequeños problemas de la vida doméstica de trabajadores con personas a cargo que, a una cierta altura de la vida, necesitan de un seguimiento personalizado.

De este modelo destaco como Italia logró armonizar las exigen-

30 Tal como lo evidencia Haras Hernández, "Claves de la protección social", p 15.

cias laborales y familiares de los trabajadores que tienen a su cargo y bajo su responsabilidad el bienestar de personas ancianas. La clave fue la flexibilización laboral.

Otro aporte valioso lo produce Francia con las sucesivas leyes dictadas respecto del cuidado de los adultos mayores; proceso que tuvo, como centro, la asistencia de las personas mayores dependientes.³¹ La primera ley, la N° 60, del 24 de enero de 1997, tomó como fundamento el sistema asistencial para las personas con discapacidad. A través de esta norma, se creó la Prestación Específica de Dependencia (Prestation Spécifique Dépendance, conocida como PSD) a la que acceden las personas mayores de 60 años que son seleccionadas a través de un sistema de valoración, que tiene en cuenta las dificultades de cada individuo (divididos en seis segmentos)³² y la capacidad económica del sujeto en cuestión. En definitiva, se trató de un subsidio de asistencia social descentralizado, pues cada una de las doce (12) provincias francesas lo otorgó en función de sus recursos. Esta ley sufrió sucesivas abrogaciones y modificaciones hasta ser reemplazada por la Ley N° 647, del 20 de julio de 2001, que implementó una prestación a la autonomía y la atención a las personas dependientes: la Asistencia Personalizada de Autonomía (Allocation Personnalisée d'Autonomie, conocida como APA). En esta ocasión, lo que recibían las personas mayores era una prestación universal ya no vinculada a su situación económica.³³ Se pretendió homogeneizar la ayuda a recibir haciendo gala del modelo republicano francés, que tiene como centro el principio de igualdad de todos los ciudadanos en el territorio nacional. Se trató de una prestación no contributiva que

31 Hay una crítica a este criterio, por cuanto, si bien el sistema francés es asistencialista se alejó de otros modelos como el anglosajón o el alemán que adopta "...políticas de *long term care*, vocabulario que pone énfasis sobre la necesidad de cuidado a lo largo del tiempo, más que sobre el estado de la persona", tal como lo señalan Martín, P. y Molero Marañón, M. L. "El sistema de protección social de las personas dependientes en Francia", Revista Derecho Social y Empresa N° 8 (diciembre 2017), p. 6, nota 10.

32 Este aspecto de la ponderación de la asignación a otorgar a cada adulto mayor en función de su condición física o mental viene tratado con mucho detalle por Martín y Molero Marañón, "El sistema", p. 7, nota 13.

33 Lo que recibe la persona mayor es una prestación en especie que tiene como finalidad compensar los gastos que ella asume para su propio cuidado sea en su domicilio o en una institución, ver Martín y Molero Marañón, "El sistema", p. 13.

podía destinarse a distintas necesidades, como contratar un cuidador, afrontar los costos de vivir en una residencia (si el estado psico-físico del adulto mayor lo permitía) o el alojamiento en una institución geriátrica. Al momento de asignarse la ayuda, se evalúa también el destino más adecuado para el beneficiario.

La ley N°647 fue reformada, en el año 2015, por la Ley N°1.776, del 28 de diciembre de ese año. La modificación radicó en que, si bien sigue existiendo una prestación en especie, a partir de la nueva ley, se dio un paso más que resulta de sumo interés para este trabajo. En la ponderación de la asistencia del adulto mayor dependiente, se tiene en cuenta, también, a quien se encarga de su cuidado en modo más próximo o allegado. Para ello se evoca la figura del cuidador.³⁴ La ayuda que recibe el adulto mayor como APA se puede destinar a contratar al cuidador, que puede ser un profesional o un familiar (siempre que el grado de gravedad del caso no requiera la intervención de profesionales para el seguimiento y cuidado, algo que va a determinarse al momento de la evaluación del caso). Con respecto al familiar cuidador, para la ley francesa queda excluida la posibilidad de contratación del cónyuge o pareja de quién recibirá cuidados. En tanto los restantes familiares pueden ser contratados como asistentes domiciliarios. Asimismo, el equipo médico, al evaluar el tipo de dependencia del adulto mayor, tendrá en cuenta el caso de que el cuidador no pueda ser reemplazado, fijando un plan individual de atención a ambos sujetos y estableciendo, también, el derecho al descanso para el cuidador.³⁵

Me parece importante señalar el reconocimiento que la ley francesa hace del cuidador, al que revaloriza en su función, al tiempo que plantea la necesidad de establecer políticas de apoyo o sostenimiento

34 Tal como explican Martin y Molero Marañón, “El sistema”, p. 14, esa figura fue tomada del Código de la Acción Social y de las Familias (conocido por sus siglas CASF) y lo define “...como la persona que asegura una presencia o una ayuda indispensable para el sostenimiento del beneficiario del APA en su domicilio, que no puede ser sustituido, posibilitando en ese caso que sus necesidades de descanso sean evaluadas (art. L 232-3-2 CASF)”.

35 Sin embargo, este sistema que parece tan uniforme, presenta algunas sutiles diferencias, tal como lo sostienen Martin y Molero Marañón, “El sistema”, p. 24, más que nada en función de la disponibilidad local de recursos “...produciéndose en la práctica unas diferencias relevantes entre las provincias. Sin embargo, el sistema permanece garantizando una protección bastante uniforme a nivel nacional, de conformidad con los valores de la República”.

a su labor, dejando bien sentada la importancia de esta figura en el cumplimiento de los objetivos de la normativa específica.

Para finalizar el análisis del derecho comparado, un tercer ejemplo viene de España, a través de la Ley N° 39, del 14 de diciembre de 2006, de “Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”, que se basa en sus propios principios constitucionales y crea un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.³⁶ El objetivo perseguido es asegurar una protección mínima en todo el territorio español -o fuera de él-, que puede ser incrementada en función de las necesidades específicas del requirente.³⁷ En casos excepcionales el beneficiario puede recibir una prestación económica.³⁸ En lo atinente al cuidador familiar,³⁹ este in-

36 Resulta destacable señalar que en la exposición de motivos claramente se señala que “...hasta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el «apoyo informal». [...] Es un hecho indudable que las entidades del tercer sector de acción social vienen participando desde hace años en la atención a las personas en situación de dependencia y apoyando el esfuerzo de las familias y de las corporaciones locales en este ámbito. Estas entidades constituyen una importante malla social que previene los riesgos de exclusión de las personas afectadas”, BOE N° 299, p. 44142/3, si bien me voy a quedar principalmente con el rol de la familia en este proceso de cuidado porque, sin su permanente presencia, sea de uno o varios de sus miembros, la vida de las personas mayores se ve muy complicada para su desenvolvimiento pleno, un dato que aporta la experiencia.

37 El mismo será implementado fijando “...un nivel mínimo de protección, definido y garantizado financieramente por la Administración General del Estado. Asimismo, como un segundo nivel de protección, la Ley contempla un régimen de cooperación y financiación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas mediante convenios para el desarrollo y aplicación de las demás prestaciones y servicios que se contemplan en la Ley. Finalmente, las Comunidades Autónomas podrán desarrollar, si así lo estiman oportuno, un tercer nivel adicional de protección a los ciudadanos”. Ver BOE N° 299, de 15 de diciembre de 2006 (Referencia: <https://boe.es/boe/dias/2006/12/15/pdfs/A44142-44156.pdf>), p. 44143.

38 Esos supuestos vienen taxativamente indicados en el artículo 14 inc. 4) cuando dice: “El beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención”, BOE N° 299, p. 44147.

39 El artículo 2, inc. 5), define al cuidador familiar como quien brinda “Cuidados no profesionales: la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un

gresa en una categoría laboral específica.⁴⁰

A modo conclusivo, vale tener presente que los tres ejemplos aportan elementos de interés a la hora de pensar en una reforma integral en nuestro país en relación a los adultos mayores. La cual permita flexibilizar el régimen laboral y el ámbito de la seguridad social.⁴¹

IV

Inspirada en lo que preceptúa la normativa italiana busqué, en el ordenamiento laboral que rige a los trabajadores dentro del Estado (sea en la administración central como en los entes descentralizados), un resquicio que permitiera vislumbrar una alternativa para compatibilizar las obligaciones laborales con las exigencias de cuidado del adulto mayor.

En primer lugar, hay que tener presente que las relaciones laborales al interno del Estado se rigen por un amplio universo normativo: Ley Marco de regulación del Empleo Público Nacional N° 25.164,⁴² en adelante Ley Marco, convenios colectivos propios y contratos de locación de obras (CLO) y locación de servicios (LOYS). Dadas las

servicio de atención profesionalizada”, BOE N° 299, pp. 44144.

40 Ver artículo 18, inciso 3), establece respecto a su contratación que “... deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente”, y que, por ser una categoría especial de trabajadores, agrega el inciso 4), “El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso”, BOE N° 299, p. 44148.

41 Algo interesante para destacar se genera en el caso de la ley española, la más reciente de las tres seleccionadas, que no toma -por ejemplo- el sistema de permisos o franquicias para la reducción de la prestación laboral para tareas de asistencia de un adulto mayor como la Ley N° 104 italiana. Sin embargo, lo tiene previsto para la asistencia de los hijos menores. En cuyo caso, la salida a una consulta médica es un permiso retribuido que encuentra su amparo en el artículo 39 de la Constitución Española, en el art. 110 del Código Civil y en el artículo 37.3.d) del Estatuto de los trabajadores, a su vez reconocido en la sentencia del 17 de junio de 2011 (STSJ GAL 4890/2011 - ECLI:ES:TSJGAL:2011:4890) cuyo segundo fundamento, en su parte final sostiene que corresponde: “... aplicar al caso el artículo 37.3 d) del ET, porque entiende que, incluso el requisito más discutible, que exige éste, cual es el de la presencia de un deber inexcusable de carácter público y personal, para justificar la ausencia, también está presente, desde el momento en que, en el artículo 110 de Código Civil, se establece la obligación de los padres de velar por los hijos menores; en que esta obligación tuitiva es insoslayable y con un matiz público evidente; y en que ese deber es, incluso, más intenso, en el caso enjuiciado, ante la deficiente situación clínica crónica de la hija menor de la actora”, sentencia que se puede consultar en: www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=AN&reference=6056690&links=%223098%2F2011%22&optimize=20110721&publicinterface=true. Lo cual me lleva a una reflexión: ¿el cuidado de un adulto mayor no debería tener idénticos resguardos constitucionales y normativos atendiendo a los DESCAs? . Hay una deuda y ese problema no es solamente argentino.

42 Del 15 de septiembre de 1999, B.O. 29.247 del 8 de octubre de 1999, p. 1.

características de estos dos últimos, ellos quedan fuera del tratamiento de este trabajo, por cuanto no contemplan el régimen de licencias que sí se establecen las otras modalidades.

Se trata de modalidades distintas que tienen sus propias características. Mientras los agentes de la administración central se hallan regidos por la Ley Marco,⁴³ los empleados de los entes descentralizados se rigen por el Convenio Colectivo de Trabajo propio. Por ello, unos son agentes y otros son empleados, lo que trae a su vez aparejado que los primeros regirán sus diferencias con la parte empleadora ante el fuero contencioso administrativo y, ocasionalmente, ante el fuero laboral, mientras los segundos lo hacen ante los tribunales laborales exclusivamente.⁴⁴

En cuanto al sistema de licencias para el personal de la administración pública central este se halla regulado por el Decreto N° 3.413/79,⁴⁵ que abarca a los agentes del SINEP, sea que revisten en planta permanente, como personal contratado según el régimen del artículo 9 del anexo de la Ley Marco o personal designado a término en la Planta no Permanente.⁴⁶

Específicamente, los motivos por los cuales el personal encuadrado en el SINEP puede pedir licencia, se hallan en los artículos 9 a 15, del Anexo al Decreto N° 3.413/79. Siendo el dispositivo más

43 Y, en lo específico, se rigen por el Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial del personal del Sistema Nacional de Empleo Público (en adelante SINEP), Decreto N° 2.098/2008 del 3 de diciembre de 2008, B.O. 31.547 del 5 de diciembre de 2008, p. 16.

44 Entendidas estas diferencias conforme los términos de Gordillo, A. (2013¹¹) “Tratado de derecho administrativo”, Parte General, T. 1, (Buenos Aires. F.D.A.), p. 394, cuando remite a los “... casos de personas que trabajan para la administración pública no en relación de derecho público, sino de derecho privado o incluso de derecho laboral, cuyo número parece ser creciente por la aplicación legal de convenios colectivos de trabajo”.

45 Del 28 de diciembre de 1979, B.O. 24.332 del 11 de enero de 1980, p. 1 y su fe de erratas en el B.O. del 26 de febrero de 1980, p. 2. Un decreto para nada rígido si tenemos en cuenta que ya en su considerando decía: “... las conclusiones obtenidas en los estudios realizados señalan la necesidad de adecuar el alcance de determinados institutos ponderando la experiencia recogida durante su aplicación, como así también la conveniencia de incorporar otros que interpretan nuevos conceptos en materia de causales que generan derecho a licencias especiales”.

46 Entendidos ellos conforme los términos del TITULO VIII.- DEL PERSONAL NO PERMANENTE, del Decreto N° 2.098/2008.

relevante el artículo 10 inc. j) que remite a la “Asistencia del grupo familiar” y al artículo 14 inc. c), que contempla las “Razones especiales” para poder pedir licencia. Algo, a mi juicio, muy criticable es la sintética descripción de los supuestos. Ingresando en el particular, la licencia por “Asistencia del grupo familiar”, es la que debe tomar el agente cuyo familiar (declarado como tal ante la oficina de personal respectiva) se halle de reposo y requiera asistencia, lo que debe estar debidamente certificado y resultar comprobable. Lamentablemente, este tipo de licencia no prevé los casos más usuales para quien tiene un adulto mayor a su cargo que requiere solamente unas cuantas horas libres para darle la posibilidad de concurrir a una visita médica de control, acompañar a una sesión de kinesiología o concurrir a una prueba para el uso de audífonos, tomados -estos supuestos- como ejemplos simplemente enunciativos. Por otro lado, la frecuencia de estas pequeñas actividades –que no siempre se pueden resolver en los fines de semana- excede largamente la necesidad de tomarse todo un día, con la desventaja de que disminuye la cantidad de días disponibles si ocurre que, en un caso más complicado de salud, se requiriese una asistencia permanente.

A modo de conclusión, sostengo que la pandemia generó una serie de situaciones que cambiaron definitivamente el mundo laboral, relacional y sanitario. Hemos tomado conciencia de que algunas problemáticas ya no son aisladas sino dignas de ser contempladas por el sistema: sirva como ejemplo el tema de los adultos mayores, entre muchas otras temáticas candentes.

V

Es en razón de esto que entiendo que una alternativa útil es introducir en la normativa laboral una flexibilización de la jornada, con ciertas especificidades como el aviso previo y requisitos para su uso, en modo tal que puedan permitir articular mejor las necesidades, tanto de los servicios respectivos como los requerimientos de las personas que los prestan al interno de la administración. Como esta ventaja no se halla contemplada para los agentes de la administración central, inicié una búsqueda en la normativa que rige los distintos convenios colectivos de los entes descentralizados, para ver si ella estaba incluida en alguno.

Si bien no es una cláusula usual, hay una figura muy oportuna:

la franquicia de las horas particulares,⁴⁷ entendidas -éstas- como una determinada cantidad de horas anuales que se le reconocen al empleado para que, sin pérdida de su retribución, pueda salir de su lugar de trabajo -con la opción de ingresar más tarde, de salir más temprano o de usarlas en medio de su jornada- para destinarla a la realización de trámites personales.

Esta franquicia se podría asignar para que cada persona destine esas horas conforme su propia necesidad fijando determinados requisitos para que la misma pueda servir al trabajador, pero no perjudique el desempeño de las funciones dentro de la administración. Considero que se trata de una fórmula muy ventajosa, tanto para el agente como para el Estado como empleador, pues resuelve de manera sencilla las contingencias de la vida cotidiana de las personas en época de trabajo presencial. Por otra parte, evita las “escapadas” y las consecuencias negativas que podría tener la salida en horario laboral no autorizada en caso de un accidente, toda vez que ellas deben ser informadas y concedidas por el superior jerárquico.

Esta modalidad, como dije en el apartado anterior, no existe en la Ley Marco. Sin embargo, encontré solamente un ente que tiene reconocida esta franquicia en su convenio colectivo: el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (en adelante PAMI).

Esa salida temporaria del lugar de trabajo está contenida en el Convenio Colectivo Trabajo convalidado por la Resolución Ministerio de Trabajo N° 41/2005, que trata, en forma concreta, la franquicia de horas para realizar actividades particulares.⁴⁸ Se trata de un permiso que comprende las salidas particulares: idas a una institución bancaria, asistencia a una consulta facultativa propia o de un familiar, a una reunión de padres, etc. pues su destino es amplio; o la concurrencia a la obra social.

Mientras para la atención de familiar enfermo, en el caso de los trabajadores de PAMI, su convenio colectivo no establece una

47 Entendiendo el término “franquicia” conforme la primera y segunda acepción del Diccionario de la RAE como exención o concesión de derecho.

48 “Artículo 38: El personal podrá utilizar un máximo de treinta y cinco (35) horas anuales en concepto de permiso de salida por razones particulares u obra social, preavisando al responsable del control de personal y a su superior inmediato, los cuales deberán dejar constancia en los registros correspondientes”.

acentuada diferencia con la Ley Marco,⁴⁹ ello no comporta un problema -para dichos trabajadores- en tanto existe esta alternativa de las horas particulares.

Resulta llamativo que, de los muchos convenios colectivos revisados, la mayoría -en lo que hace al tema de licencias, justificaciones y franquicias- remite al Decreto N° 3.413/79 o a la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo (LCT),⁵⁰ y sus representantes gremiales no miraron la existencia de un modelo más conveniente tanto para el trabajador como para el empleador. Sería deseable una modificación de la normativa para unificar criterios y que esta ventaja sea extendida a todas las personas que prestan servicios en el Estado, sin diferenciar si pertenecen a la administración central o se desempeñan en entes descentralizados.

VI

Para concluir, me parece fundamental introducir en modo serio y comprometido el término ‘persona a cargo de un adulto mayor’ no como un ‘cuidador’ voluntarioso y anónimo sino como un real servicio que esa persona hace a la sociedad y a la calidad de vida de sus integrantes.⁵¹ Un interesante aporte a la cuestión en análisis lo da el proyecto de ley recientemente introducido para su tratamiento en comisión “Cuidar en Igualdad – Sistema Integral de Políticas de Cuidado de Argentina (SINCA)”.⁵² Lo que dio lugar a la creación de

49 “Artículo 66: El trabajador tendrá derecho a gozar de las siguientes licencias remuneradas: c) Por atención de familiar enfermo, entendiéndose por tal al cónyuge o a quien conviva en aparente matrimonio, hijos y padres, 10 (diez) días hábiles por año calendario, debiendo dar aviso y justificando la misma conforme modalidad igual a la descripta en el art. 58 del presente C.C.T.”. El artículo 58 remite al caso de aviso de la enfermedad o accidente del propio trabajador.

50 De fecha 27 de septiembre de 1974 y publicada, B.O. 23.003 del 27 de septiembre de 1974, p. 2, T.O. conforme Decreto N° 390/1976).

51 Por lo cual me parece un considerable avance el reconocimiento que se hace desde el propio Estado de esta tarea cuando dice. “...reconocer el cuidado como una necesidad, como un trabajo y como un derecho”, ver: <https://www.argentina.gob.ar/generos/cuidados/mesa-interministerial-de-politicas-de-cuidado> [fecha de captura: 15/7/2022].

52 Al respecto resulta muy valioso hacer una atenta lectura al mensaje de remisión del proyecto de fecha 3 de mayo de 2022 (MENSJ-2022-21-APN-

una Mesa Interministerial de Políticas de Cuidado que reúne a 15 organismos del Poder Ejecutivo Nacional para ocuparse del tema.⁵³

Profundizando sobre el texto remitido al Congreso para su tratamiento, encontramos que el eje central de los cuidados en general destinados a todos los interesantes de la sociedad, si bien hace hincapié en los niños menores de 5 años y en los mayores de 60 años, discapacitados y otros sectores vulnerables, comprendido también el autocuidado.⁵⁴

Finalmente, el artículo 34, que abre el Título II, esboza las modificaciones para el reconocimiento del tiempo para cuidar.⁵⁵ Daría la impresión que estamos frente a un revolucionario cambio que adecua la normativa en materia laboral (tanto en el ámbito público como privado) saltando a la modernidad.

Pero, adelanto, las expectativas fueron superiores a la realidad. La mayor sorpresa la llevamos cuando leemos el texto del proyecto a partir del artículo 35 y hasta el final del mismo. Pues encontramos que las modificaciones pretendidas a las leyes laborales se circunscriben a repensar alternativas más beneficiosas para las tareas de cuidado parentales (tanto durante la gestación, la adopción, como el cuidado de los niños menores), en el mejor de los casos se invoca

PTE) en donde más allá de relevar los compromisos internacionales asumidos se enfatiza la necesidad de “...jerarquizar y articular las políticas de cuidado en pos de la organización social de los cuidados más justa...”.

53 Estos organismos son: “Ministerio de Desarrollo Social; Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Ministerio de Educación; Ministerio de Salud; Ministerio de Economía; Ministerio de Desarrollo Productivo; Ministerio de Obras Públicas y las agencias: Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI); ANDIS (Agencia Nacional de Discapacidad); ANSES (Administración Nacional de la Seguridad Social); AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos); INDEC (Instituto Nacional de Estadística y Censos), INAES (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social), y el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales”, conforme surge de: <https://www.argentina.gob.ar/generos/cuidados/mesa-interministerial-de-politicas-de-cuidado> [fecha de captura: 15/7/2022].

54 A los efectos ve voy a servir del proyecto que obra como INLEG-2022-43571696-APN-PTE.

55 “ARTÍCULO 34: Modificaciones para el reconocimiento del tiempo para cuidar. El presente Título tiene por objeto adecuar la normativa vigente en materia de licencias y asignaciones con el fin de reconocer el derecho de los trabajadores y trabajadoras al tiempo de dedicación para los cuidados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 de la presente ley”.

la discapacidad del menor o adolescente pero no se avanza con otros sectores requirentes de cuidados como los adultos mayores.

Tampoco en las modificaciones proyectadas se contempló el tema de las franquicias con horas particulares para la atención de los casos que fueron receptados. Una lamentable omisión y una pérdida de una gran ocasión de innovación.

Sirva a modo de cierre tener presente que no hago una crítica a la conquista futura –en tanto actualmente es un proyecto de ley- de los que brindan cuidados parentales, sino que lamento que la visión del tema de los cuidados sea tan limitada y parcial. Es cierto que la franja productiva de trabajadores tiene el problema de sus hijos menores, que con el paso del tiempo crecerán y sus exigencias serán menores, pero ¿qué pasa con el que cuida a individuos que progresivamente requieren de más atención? Porque los adultos mayores tienen mayor propensión, por el simple transcurso del tiempo, a un deterioro progresivo que no puede estar previsto o presupuesto como sucede con los niños, los que son objeto de atención más pormenorizada hasta los 5 años de edad. Porque luego la escolarización aliviará a sus cuidadores. ¿Pero, podemos decir lo mismo de una persona longeva?

A lo largo de estas páginas mi objetivo fue dejar en claro que la brecha se puede zanjar y que es factible llegar a un beneficioso modelo para aquellos agentes que informen a sus respectivas dependencias que tienen a su cargo adultos mayores. Lo deseable y la conquista a lograr es que ellos puedan optar por una modalidad flexible, con franquicias, por trabajo remoto o una modalidad mixta.

Para lograrlo, la administración y el mismo cuidador deben evaluar las posibilidades que sean más convenientes para ambas partes. Será necesario sopesar en cada caso la viabilidad de que el agente preste servicios en una modalidad o en otra. Incluso proponiendo un pase a otro organismo, favorecer un cambio de funciones o darle una capacitación para que pueda pasar a un área en donde el trabajo remoto sea posible. Siempre manteniendo su cargo, categoría y remuneración. En modo tal que tal cambio no sea un castigo sino un favorecimiento a su desarrollo laboral y humano para que pueda cumplir su función de cuidador con total tranquilidad y sin sobresaltos.

FUENTES DE CONSULTA

Artículos periodísticos

- “La pandemia cambió el clima de las oficinas y dejó expuestos a los malos jefes” publicado, Infobae el 31/5/2022 que se puede consultar en: <https://www.infobae.com/america/tendencias-america/2022/05/31/la-pandemia-cambio-el-clima-de-las-oficinas-y-dejo-expuestos-a-los-malos-jefes/> [fecha de captura: 5/7/2022]

Documentos

- “Adaptación de la gestión de empleo público para entornos de crisis. Experiencias de la aplicación de las restricciones originadas en la Pandemia COVID-19. Informe final encuesta: Trabajo remoto durante el período de aislamiento” que se puede consultar en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_onep_encuesta_final_0.pdf [fecha de captura: 2/7/2022]
- “Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights” (A/2929), Naciones Unidas, New York 1955, que se puede consultar en: https://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/A-2929.pdf [fecha de captura: 5/7/2022]
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se puede consultar en: <https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/25-derechos-de-las-personas-mayores> [fecha de captura: 4/7/2022]
- Convenio Colectivo Trabajo del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI), Resolución Ministerio de Trabajo N° 41/2005 que se puede consultar en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/106762/norma.htm> [fecha de captura: 4/7/2022]
- INLEG-2022-43571696-APN-PTE
- MENSJ-2022-21-APN-PTE

Normativa argentina⁵⁶

- Ley N° 23.313/1986
- Ley N° 25.164/1999
- Ley N° 27.360/2017
- Ley N° 27.555/2020
- Decreto N° 3.413/1979
- Decreto N° 40/2007
- Decreto N° 2.098/2008
- Decreto N° 297/2020
- Decreto N° 714/2020

56 Toda la legislación argentina fue tomada de la página de Infoleg, seleccionando la versión actualizada del texto.

Decreto N° 144/2022

RESOL-2022-58-APN-SGYEP#JGM

Resolución del Ministerio de Salud N° 753/2007

Resolución del Ministerio de Salud N° 1714/2012

Normativa extranjera⁵⁷

Legge italiana N° 104/1992

Decreto legge N° 18/2020 “Decreto cura Italia”

Ley francesa N° 60/60

Ley N° 647/2001

Ley N° 1.776/2015

Ley española N° 39/2006

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2004) “Fuentes de Interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales”, Toñón, María José (ed.) “La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración” (Valencia)
- Atria, F. (2004) “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones: Derechos Sociales*, núm. 4, pp. 15-59 que se puede consultar en: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352> [fecha de captura: 5/7/2022]
- Bancho, G. (2022) “Aproximaciones a las normativas de empleo público sobre el trabajo remoto en las provincias y la CABA en la Argentina hasta 2021”, *CUINAP* año 3, núm 81, que se puede consultar en: <https://publicaciones.inap.gob.ar/index.php/CUINAP/article/view/261/234> [fecha de captura: 3/7/2022]
- Gordillo, A. (2013¹¹) “Tratado de derecho administrativo”, Parte General, T. 1, (Buenos Aires. F.D.A.)
- Haras Hernández, M. del M. “Claves de la protección social de la dependencia en Italia: discapacidad y edad avanzada de la persona no autosuficiente”, *Revista Derecho Social y Empresa* N° 8 (diciembre 2017)
- Martín, P. y Molero Marañón, M. L., “El sistema de protección social de las

57 Toda la legislación italiana utilizada fue tomada de la página de la Gazzetta Ufficiale, seleccionando la versión actualizada del texto; en el caso español fue adquirida del Boletín Oficial Español seleccionando la versión consolidada y en el caso de la legislación francesa la misma fue tomada de Légifrance en su versión consolidada.

personas dependientes en Francia”, *Revista Derecho Social y Empresa* N°8 (diciembre 2017)

- Oszlak, O (2020) “Trabajo remoto: hacer de necesidad virtud”, *CUINAP* año 1, núm. 30, que se puede consultar en: <https://publicaciones.inap.gob.ar/index.php/CUINAP/article/view/201/168> [fecha de captura: 3/7/2022]

Sitios de interés

- Atlas Federal de Legislación Sanitaria de la República Argentina, que se puede consultar en: <http://leg.msal.gov.ar/atlas/categorias/anciano.html> [fecha de captura: 11/7/2022]
- European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), que se puede consultar en: <https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/25-derechos-de-las-personas-mayores> [fecha de captura: 4/7/2022]
- Oficina Nacional de Empleo Público (ONEP), que se puede consultar en: <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/gestion-y-empleo-publico/empleo-publico/oficina-nacional-de-empleo-publico> [fecha de captura: 7/7/2022]

UNA PROPUESTA DE ARTICULACIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA GARANTIZAR LOS DESC¹

A proposal for inter-institutional articulation to guarantee ESCR

SERGIO CARULLO²

UNC - Argentina

sergiocarullo@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8742-592X>

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 86-107

Resumen: El objetivo de este trabajo es realizar una propuesta de coordinación interjurisdiccional que permita garantizar a los y las ciudadanas el acceso efectivo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde un enfoque de derechos, a partir del modelo transversal de administración pública y de un federalismo cooperativo –de concertación-. Constituye una propuesta viable, práctica y realista de ser concretada en términos jurídicos y presupuestarios, a partir del recorrido del marco teórico, del ordenamiento jurídico y la experiencia de haber trabajado a lo largo de diez años en una institución con competencia en DESC, un Centro de Acceso a Justicia en la ciudad de Córdoba.

Palabras claves: DESC – interjurisdiccionalidad – federalismo – administración pública - derechos humanos

Abstract: The aim of this work is to make a proposal to achieve

1 Este trabajo es una adaptación del trabajo final para obtener el título de Especialista del ABOGAR en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Agradezco al Prof. Claudio Guiñazú quien fue mi tutor de dicho trabajo final.

2 Abogado (UNC), Especialista en Abogacía Pública (ECAE –PTN), Magister en Derecho Administrativo (UNC).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

interjurisdictional coordination that allows guaranteeing citizens effective access to Economic, Social and Cultural Rights from a rights approach, based on the cross-cutting public administration model and a cooperative federalism. It constitutes a practical, down-to-earth, workable proposal in legal and budgetary terms, based on the theoretical framework, the legal system and my own experience depending on having worked for ten years in an institution competent in the field of ESCR, a Center for Access to Justice in the city of Córdoba.

Key words: ESCR – interjurisdictionality – federalism – public administration - human rights

I. INTRODUCCIÓN

En publicaciones de los últimos años, organismos internacionales sostienen que la única forma de superar la pobreza y la exclusión es a partir de garantizar el conjunto de derechos sociales.³ En términos del Banco Interamericano de Desarrollo “a menos que la inclusión se propicie a partir de los derechos ciudadanos, América Latina seguirá sufriendo por su legado de ser considerada como la región con mayor desigualdad del mundo”.⁴ “En Argentina, se hace muy difícil a los tres niveles del Estado – federal, provincial y municipal -cumplir con los estándares que fija el bloque”.⁵

En este sentido, es que se describe y propone en este artículo en pos de que el Estado Argentino cumpla con sus obligaciones internacionales y garantice el efectivo ejercicio de los Derechos Económicos Sociales y Culturales – en adelante DESC-. Esto a través de un instrumento de derecho público que formalice el acuerdo interjurisdiccional y un organismo que surja de aquel e implemente la mentada coordinación multinivel.

Diariamente nos enfrentamos a realidades cada vez más com-

3 Cfr. Abramovich, V.; Pautassi, L., “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales” en Abramovich, V.; Pautassi, L., *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009), p. 3.

4 Banco Interamericano de Desarrollo, “¿Los de afuera? Patrones cambiantes de exclusión en América Latina y el Caribe”, Informe del Progreso Económico y Social en América Latina. Washington, (2008) p. 260.

5 Marchiaro, E., “Derechos humanos, derecho municipal y federalismo en Argentina” en Asencio, M., *El federalismo en Argentina y Canadá* (Santa Fe: Ediciones UNL, 2020) p. 126.

plejas, con vulneraciones de los derechos humanos en Córdoba y Argentina en general. Es por ello que surge el desafío de superar ese quiebre construyendo modos de abordaje, trabajo mancomunado y organizado de todos los que tienen competencia en el asunto, en pos del reconocimiento y garantía de efectividad de los derechos humanos.⁶

La propuesta de coordinación interjurisdiccional debe realizarse con un enfoque de derechos en el marco de una estructura federal de tipo cooperativo o de concertación, a partir de un enfoque intergubernamental que abarque las interacciones horizontales entre una misma jurisdicción y verticales entre distintas jurisdicciones, a los fines de poder garantizar la efectividad de los DESC en Córdoba. Aquella surge de haber trabajado como agente público de un organismo con competencia DESC ubicado en la capital de esta provincia que se llama Centro de Acceso a Justicia –en adelante CAJ–, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Entiendo que hay que dar vuelta la página a una gestión de las políticas sociales que ha sido guiada por una lógica de beneficios asistenciales, con un alto grado de discrecionalidad en su otorgamiento y/o remoción, más allá de la existencia de algunos controles institucionales.⁷ Tanto la estructura federal⁸ como el tema presupuestario no deben ser una barrera para la efectividad de los DESC⁹, y tampoco se puede considerar que en el marco de la fragmentación que existe en los programas sociales aislados, así como en la fragmentación del abordaje por parte del Estado, se podrá satisfacer el contenido mínimo de los derechos sociales.¹⁰

6 Cfr. Yuba, G., “Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales del Comité DESC, Naciones Unidas al informe de argentina”, ERREIUS (diciembre 2018), p. 1.

7 Cfr. Abramovich, V.; Pautassi, L., “El enfoque de derechos y la institucionalidad”, p. 35.

8 Cfr. Dulitzky, A., “Federalismo y Derechos Humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, VI (ene 2006), p. 210.

9 Cfr. Yuba, G., “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, p. 6.

10 Cfr. Abramovich, V.; Pautassi, L., “El enfoque de derechos y la institucionalidad”, p. 38.

II. LA INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO DEL CENTRO DE ACCESO A JUSTICIA COMO ORGANISMO CON COMPETENCIA DESC

Estos centros fueron creados en octubre 2008 con tres responsabilidades específicas: “promover el acceso a la justicia de los ciudadanos, conducir e impulsar actividades relacionadas con los programas jurídicos y sociales de atención comunitaria y atender el tratamiento de las demandas de los ciudadanos mediante acciones que permitan su resolución”.¹¹ Se inscriben en una concepción más amplia y abarcativa de acceso a la justicia que aquella que la entiende como acceso a la jurisdicción y a los tribunales como única vía de accesibilidad a derechos.¹²

En función de lo esbozado, es que la tarea del CAJ se centra en la identificación de barreras multidimensionales, muchas de las cuales “suelen originarse en la propia gestión estatal, que de seguro impactarán en las poblaciones vulnerables”.¹³ Desde la mirada de que Argentina es un Estado Social y Democrático de Derecho¹⁴, adhiero a la concepción de que el Estado constituye un instrumento que se legitima si tutela y satisface los derechos fundamentales y éstos configuran derecho positivo por cuanto están estipulados en las constituciones.¹⁵ Entre los instrumentos incorporados con jerarquía constitucional en la reforma constitucional de 1994 se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –PIDESC.

Entre las recomendaciones particulares sobre derechos específicos y grupos vulnerables que consideró el *Comité de Derechos*

11 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como política pública de alcance universal” (2011), p. 9.

12 Cfr. Guiñazú, C., “Primera aproximación a la exigibilidad -no judicial del derecho a la salud en la provincia de Córdoba”, Revista Derecho y Salud, Año 2, N° 2 (2018), p. 88.

13 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Manual de Trabajo de los Centros de Acceso a Justicia” (2019), p. 29.

14 Cfr. Balbín, Carlos, “Un Derecho Administrativo para la inclusión social”, A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, año 14, n. 58 (Belo Horizonte 2014), p. 41.

15 Cfr. Ferreyra, Raúl, *Fundamentos Constitucionales* (Buenos Aires: Ediar, 2013), p. 47.

Económicos, Sociales y Culturales respecto del informe de Argentina en octubre de 2018, menciona las siguientes: garantizar la asistencia humanitaria a personas en situación de vulnerabilidad; garantizar la protección de las mujeres; reforzar el acceso y calidad de los alimentos a comedores escolares y comunitarios; brindar soluciones al problema habitacional en el país; entre otras.¹⁶

La propuesta aparece como necesaria ante el diagnóstico esbozado y la obligación asumida por el Estado argentino. Una coordinación interjurisdiccional entre los organismos con competencia DESC en Córdoba constituye una posibilidad de asumir esas responsabilidades de forma conjunta con los distintos niveles de la Administración con la posibilidad de una sensible mejora sin mayores incrementos presupuestarios, a partir de articular políticas que ya se están brindando advertir qué derechos sociales se mantienen vulnerados para diseñar respuestas que involucren a todos los actores competentes.

La provincia de Córdoba técnicamente no forma parte del PI-DESC. No por ello, puede desentenderse internamente del tratado celebrado por el Estado federal que las comprende. De hecho, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Argentina la celebración de un tratado es un acto complejo federal¹⁷. Córdoba tuvo una inserción de derechos sociales recién en 1949, sin embargo tuvieron una vida corta hasta el golpe de 1955. Recién en 1987, reingresaron derechos sociales en el articulado.¹⁸

En cuanto a detectar todos los organismos con competencia DESC interviniendo de forma multinivel, hay organismos como el CAJ que no ingresarían clasificados en un solo derecho como su competencia principal, ya que es transversal a varios. Son los organismos que conforman lo que Abramovich denomina “instituciones especializadas que resguardan derechos fundamentales”¹⁹.

16 Cfr. Yuba, Gabriela, “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, pp. 3-4.

17 CSJN, caso Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. Fallos 315:1492, consid. 17. Citado en: Dulitzky, Ariel, “Federalismo y Derechos Humanos”, p. 216.

18 Cfr. Etchichury, H., “El federalismo no es excusa: las provincias argentinas y los derechos sociales”, Trabajo y Sociedad, N° 33, Volumen XX (Sant. del Est. 2019), p. 514.

19 Abramovich, V., “Una aproximación al enfoque de derechos”, p. 47.

III. ENFOQUE DE DERECHOS EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD Y COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL

El denominado enfoque de derechos en las políticas públicas considera el derecho internacional sobre derechos humanos como una guía amplia para definir la forma de llevar a cabo el proceso de cooperación y asistencia; la manera de evaluar la asistencia, y los mecanismos de rendición de cuentas.²⁰ Para el enfoque basado en derechos se parte del reconocimiento de una relación directa entre el derecho, la obligación correlativa y la garantía.²¹

En nuestra Constitución los derechos fundamentales tienen una doble fuente: la nacional y la internacional. A su vez, la primera se divide entre los diversos órdenes gubernamentales: federal, provinciales, de la ciudad autónoma de Buenos Aires y municipales, ya que todos ejercitan poder constituyente. En el caso municipal el alcance de los derechos fundamentales reconocidos es más limitado, ya que se refiere especialmente a derechos políticos y de la vecindad, ya que no tendría mayor sentido otro reconocimiento de derechos ya garantizados por las otras constituciones.²²

Además del enfoque de derechos, la propuesta se realiza sumando el principio de transversalidad y coordinación interinstitucional, que busca redefinir del concepto de poder en la organización pública. Aparece definido en la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto, dice que “las instituciones públicas deben actuar de manera cooperativa, coordinada y articulada en la consecución de sus objetivos y la satisfacción de las demandas de la ciudadanía, aprovechando la generación de sinergias y evitando solapamientos y duplicidades”.²³

Entiendo por transversalidad una nueva tendencia organizativa de carácter horizontal²⁴, donde el modelo tradicional se comple-

20 Cfr. Abramovich, V., “Una aproximación al enfoque de derechos”, p. 36.

21 Cfr. Abramovich, V., “Una aproximación al enfoque de derechos”, p. 41.

22 Cfr. Marchiaro, E., “Derechos humanos, derecho municipal” p. 127.

23 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo –CLAD–, “Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto”, (Bogotá 2016), p. 10.

24 Cfr. Salvador, M., “E-gobierno y cambio institucional: el impulso de la transversalidad en la administración pública” en Revista de Gestión Pública,

mente con la transversalidad, las tecnologías de la información y la comunicación para avanzar hacia un desarrollo de dinámicas de diseño y gestión transversal rompiendo lógicas sectoriales.²⁵ Se busca pensar coordinaciones interinstitucionales donde participen organismos con competencia DESC de cada jurisdicción, por lo cual hay que complementar y enriquecer el principio de jerarquía clásico²⁶ que rige hacia adentro de cada una de las administraciones.

La cultura transversal no busca sustituir el modelo burocrático sino de reflexionar sobre sus limitaciones y como pueden ser superadas y enriquecidas. A partir de ésta complementación entre modelos y sus culturas considero que es viable un convenio y un organismo de coordinación interjurisdiccional para reducir los obstáculos y garantizar el efectivo goce de los DESC por los habitantes de la provincia de Córdoba.

IV. DISEÑO INSTITUCIONAL FEDERAL Y LA INTER-JURISDICCIONALIDAD

Entre los modelos de federalismos voy a distinguir cuatro, cada uno de los cuales entiende la distribución formal de competencias de modo diferente: modelo dual²⁷, modelo centralizado²⁸, modelo competitivo²⁹ y modelo cooperativo. En Argentina, tuvimos una influencia norteamericana en materia de federalismo dual, pero que fue virtualmente inexistente por la práctica de un federalismo centralizador coexistiendo siempre con ámbitos cooperativos que luego con el avance de los años y reformas constitucionales se consolidó como un modelo predominantemente cooperativo. El

Vol. I, N° 2, (julio-diciembre 2012) p. 221.

25 Cfr. Salvador, M., "E-gobierno y cambio institucional", p. 222.

26 Cfr. Cassagne J. C., *Los Grandes principios del derecho público constitucional y administrativo* (Buenos Aires: La Ley 2015) p. 386.

27 Cfr. Fernández Segado, F., "Federalismo dual, centralizado y cooperativo en América Latina" en Fernández Segado, F., *Federalismo en América Latina* (México: Instituto de investigaciones jurídicas 2003), p. 17.

28 Cfr. Fernández Segado, F., "Federalismo dual, centralizado", p. 21.

29 Cfr. Suel-Cock, V., "La influencia del federalismo competitivo en el nuevo régimen local español", *Estud. Socio-Juríd.*, 12 (Colombia: enero-junio 2010), pp. 202-204.

federalismo cooperativo concibe las relaciones entre los gobiernos en términos de coordinación.³⁰ La contracara es que la superposición de competencias facilita echar la culpa a otro por las políticas no llevadas a cabo.³¹

Aún en los casos en que la forma cooperativa prevalece, existen parcelas de la actividad estatal en donde la superposición provoca situaciones de pugna entre jurisdicciones, enmarcándose en el modelo competitivo. Un ejemplo de esta situación en nuestro país lo puedo encontrar en la existencia de programas sociales de los distintos niveles de gobierno, los cuales, ocasionalmente, suelen presentar fines, poblaciones-objetivo, estrategias y/o áreas geográficas superpuestas.³²

La versión argentina del federalismo cooperativo se lo denomina federalismo de concertación, aunque también es llamada por algunos autores como federalismo integrativo, que quedó escrito -entre otros- en los artículos 1, 5, 6, 31, 75 inc. 12, 121 y 122 de la Constitución.³³ La complejidad de este modelo está dada por amplios márgenes de actuación que deja a los gobiernos locales y al gobierno nacional a decidir qué política ejecutar y que política no ejecutar.³⁴ En Argentina la mayoría de las competencias son las concurrentes y no las propias de cada nivel. En este gran espacio es donde se discute cuál es el alcance, cuál el límite de la mayor regulación subnacional y luego municipal. Es por ello que hay que adentrarse en la coordinación interjurisdiccional.³⁵

El enfoque de las relaciones jurisdiccionales es importante porque llama la atención sobre cuestiones usualmente no considera-

30 Cfr. Gutiérrez, R., Alonso, G., "Gobierno municipal y coordinación interjurisdiccional de políticas públicas: reflexiones teóricas desde el conurbano bonaerense", *Documentos y aportes en administración pública y gestión estatal*, Año 18, N° 31 (Santa Fe: jun-dic 2016), p. 61.

31 Cfr. Gutiérrez, R., Alonso, G., "Gobierno municipal y coordinación", p. 64.

32 Cfr. Vaca, A.; Cao, H., "Gestión pública y modelos de federalismo", Documento de trabajo CIAP, AÑO 9 N°2- Serie: "Federalismo y Administración Pública". (Buenos Aires: octubre 2017), p. 16.

33 Cfr. Etchichury, H., "El federalismo no es excusa", p. 511.

34 Cfr. Gutiérrez, R., Alonso, G., "Gobierno municipal y coordinación", p. 61.

35 Cfr. Marchiaro, E., "Derechos humanos, derecho municipal" p. 124.

das sobre federalismo, a saber: 1) las interacciones informales entre todos los funcionarios involucrados en una determinada área de política pública, 2) las características específicas de cada área de política pública y 3) la influencia de la política partidaria en las políticas públicas.³⁶ Mientras la literatura sobre federalismo ha priorizado las relaciones estados/provincias-nación, el enfoque de las relaciones intergubernamentales se interesa por todas las permutas y combinaciones de relaciones entre unidades de los tres niveles de gobierno, lo cual implica prestar al nivel local/municipal tanta atención como a los otros.³⁷

Para un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos, es en vano intentar ampararse en su estructura federal para limitar los efectos internos de dichas ratificaciones.³⁸ Es por eso que el diseño institucional debe constituir una oportunidad para satisfacer derechos fundamentales.

V. PROPUESTA DE ENTE INTERJURISDICCIONAL A CREARSE

Todos los niveles deben actuar en materia de DESC, y es por ello que esta propuesta pretende superar visiones competitivas donde “cada actor gubernamental busque consolidar la construcción político territorial propia en detrimento de los restantes y, en tal sentido, primen lógicas de suma cero por sobre las de acción conjunta y cooperativa”.³⁹ En un país federal, para una administración pública de cualquiera de los niveles, estar a cargo de un procedimiento administrativo implica una cuota de poder⁴⁰ y estas cuotas de poder en vez de competir tienen que confluir en pos del cumplimiento de derechos fundamentales.

Cumplimentar las obligaciones positivas que tienen los Estados en materia de DESC no puede lograrse con una sumatoria de programas sociales aislados, sino que se requiere de una nueva institucionalidad, la que por otra parte, debe hacer posible la imple-

36 Cfr. Gutiérrez, R., Alonso, G., “Gobierno municipal y coordinación”, p. 64.

37 Cfr. Gutiérrez, R., Alonso, G., “Gobierno municipal y coordinación”, p. 63.

38 Cfr. Dulitzky, A., “Federalismo y Derechos Humanos”, p. 3.

39 Vaca, A.; Cao, H., “Gestión pública y modelos de federalismo”, p. 16.

40 Cfr. Vaca, A.; Cao, H., “Gestión pública y modelos de federalismo”, p. 17.

mentación de un andamiaje que haga efectivo los derechos existentes.⁴¹ Esta propuesta busca dar respuesta a la necesidad de esa nueva institucionalidad referida, a partir de un cambio de lógica en la gestión estatal con eje en la universalidad, la transparencia, la fiscalización que permitan sin grandes desembolsos presupuestarios pasar a la acción en la efectividad de los DESC en Córdoba.

Cuando las responsabilidades respecto de determinadas tareas son compartidas por organizaciones, oficinas o burocracias que pertenecen a niveles de gobierno o ámbitos territoriales distintos, hay pluralismo institucional que genera un plus de complejidad en la gestión pública de un país.⁴² Complejidad que puede producir un efecto positivo, ya que el hecho de compartir responsabilidades sobre una misma área de políticas públicas entre distintos niveles de gobierno puede enriquecer la información y las miradas y acciones cruzadas sobre el diseño, recopilación de datos, gestión y control. Por ello se puede afirmar que sí es posible procesar de forma virtuosa- y siempre incompleta- el incremento de la complejidad, los resultados en términos de mejoras en la eficacia, eficiencia y efectividad suelen ser notables.⁴³

V.1. HACIA UN CONVENIO MARCO ENTRE NACIÓN Y PROVINCIAS

El federalismo de concertación y de coordinación implica que en temas concurrentes como los derechos humanos, los operadores actúen con flexibilidad y creatividad para superar los bloqueos competenciales.⁴⁴ El recurso a la creatividad, en materia de instrumentos para canalizar los principios de la relación federal, al margen o aún en contra de las previsiones del modelo, revela que los elementos básicos de la relación federal argentina mantienen plena su vitalidad. Es dentro de ese pensar creativo, que con el fin de cumplir con las responsabilidades asumidas internacionalmente hay que recurrir al acuerdo de voluntades que armonicen intereses

41 Cfr. Abramovich, V.; Pautassi, L., “El enfoque de derechos y la institucionalidad”, p. 38.

42 Cfr. Vaca, A.; Cao, H., “Gestión pública y modelos de federalismo”, p. 23.

43 Cfr. Vaca, A.; Cao, H., “Gestión pública y modelos de federalismo”, p. 24.

44 Cfr. Marchiaro, E., “Derechos humanos, derecho municipal” p. 123.

y coordinen conductas.⁴⁵

Es así que entiendo la punta del ovillo se encuentra en la gestación de un acuerdo interjurisdiccional. Este consiste en que distintos sujetos de la relación federal concierten entre sí sus voluntades creando un vínculo jurídico, por el cual se fijan objetivos comunes y los medios para alcanzarlos -en el ejercicio de sus respectivas atribuciones- y se generan derechos y obligaciones entre las partes. Estos acuerdos interjurisdiccionales constituyen un género amplio, comprensivo de varias especies: los hay de tipo horizontal -solo entre provincias- de tipo vertical -nación -provincias- y mixtos -vinculan a las distintas provincias entre sí y con la nación-.⁴⁶

La Constitución Nacional no contiene normas generales reguladoras de los acuerdos interjurisdiccionales. Solo encuentro referencias específicas a los tratados interprovinciales en el art. 125 CN, párrafo 1º y en el art. 126 CN, a las que se suman ahora la mención a los tratados interprovinciales de integración regional -art. 124- y a las leyes-convenio sobre coparticipación impositiva -art. 75 inc. 2 CN.⁴⁷

En Córdoba, el art. 144 de la Constitución Provincial -en adelante CP- otorga atribución a su Poder Ejecutivo para firmar un acuerdo interjurisdiccional y luego su Legislatura aprobará o rechazará. En relación con el contenido del acuerdo, el art. 16 de la CP refiere que corresponde al Gobierno provincial promover un federalismo de concertación con el Gobierno Federal y entre las Provincias, con la finalidad de satisfacer intereses comunes y participar en organismos de consulta y decisión, así como establecer relaciones intergubernamentales e interjurisdiccionales, mediante tratados y convenios.

No obstante carecer de estatuto que reglamente la especie tratados interjurisdiccionales, constituyen fuente primaria de derecho público⁴⁸ y queda claro que tiene base jurídica para llevarse a cabo y que va requerir como acto complejo que es, no sólo de

45 Cfr. Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación, la relación federal argentina en busca de un nuevo modelo instrumental: Tesis presentada para optar al grado de Doctor en Derechos Y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba” (Córdoba 1995) p. 162.

46 Cfr. Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación” p. 163.

47 Cfr. Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación” p. 167.

48 Cfr. Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación” p. 168.

una pluralidad de voluntades que concurren a su formación, sino también de una sucesión de actos que van configurando distintas fases o etapas.⁴⁹

V.2. LEY-CONVENIO PARA GARANTIZAR EL ACCESO A DESC

La propuesta entonces, es la gestación de un acuerdo interjurisdiccional multilateral y abierto, ya que debe prever la posibilidad de adhesión de otros sujetos federales no signatarios⁵⁰ -la incorporación de otras provincias traerá complejidades que no se analizan aquí-. La modalidad que suscribo para el acuerdo interjurisdiccional es la de ley-convenio.

En una ley-convenio, el acuerdo de voluntades entre los sujetos federales se instrumenta como una ley del Congreso de la nación, a la cual adhieren las provincias mediante leyes locales. Es imprescindible entender que “no son dos voluntades paralelas sino dos voluntades que se entrelazan, aunque los instrumentos que las expresan aparezcan independientes uno del otro”.⁵¹ Un antecedente a esta se lo encuentra en la ley 23.548 de Coparticipación federal de impuestos.

Si hago una clasificación según sus efectos, adscribo a considerar la propuesta como un acuerdo-contrato a diferencia de un acuerdo-ley, ya que prevalece el segundo aspecto sobre el primero. En las leyes-convenio se establecen regímenes de coordinación entre los sujetos federales, en vez de establecer regímenes de aplicación uniforme.⁵² Asimismo considero que se debe constituir un acuerdo directamente aplicable o autoejecutivo, para diferenciarlo de un acuerdo programático.⁵³ Para mayor especificidad en cuanto a lo que hace al procedimiento para su sanción, me remito al art. 75 inc 2 de la Constitución Nacional. Salvo en lo que refiere a la mayoría necesaria para su aprobación ya que no parece razonable hacer extensivo por analogía a leyes convenio que re-

49 Cfr. Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación” p. 172.

50 Cfr. Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación” p. 165.

51 Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación” p. 177.

52 Cfr. Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación” p. 179.

53 Cfr. Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación” p. 166.

gulen otras materias.

En la fase de negociación debieran tener participación los municipios ya que en el acuerdo resulta involucrado un centro de interés común entre estos y la provincia. La coordinación convencional interna en cada sujeto federal sería previa al acuerdo interjurisdiccional definitivo.⁵⁴ El instrumento para sumar a las municipalidades va a ser el convenio ejecutivo que es aquel que no involucra materias de competencia legislativa y por tanto solo se refiere a cuestiones administrativas donde son competentes los respectivos poderes ejecutivos y por tanto no requeriría aprobación legislativa.⁵⁵

V.3. ORGANISMO INTERJURISDICCIONAL

La creciente interrelación de competencias entre los sujetos de la relación federal primero, y luego con mayor intensidad, el auge de los acuerdos entre jurisdicciones, plantearon un nuevo desafío, la necesidad del ejercicio de funciones para la implementación y control de dichos acuerdos. Tales funciones debían ser asumidas por alguien y la solución que se impuso para bien del principio de participación federal fue la creación de órganos específicos con participación de todas las partes, los entes interjurisdiccionales.⁵⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *Shotover Jet Ltd.*⁵⁷ definió a un organismo interjurisdiccional como un ente federal, con personería propia, con individualidad jurídica y funcional, que permite distinguirlo de los Estados locales signatarios que dieron origen a la entidad. Es importante destacar que los entes interjurisdiccionales, aun cuando tengan reconocido el carácter de sujetos de derecho, no adquieren por ello la condición de sujetos de la relación federal, sino que continúan siendo instrumentos de aquella.⁵⁸ Como la propuesta

54 Cfr. Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación” p. 172.

55 Cfr. Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación” p. 164.

56 Cfr. Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación” p. 184.

57 CSJN, “*Shotover Jet Ltd. c/ Administración de Parques Nacionales s/ ordinario*”, 10/08/1999.

58 Cfr. Barrera Buteler, G., “La provincia en la Nación” p. 186.

contempla la creación de un consejo federal como ente interjurisdiccional para el acceso a DESC, es que voy a analizar los antecedentes en materia de éstas estructuras ad hoc: los consejos federales.

Los consejos federales se definen como aquellas formas de organización que buscan establecerse como espacios de coordinación -de carácter ágil, flexible y enfocado- y adaptación rápida a los cambios que puedan suscitarse en los ambientes político-institucionales, tendientes al logro de la integralidad de las políticas públicas. Han sido diseñados para cumplir con objetivos particulares de orden estratégico para la administración pública con el objetivo de brindar posibilidades de interacción, interoperabilidad y transversalidad en la resolución de las cuestiones inherentes a la implementación de políticas.⁵⁹

El Gobierno Nacional participa a través de sus estructuras jurisdiccionales en decenas de consejos federales. Entre otros menciono al Consejo Federal de Salud -ente interjurisdiccional previsto en la ley 23373; el Consejo Federal de Inversiones -cuya carta orgánica va a servir de referencia para esta propuesta-⁶⁰; el Consejo Federal de Educación -creado en el Capítulo III de la Ley N° 26.206-; la Comisión Federal de Impuestos -art. 12 de la ley 23548-; el Consejo de Seguridad Interior -creado a partir de la ley 24.059-; el Consejo Nacional de Políticas Sociales -creado por el Decreto 357/2002-.

En general los consejos federales están íntimamente ligados a la concertación, coordinación y articulación de las políticas públicas a lo largo del territorio nacional. La gran mayoría comparten formas de gobierno (asambleas) y de gestión (secretarías) similares entre sí.⁶¹

59 Cfr. Consejo Federal de Inversiones- CFI-, ““Optimización normativa y sistemática de las estructuras interjurisdiccionales y de enlace operativo con el gobierno nacional y los gobiernos municipales””, Centro de Estudios Federales (mayo 2015), p. 36.

60 Consejo Federal de Inversiones -CFI-, “Carta de constitución” (Santa Fe: 29 de agosto de 1959).

61 Cfr. Consejo Federal de Inversiones- CFI-, ““Optimización normativa”” p. 73.

V.4. CONSEJO FEDERAL DE COORDINACIÓN INTERJURISDICCIONAL DE POLÍTICAS DE ACCESO A LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES - COFECIPA

En Argentina, la descentralización constituye el diseño institucional en materia de políticas públicas sobre los DESC. Me referí anteriormente al concepto de “pluralismo institucional” y como éste requiere de sistemas de coordinación más complejos.⁶² El ente a crearse a partir de esta propuesta es el CoFeCIPA. El interés común a gestionar es el cumplimiento de las responsabilidades internacionales en materia de DESC a partir de la concertación de políticas para garantizar el acceso efectivo a éstos. Se propone seguir la doctrina de la Procuración del Tesoro en cuanto a la naturaleza jurídica de aquel, como un ente de derecho público interjurisdiccional, con autarquía administrativa y económico-financiera, autonomía en los temas de su incumbencia y capacidad para dictar su propia reglamentación.⁶³

El CoFeCIPA debe surgir a partir de una ley-convenio, que se concrete a partir de la negociación entre Córdoba y Nación con la participación de los municipios - no en calidad de partes, si como potenciales miembros de segundo orden-. Los municipios y comunas se irán incorporando paulatinamente a partir de la realización de convenios ejecutivos, ya que el ente tiene como misión agrupar a todos los organismos con competencia DESC en la provincia.

Contemplando los antecedentes analizados, me parece que el que mejor se adapta a la iniciativa es el CFI. Siguiendo su conformación, corresponde realizar un acta de constitución que surja con posterioridad a la ley-convenio donde se establezcan autoridades –consejo ejecutivo con un secretario general *pro tempore* que va a ir variando entre nación y provincia - y una asamblea de representantes de cada uno de los organismos a integrarse que se reuniría algunas veces al año. Las alternativas de virtualidad van a permitir incluir a las localidades de toda la provincia que se sumen a la iniciativa. Los integrantes del órgano ejecutivo no podrán

62 Cfr. Lardone, M.; Cingolani, M., *Gobiernos bajo presión. Relaciones intergubernamentales y reforma del estado. El caso Córdoba* (Córdoba: Univ. Católica de Córdoba 2006), p. 199.

63 PTN, Tomo 301 Página 190(12/05/2017).

tomar decisiones en forma indistinta -individual-, consagrando un funcionamiento como órgano colegiado que requiere la adopción de decisiones en forma conjunta. La tarea principal del órgano ejecutivo es la de proponer los ajustes necesarios a introducir para garantizar el acceso a DESC en la provincia.

Propongo priorizar la coordinación no jerárquica entre áreas de interdependencia DESC⁶⁴, es decir, áreas donde los intereses en proveer servicios en materia DESC confluyen. Esta lógica se asienta en los supuestos establecidos como propios del modelo de organización transversal de la administración pública al que ya me referí en el apartado III.

Aparte del área principal de organización de provisión del servicio en materia DESC, el ente interjurisdiccional debe tener un área de fiscalización/auditoría –control interno-, que exija ciertos flujos de información, vigilar regularmente ciertos indicadores, emitir orientaciones generales de política, entre otros.⁶⁵ Propongo además un segundo control –externo- que debe ser el legislativo, con una comisión bicameral a crearse en el Congreso de la Nación similar a la prevista para el CFI, pero integrada desde el Senado solo por parlamentarios que ocupen bancas por Córdoba y por parte de la Cámara de Diputados, sí garantizar presencia del resto del país.

VI. INSTRUMENTAR LA INTERJURISDICCIONALIDAD

La demanda de servicios de organismos con competencia DESC puede ser realizada en términos individuales o términos colectivos. En general entiendo que la solicitud de acceso a DESC va a ser individual por las dificultades que muchas veces presenta la comunidad en contextos de emergencia de colectivizar sus reclamos. Esto se advierte mucho en el CAJ, cuando los y las consultantes se encuentran con muchas dificultades para ver el mediano plazo y requieren de prestaciones urgentes, dificultando priorizar su participación en reuniones y encuentros que permitan organizar esa demanda en forma más colectiva.

Sin embargo, no hay que dejar de buscar organizar las demandas colectivas, ya que éstas son las que logran cambios estructurales, como puede ser el agua servida en un barrio que fluye a diario

64 Lardone, M.; Cingolani, M., *Gobiernos bajo presión*, p. 205.

65 Cfr. Lardone, M.; Cingolani, M., *Gobiernos bajo presión*, p. 205.

por las calles, o más cantidad de turnos en materia de salud mental en el centro de salud barrial, entre otros. Es por ello que también hay que contemplar la demanda de acceso colectivo a DESC a través de los organismos integrantes de esta coordinación.

Aquí se apunta no solo a aquellas instituciones que buscan el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales como puede ser el CAJ, una defensoría, una oficina de derechos humanos, sino que considero tiene que apuntar a todos los agentes públicos de cualquier organismo con competencia DESC que con independencia del servicio que prestan puedan canalizar la demanda ajena a su actividad principal a través del CoFeCIPA.

Por ejemplo, una ciudadana concurre al ANSeS⁶⁶ para hacer una actualización de sus datos personales y dar de alta la relación de cuatro hijos con el fin de reconocer aportes por tareas de cuidado para tramitar su jubilación por moratoria. En ese marco el agente de ANSeS detecta que esta mujer está por ser desalojada y no tiene asesoramiento, ahí encontrará en el ente los instrumentos adecuados para coordinar con los organismos que pueden patrocinarla –derivación a la asesoría letrada civil-, gestionar un alquiler en caso que el desahucio es inminente –derivación al ministerio de desarrollo social de la provincia-, entre otras posibilidades.

Ante el caso, que puede ingresar por cualquiera de los organismos con competencia DESC, la importancia es establecer protocolos ágiles de derivación que tengan una atención prioritaria con un sistema de turnos reservados para el CoFeCIPA. Los instrumentos TIC que puedan acompañar el ingreso formal del ciudadano o ciudadana no tienen límites en su desarrollo, desde una red interna, una aplicación, un grupo de *whatsapp*, pero lo importante más allá de las precisiones finas del mecanismo, es que la toma de los datos sea por el organismo al que llega el ciudadano o ciudadana. Se habla de derivación, siempre contemplando que la consulta no pueda resolverse en dicho organismo porque no es el competente de acuerdo a la norma, la jurisdicción y demás. Otro ejemplo, puede ser el caso de un pasaje de colectivo o refugio para una mujer migrante víctima de violencia que se encuentra por otros trámites en la delegación de la Dirección Nacional de Migraciones.

Se expresan a continuación, dos situaciones que pueden presentarse ante una consulta por DESC en relación con las herra-

66 Administración Nacional de la Seguridad Social.

mientas para gestionarla, que no agotan pensar otras. Una, es que la institución no tenga los recursos para poder iniciar la gestión del trámite para acceder al DESC y por lo tanto tenga que hacer una derivación asistida, monitoreada por el CoFeCIPA debido a la fiscalización del flujo de información y la trazabilidad del trámite. Otra, es que la institución donde se encuentra la persona tiene los recursos para la gestión del trámite que originalmente no le compete pero en virtud de los acuerdos llevados adelante por el CoFeCIPA tenga firma delegada o posteriormente ratificada para confeccionar el informe necesario, para cargar el formulario, entre otros. Puede suceder que no tiene las herramientas para finalizar la gestión, pero al menos la coordinación interjurisdiccional permita avanzar en ésta.

En cuanto al ingreso de casos colectivos, el abordaje es más complejo, requeriría de protocolos que determinen la diferenciación entre un caso individual y uno colectivo. Es decir, instrumentos que establezcan requisitos cuantitativos –a partir de qué cantidad de personas es colectivo- y cualitativos –el tipo de DESC y organismo involucrado-. En función de cumplir estos criterios se debería convocar una mesa de diálogo entre los organismos multi-nivel involucrados para gestionar la demanda y arribar a propuestas de solución. Puede pensarse también para la convocatoria, en organizaciones sociales y civiles, en función de que se encuentren involucradas en el caso.

Un ejemplo de un caso colectivo puede darse cuando llegan varias consultantes víctimas de violencia de género, y se advierte que ninguna medida de protección dispuesta por el juzgado establece la provisión de dispositivos de protección: DUAL y SALVA. Ambos configuran dispositivos de alarma personal que provee por convenio el Ministerio de Justicia de la Nación al Ministerio de la Mujer de Córdoba. Estos se otorgan en función de que los equipos técnicos del poder judicial, a partir de la denuncia, evalúan un determinado nivel de riesgo de la víctima y determinan que requiere este tipo de medidas de protección. Los dispositivos duales constan de dos aparatos, uno para la víctima y otro para el denunciado –tobillera-; el SALVA es un botón anti pánico para la víctima –da alarma a la policía-. La medida de protección la dispone el Poder Judicial – Juzgados de Violencia -, la entrega y el retiro del dispositivo una vez finalizada aquella, lo hace la Policía de la provincia, el monitoreo también está a cargo de ésta y el seguimiento de la

medida judicial lo realiza el ministerio provincial.

Es decir, que con competencia DESC está el Ministerio de la Mujer; las Asesorías de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género y el CAJ en este caso por ser una delegación del Ministerio de Justicia de la Nación en Córdoba. Ante la multiplicidad de casos donde no hay provisión de dispositivos de protección, una vez advertido que es por faltantes de stock y puede configurarse un tema colectivo, se activará el protocolo dentro del CoFeCIPA que convoque a la mesa de diálogo de los organismos mencionados.

VII. REFLEXIONES FINALES

Como se ha descripto a lo largo de esta publicación, la propuesta de crear un Consejo Federal de Coordinación Interjurisdiccional de Políticas de Acceso a los Derechos Económicos Sociales y Culturales, busca desde un enfoque de derechos, a partir del modelo transversal de administración pública y un federalismo cooperativo –de concertación- lograr una coordinación interjurisdiccional que permita garantizar a los y las ciudadanas el acceso efectivo a los DESC. Constituye una propuesta viable, práctica y realista de ser concretada de ser concretada en términos jurídicos y presupuestarios.

Entiendo que sería adecuado incorporar un sistema de incentivos para la provisión de los servicios DESC.⁶⁷ Las “ventanillas” de organizaciones internacionales a nivel interamericano y mundial podrían verse inclinadas a colaborar para financiar estos incentivos de cara a enmarcar esta propuesta en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, “Transformar nuestro mundo”, donde se fijan objetivos de desarrollo sostenible –ODS- para tornar efectivos los derechos humanos de todas las personas.⁶⁸

Más allá de lo explicitado en relación con la naturaleza jurídica y algunas características sobre su origen, integración, estructura principal y mecanismos de fiscalización y control del CoFeCIPA, por razones de extensión no presentaré mayor especificidad sobre su diseño. Si queda claro que para las complejidades político-administrativas hay que encontrar fórmulas simples

67 Cfr. Lardone, Martín; Cingolani, Mónica, *Gobiernos bajo presión*, p. 209.

68 Cfr. Yuba, Gabriela, “Los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y la Agenda 2030” (La Ley 06 de diciembre 2016)

y efectivas de trabajo conjunto, toda vez que un nivel excesivo de sofisticación puede generar costos mayores a los beneficios de la vinculación.⁶⁹ Como ya explicité, se debe estructurar desde el enfoque de derechos, con un modelo de gestión transversal que complemente al burocrático haciéndose carne de la mejor faceta del federalismo de concertación.

69 Cfr. Vaca, Ángel; Cao, Horacio, “Gestión pública y modelos de federalismo”, p. 24.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor; Pautassi, Laura, “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales” en Abramovich, Víctor; Pautassi, Laura *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009), p. 3. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-enfoque-de-derechos-y-la-institucionalidad-de-las-politicas-sociales.pdf>
- Balbín, Carlos, “Un Derecho Administrativo para la inclusión social”, A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, año 14, n. 58, Belo Horizonte (2014).
- Banco Interamericano de Desarrollo, “¿Los de afuera? Patronos cambiantes de exclusión en América Latina y el Caribe”, Informe del Progreso Económico y Social en América Latina. Washington (2008).
- Barrera Buteler, Guillermo, “La provincia en la Nación, la relación federal argentina en busca de un nuevo modelo instrumental: Tesis presentada para optar al grado de Doctor en Derechos Y Ciencias Sociales en la Universidad nacional de Córdoba” (Córdoba 1995).
- Cassagne Juan Carlos, *Los Grandes principios del derecho público constitucional y administrativo* (Buenos Aires: La Ley 2015).
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo –CLAD-, “Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto”, (Bogotá 2016). Recuperado de: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Gobierno-Abierto-07-2016.pdf>
- Consejo Federal de Inversiones –CFI-, “Carta de constitución” (Santa Fe: 29 de agosto de 1959). Recuperado de: https://cfi.org.ar/uploads/secciones/2021/07/arch_ok.pdf
- Consejo Federal de Inversiones- CFI-, “Optimización normativa y sistemática de las estructuras interjurisdiccionales y de enlace operativo con el gobierno nacional y los gobiernos municipales”, Centro de Estudios Federales (mayo 2015).
- Dulitzky, Ariel, “Federalismo y Derechos Humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, VI (2006). Recuperado de <https://corteidh.or.cr/tablas/R21506.pdf>
- Etchichury, Horacio, “El federalismo no es excusa: las provincias argentinas y los derechos sociales”, Trabajo y Sociedad, N° 33, Volumen XX (Santiago del Estero 2019), pp. 509-531.
- Fernández Segado, Francisco, “Federalismo dual, centralizado y cooperativo en América Latina” en Fernández Segado, Francisco, *Federalismo en América Latina* (México: Instituto de investigaciones jurídicas 2003).
- Ferreira, Raúl, *Fundamentos Constitucionales* (Buenos Aires: Ediar, 2013).
- Guiñazu Claudio, “Primera aproximación a la exigibilidad -no judicial del derecho a la salud en la provincia de Córdoba”, Revista Derecho y Salud,

Año 2, N° 2 (2018), pp. 85-97.

- Gutiérrez, Ricardo, Alonso Guillermo, “Gobierno municipal y coordinación interjurisdiccional de políticas públicas: reflexiones teóricas desde el conurbano bonaerense”, Documentos y aportes en administración pública y gestión estatal, Año 18, N° 31 (Santa Fe: jun-dic 2016), pp. 57-80.
- Lardone, Martín; Cingolani, Mónica, *Gobiernos bajo presión. Relaciones intergubernamentales y reforma del estado. El caso Córdoba* (Córdoba: Univ. Católica de Córdoba 2006).
- Marchiaro, Enrique, “Derechos humanos, derecho municipal y federalismo en Argentina” en Asencio, Miguel, *El federalismo en Argentina y Canadá* (Santa Fe: Ediciones UNL, 2020) pp. 120-129.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “El acceso a la justicia como política pública de alcance universal” (2011).
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Manual de Trabajo de los Centros de Acceso a Justicia” (2019). Recuperado de: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/manual_de_trabajo_centros_de_acceso_a_justicia.pdf
- Salvador, Miguel, “E-gobierno y cambio institucional: el impulso de la transversalidad en la administración pública”, Revista de Gestión Pública, Vol. I, N° 2, (julio-diciembre 2012). Recuperado de: <https://revistas.uv.cl/index.php/rgp/article/view/2334/2296>
- Suelt-Cock, Vanessa, “La influencia del federalismo competitivo en el nuevo régimen local español”, Estud. Socio-Juríd., 12 (Colombia: enero-junio 2010), pp. 199-232.
- Vaca, Ángel; Cao, Horacio, “Gestión pública y modelos de federalismo”, Documento de trabajo CIAP, AÑO 9 N°2- Serie: “Federalismo y Administración Pública”. (Buenos Aires: octubre 2017), pp. 7-27
- Yuba, Gabriela, “Los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y la Agenda 2030” (La Ley 06 de diciembre 2016).
- Yuba, Gabriela, “Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales del Comité DESC, Naciones Unidas al informe de argentina”, ERREIUS (diciembre 2018).
- Dictámenes**
- PTN, Tomo 301 Página 190 (12/05/2017). Recuperado de: <https://api.ptn.gob.ar/files/301-190.pdf>
- Jurisprudencia
- CSJN, “*Shotover Jet Ltd. c/ Administración de Parques Nacionales s/ ordinario*”, 10/08/1999.

CONTRAMOVILIZACIÓN LEGAL A LA LEY 27.610

LUISINA CARRIZO
UNLP- Argentina¹

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 108-127

Resumen: Este trabajo tiene como finalidad evaluar si las acciones iniciadas contra el Estado, que pretenden la inconstitucionalidad de la ley N° 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, representan un obstáculo para la implementación de la norma y el efectivo acceso a las prácticas por parte de las personas gestantes en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

En primer lugar y a modo introductorio expondré una revisión histórica política del proceso de institucionalización y los antecedentes jurídicos de la ley. Luego, presentaré el estudio de las acciones judiciales en el marco de la aplicación de la política pública. A modo complementario incorporaré la visión sobre la contramovilización legal de tres actoras clave mediante entrevistas.

Por último, enunciaré algunas consideraciones de las demandas examinadas a modo de síntesis junto a reflexiones sobre los desafíos sobrevenientes para garantizar los derechos de salud sexual y (no) reproductiva de las personas gestantes.

Palabras clave: Contramovilización legal - derechos humanos - movimiento feminista- derecho al aborto.

Abstract: The aim of this paper is to evaluate whether the lawsuits against the State, which seek to rule the Voluntary Termination of Pregnancy (No. 27,610) Law as unconstitutional, represents an obstacle to the implementation of the law and to the effective access

¹ Abogada graduada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Especialista egresada de ABOGAR. Esta publicación es una adaptación del Trabajo Final de Investigación aprobado por ABOGAR.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

to health services by pregnant people in the Buenos Aires Province.

As an introduction, I will expose a brief historical and political review of the institutional process and legal background of the Law. Then, I will present research on the lawsuits within the framework of the application of the public policy. In a complementary way, I will add the point of view of three key actors on the counter mobilization against the law, presented through interviews.

Lastly, I will present some considerations on the researched lawsuits as a summary, together with reflections on the challenges that lay ahead in order to guarantee pregnant people's sexual and (non) reproductive health rights.

Key words: Legal counter mobilization- human rights - feminist movement - abortion rights.

I. ANTECEDENTES: CONTEXTO HISTÓRICO POLÍTICO Y ANTECEDENTES JURÍDICOS

Durante décadas el movimiento feminista argentino bregó, entre diversas demandas de reivindicación de derechos, por la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Si bien el Código Penal desde 1921 reconocía algunas hipótesis de no punibilidad bajo el sistema de causales, los abortos se practicaban en la clandestinidad en condiciones inseguras que ponían en riesgo la vida o salud de las mujeres. Las prácticas por fuera del sistema de salud persistían aún en los casos que aplicaban dentro de las excepciones de la ley penal, en tanto existía una creencia social generalizada o norma informal (Bergallo, 2016) por la que predominaba la idea de la completa ilegalidad. Aún cuando investigaciones sobre la temática demuestran que la penalización efectiva fue prácticamente nula durante gran parte del siglo XX (Bergallo, 2018) hasta su legalización completa en 2020.

Las primeras discusiones para instalar la temática a nivel social fueron muy cuesta arriba, incluso durante los años '70 con el auge del movimiento de liberación de las mujeres que se consolidaba en los Estados Unidos coronándose con el caso Roe vs. Wade (Belucci, 2014), que funcionó como una suerte de espejo para el resto del mundo. En Argentina el debate se suspendió, como cualquier atisbo de organización política y social, durante la dictadura cívico militar y se restableció con el advenimiento del proceso democrático.

Para ese entonces, parte del desafío del activismo feminista era la búsqueda de estrategias efectivas hacia el reconocimiento social de

la problemática de la criminalización del aborto, así como el crecimiento y proceso de acumulación política para potenciar las discusiones que se sucedían en los ámbitos internos. Uno de los canales para enmarcar esos objetivos fue el Encuentro Nacional de Mujeres, cuya primera edición se dió en 1986 en la Ciudad de Buenos Aires (Hellin, 2021). El Encuentro Nacional dio pie a la consolidación de posicionamientos teóricos feministas, a realizar diagnósticos de la realidad en todo el país respecto al cumplimiento de los derechos humanos de las mujeres y personas LGBT+, a fortalecer y entrelazar redes de contactos entre las asistentes, al nacimiento de organizaciones o asociaciones feministas, al surgimiento de consignas y estrategias para la acción. Principalmente, el Encuentro afianzó la presencialidad en las calles del movimiento feminista, que fue madurando años después como un actor político fundamental.

Durante este tiempo de crecimiento del activismo feminista, los sectores conservadores que abogaban por defender los valores cristianos de la familia y, en consecuencia, mantener el rol tradicional de la mujer asociado a la maternidad como mandato incuestionable, también tuvieron sus embates reaccionarios.

Argumentos constitucionales de los sectores conservadores

Los sectores conservadores contaban con una gran ventaja debido al predominio de la moral cristiana en la concepción, el origen del Estado argentino y la identificación por parte de un amplio sector de la población. Este prisma que moldea las relaciones sociales (Esquivel, 2000) ha tenido una gran influencia en los modos de ejercer la institucionalidad. Sobre todo, es destacable la proximidad y coincidencias del poder político con la Iglesia Católica en el comienzo de la última década del siglo XX (Esquivel, 2000). Además, no es menor considerar que la inserción de mujeres en las bancas legislativas del Congreso recién tuvo su pie tras la sanción de la ley N° 24.012 (1991) conocida públicamente como “Ley de cupo femenino”.

Una de las acciones ofensivas por parte de estos sectores, que demuestra la cohesión ideológica con representantes partidarios, fue la intención de introducir al seno de la Convención Constituyente de 1994 una cláusula antiaborto, impulsada por el ministro de Justicia, Rodolfo Barra. Para otro de los sectores antiaborto el reconocimiento del rango constitucional de la Convención del Niño y la Convención Americana de los Derechos Humanos era suficien-

te y descartaba la necesidad de añadir una cláusula. Finalmente, se consiguió frenar la iniciativa ya que la propuesta no integraba el Núcleo de Coincidencias Básicas que comprendieron los temas de la Convención (Hellin, 2021).

Es interesante la lectura de estas discusiones a mediados de la década de 1990 porque puede verse cómo el discurso provida fue incorporando a los derechos humanos en sus argumentos, a la vez que se iniciaba una etapa de secularización como una estrategia para demostrar que la postura contraria al avance de los derechos sexuales y el aborto trascendía a la Iglesia Católica (Malca, 2018).

Esta apropiación del lenguaje de derechos humanos se replicó en casos judiciales en los que buscaban restringir la práctica de aborto no punible en embarazos de fetos anencefálicos, prohibir los medicamentos anticonceptivos de emergencia y oponerse al proyecto de ley que tenía por fin crear el Programa Nacional de salud sexual y procreación responsable, que en 1996 había obtenido media sanción (Bergallo, 2016).

El caso más resonante es Portal de Belén (Corte Suprema de la Nación, 2002), una asociación civil, que demandó al Ministerio de Salud con el fin de prohibir la fabricación y comercialización de un medicamento anticonceptivo de emergencia. La Corte dejó sin efecto la autorización para la fabricación, distribución y comercialización del medicamento apoyándose en lo dispuesto en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 CN) aludiendo al artículo 4.1 de la CADH. y la Convención del Niño.

Ley N° 25.673 como punto de inflexión

En 2002 se consiguió sancionar la ley N° 25.673 que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. La Ley se enmarca en una perspectiva de derechos que promueve la autonomía de las mujeres y juventudes en el marco de una política pública de alcance universal, que hace foco en los derechos sexuales (excluyendo el aborto no punible).

A diferencia de Nación, en la Provincia de Buenos Aires, se sancionó en 2003 la ley 13.066 que creó un Programa Provincial con el objetivo de garantizar políticas orientadas a la promoción y desarrollo de la salud reproductiva y procreación responsable con la influencia de una voz conservadora que pone el eje en la salud y protección de la familia.

A medida que el Ministerio de Salud de la Nación demostraba compromiso con el avance de políticas para la protección y garantía de los derechos sexuales también comenzaron a tener mayor resonancia acciones del activismo feminista a nivel social.

En este marco incrementó el número de mujeres que asistían al sistema público de salud requiriendo el acceso a la práctica conforme el artículo 86 del Código Penal. Ante esta nueva demanda, los prestadores de salud iniciaron solicitudes de autorización al poder judicial para practicar abortos, que ellos consideraban prohibidos o que requerían autorización judicial previa (Bergallo, 2016).

Entre estos casos se destacaron el de Ana María Acevedo en Santa Fe y L.M.R. en el territorio bonaerense, por el cual la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dió lugar a la demanda indicando que no era necesaria la autorización judicial por la legalidad de la práctica y ratificó la constitucionalidad del artículo 86.

Durante estos años también se implementaron los primeros protocolos de atención sanitaria para los abortos no punibles con la finalidad de aclarar los procedimientos a seguir por los agentes de salud y allanar el camino para derribar la creencia de la ilegalidad absoluta del aborto.

El apoyo institucional del Estado en estas instancias era irreversible y aunque a nivel simbólico el impacto era estridente no fue suficiente, en tanto la atención y realización de las prácticas se mantenía en gran medida fuera del sistema de salud, o no se garantizaba de manera adecuada bajo los parámetros indicados en las guías procedimentales.

Otro de los hitos que marcaron tendencia en la argumentación jurídica institucional hacia la habilitación de las prácticas de aborto bajo pautas de derechos humanos fue renombrado y conocido fallo F.A.L. (Corte Suprema de la Nación, 2012). Este fue el primer pronunciamiento del alto tribunal sobre el tema y reconoció la constitucionalidad del artículo 86 del Código Penal.

La sentencia sienta los parámetros generales para garantizar el derecho de acceso a abortos, precisando los alcances de las causales. Además, exhortó a los poderes judiciales de las provincias a garantizar derechos, entendiendo que su intervención no puede convertirse en un obstáculo para ejercerlos, por lo que deben abstenerse de judicializar. También instó a los poderes ejecutivos (provincial y nacional) a implementar protocolos hospitalarios para la concreta atención de abortos no punibles, suprimiendo las barreras administrativas y fácticas que así lo impidieran.

Como consecuencia, en 2015 el Ministerio de Salud de la Nación reversionó una nueva guía procedimental que atendió las pautas brindadas por el fallo. La provincia de Buenos Aires adhirió a la guía nacional y mediante la ley N° 14.738 creó las consejerías para la reducción de riesgos y daños en situaciones de embarazos no planificados. Esta norma modifica la ley 13.066 con un giro en su enfoque, virando hacia la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres e incluye el acceso a los servicios para la atención de abortos no punibles.

A partir de la irrupción del movimiento feminista el 3 de junio de 2015 bajo la consigna Ni Una Menos, que contó con marchas multitudinarias en distintas ciudades del país se comenzó a situar a la legalización del aborto en la agenda pública. Si bien los primeros reclamos estuvieron dirigidos a reivindicar los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia, visibilizando la problemática de la violencia por razones de género y los femicidios como una cuestión pública intolerable, que merecía el compromiso del Estado, en los siguientes años, la demanda por la despenalización de aborto se consolidó como un reclamo generalizado y prioritario.

En 2018 la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito presentó por séptima vez el proyecto de ley para la despenalización con un numeroso acompañamiento de firmas. El proyecto se trató en las dos cámaras, pero sólo obtuvo media sanción por parte de la Cámara de Diputados de la Nación. El 8 de agosto el Senado rechazó la iniciativa legislativa. A pesar del fracaso, el escenario que hasta hacía un par de años era impensado tuvo cuestiones a resaltar:

Diversas personalidades destacadas, profesionales, sindicalistas, artistas, representantes políticos, expusieron públicamente por primera vez argumentos a favor de la legalización durante las extensas jornadas de exposición en el Congreso previas al tratamiento en el recinto. También tuvieron participación los sectores conservadores.

La polarización del debate alcanzó un nivel alto en la sociedad. El intercambio de opiniones sobre aborto favoreció inmensamente la publicidad del tema, ya no era una cuestión de un sector minoritario. Esto dio lugar también a la movilización de organizaciones conservadoras o provida que ante la amenaza del avance de los feminismos tuvieron mayor presencia en la vía pública que en otras ocasiones (ley de Matrimonio Igualitario, ley de Educación Sexual Integral, etc) y adoptaron, como contrapartida, el pañuelo celeste

como identificación.

El movimiento feminista evidenció capacidad política de negociación y, sobre todo, de movilización como demostración de fuerza insuperable por el sector adversario. Asimismo la transversalización feminista y articulación con representantes de los partidos políticos sentó vínculos sólidos.

El proyecto de despenalización fue tema de la campaña electoral de 2019, y una vez electo el presidente, el Poder Ejecutivo presentó su propio proyecto. Así el 30 de diciembre de 2020 se sancionó la ley N° 27.610.

I. GESTIÓN EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

A partir de la sanción de la ley 27.610, el Ministerio de Salud y el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual de la Provincia de Buenos Aires aprobaron la resolución conjunta 1/2021, que estableció la guía de implementación de la interrupción voluntaria del embarazo en la provincia en el marco de la aplicación de la norma nacional.

Con la finalidad de reducir las inequidades el Ministerio de Salud provincial trabajó desde el inicio de la gestión en diciembre de 2019 para que los 135 municipios cuenten con efectores municipales, para asegurar la autonomía de cada localidad, y a su vez integrar junto con los establecimientos de salud provincial² una red de acceso al aborto de la provincia. En diciembre de 2019 había 196 establecimientos que efectuaban interrupción legal del embarazo (ILE), pero no estaban conformados en red, ni institucionalizados por el Ministerio. A diciembre de 2021 se alcanzaron 494, con una distribución en el 93% de los municipios.

En cuanto a los efectores municipales, en diciembre de 2019 eran 154 (entre hospitales municipales y CAPS/C.I.C) los que garantizaban el acceso. En dos años de gestión se incorporaron 277, de los cuales 77 se incorporaron desde la promulgación de la Ley. A diciembre de 2021, se cuenta con un total de 431 efectores municipales.

La norma entró en vigencia el 24 de enero del año 2021, a partir de esa fecha el 95% de las interrupciones se corresponden a abortos voluntarios (hasta la semana 14 inclusive). Lo que representa 29.633 interrupciones decididas por las personas en el ejercicio de su sobe-

2 56 hospitales, 3 CPA-UPA

ranía sin necesidad de certificación de causales (Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, 2022).

III. REACCIÓN CONSERVADORA

Las reacciones conservadoras a la movilización que consiguió la legalización de la interrupción del embarazo y su consecuente institucionalización no tuvieron demora. Actualmente existen en la Cámara de Diputados de la Nación dos proyectos de ley para la derogación de la ley IVE (0792-D-2021 y 0775-D-2022). Además, en las elecciones legislativas de 2021 en el distrito bonaerense varios candidatos o sus partidos asumieron dentro de su plataforma política el compromiso para retrotraer la regulación del aborto a la del Código Penal de 1921³.

En este marco las organizaciones que buscan restituir la penalización de la práctica también han retomado la presencia en las calles con movilizaciones, como la Marcha Por la Vida con el lema “Argentina desde la concepción” en marzo de 2022 y en septiembre de 2021 la Marcha de los Escarpines en el Congreso para defender la vida “que corre riesgo de ser aniquilada en el vientre materno”.

En línea directa con estos reclamos se han presentado a lo largo de todo el país acciones judiciales contra la ley 27.610, tomando como principal fundamento que contraría la protección al derecho a la vida desde la concepción de acuerdo a su interpretación de las normas constitucionales.⁴

Estudio de acciones contra el Estado en la Provincia de Buenos Aires⁵

Mar del Plata: Seri Hector Adolfo c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo.

Como ejemplo de las demandas presentadas contra el Estado, cabe

3 Entre estos se encuentran Frente Patriota (Biondini), Unite por Buenos Aires (Cintia Fernandez), Partido Celeste (Ayelen Alancay), +Valores (Cynthia Hotton), Frente Unión por el Futuro (Gómez Centurión) Ver <https://www.electoral.gob.ar/boletas/boletas.php?sfpq=RWx1Y2Npb251eyAyMDkxL1BBU08vQIVFTk9TIEFJUkVTLyogZjA3NmU2OGU0YzZmODY1NzMSZGRkMm1lZjhiN2UxZTg1NTdhMDg2ZDFkYzg0M2l1NjQyNjE0Nm1zOW1xZDUwZg>

4 Ver <https://www.diariojudicial.com/nota/88329/noticias/peregrinacion-judicial-contra-el-aborto.html>

5 Todas las causas se encuentran disponibles en <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam>

hablar del caso Seri. El actor plantea la acción en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional (C.N.) a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 27.610, expresando que es contraria a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales asumidas por el Estado argentino en virtud de la protección al derecho a la vida desde la concepción. A su vez, solicita una medida cautelar de suspensión dirigida contra la resolución 1/2019. Fundamenta la legitimación activa en ser ciudadano argentino, citando nuevamente el artículo 43, y no oculta su identidad política al mencionar que ha sido integrante del Movimiento Dignidad e Independencia (MODIN).

Con esto pone sobre la mesa la colisión entre “dos libertades constitucionales”: el derecho a la vida del niño por nacer y los derechos subjetivos de la mujer, y argumenta que esta última vulneraría el derecho a la vida entendida desde la concepción como el primer derecho natural, preexistente a toda legislación positiva. Los argumentos en los que se apoya son con base en uso e interpretaciones de derechos constitucionales y de los tratados internacionales, como el fallo de la Corte Portal de Belén, los artículos 14 bis, 16, 33 y 75 inciso 23, inciso 22, inciso 19 de la Constitución y el artículo 19 del Código Civil y Comercial, el artículo 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana (CADH), Convención del Niño (CDN). Todas las menciones son en referencia al derecho a la vida.

El magistrado de primera instancia desoyó la opinión del fiscal que había considerado la inexistencia de causa o controversia y la falta de legitimación activa por no estar habilitado en los términos del artículo 43, muestra explícitamente su posición como católico “respetuoso de la vida humana” y acepta el planteo del actor. Encuentra habilitada la instancia judicial de amparo en virtud del artículo 43 de la C.N. por entender que todo ciudadano puede realizar peticiones en orden de proteger los derechos de la niñez de acuerdo al principio del interés superior del niño y los artículos 1, 2 y 6 de la ley N° 26.061.

Por último, da lugar a la medida cautelar considerando que la resolución N°1/2019 es accesoria a la ley N° 27.610 y sostiene que pone en peligro el derecho a la vida desde la concepción, pudiendo tornar tardía la protección ante la aplicación de la norma cuestionada. Resuelve extender la medida cautelar pretendida, decretar la inapli-

cabilidad de la ley 27.610 ordenando al Estado la suspensión de la aplicación de dicha norma, protocolos y resoluciones hasta que se resuelva la cuestión de fondo, basando su decisión en el artículo 75 inciso 22 de la C.N., artículo 4 de la CADH, la CDN y artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación.

De los cuatro casos seleccionados, el de Seri fue el único de los procesos que tiene continuidad y se le da traslado al Poder Ejecutivo. La abogada del Estado se presenta con el objeto de recusar al magistrado cuestionando su actuación como juez imparcial y da muestras de la participación del magistrado como activista pro vida, cuestión que continuó por incidente. Asimismo, apela la medida cautelar decretada solicitando que se conceda el recurso con efecto suspensivo y se revoque, oportunamente, la resolución atacada ya que causa gravamen irreparable. Destaca que la cautelar que ordena la suspensión de la ley IVE con efectos expansivos en todo el país se dio en base a un colectivo indefinido “los niños por nacer” y no tuvo por acreditado, previo un análisis riguroso, los requisitos procesales, ni se indagó sobre la legitimación activa, la representatividad adecuada y la existencia de un caso colectivo.

En esta presentación el Poder Ejecutivo reforzó la posición institucional en defensa de la constitucionalidad de la ley 27.610 como norma que regula el acceso y la atención postaborto, en cumplimiento con los compromisos asumidos por el Estado en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y otras identidades de género, a fin de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible.

Además, la defensa refuerza la importancia y necesidad de la política pública y advierte la legitimidad social que tiene la norma: “el a quo pretende con su pluma desarticular una política pública estatal, que fue decidida –se reitera– a instancias y con la participación del pueblo argentino, representado por distintos sectores de la sociedad civil en uno de los debates más amplios y democráticos que se desarrollaron en la República Argentina”.⁶

En contraposición, la Alzada hace hincapié en la necesidad de la aplicación de la perspectiva de género como instrumento para interpretar la norma cuestionada y su confrontación con la Constitución. Finalmente, revoca la medida cautelar y rechaza la acción

⁶ Ver presentación de la Delegada del Cuerpo de Abogados del Estado, en representación del Estado Nacional, página 6.

por los mismos argumentos que el Ministerio Público Fiscal: no hay condiciones para habilitar la instancia, no hay caso judicial (artículo 2 de la ley N° 27 y el artículo 116 CN) y el actor carece de habilitación. Además, sostiene que darle procedencia a un planteo de constitucionalidad como el presente implicaría deformar las atribuciones del Poder Judicial.

Por demás, expresan que el amparista tampoco motivó la agresión de ningún derecho de tercera generación o de incidencia colectiva, en los términos del artículo 43 de la C.N., al pretender la declaración de inconstitucionalidad de la ley IVE.

La Plata: Gómez Centurión Juan José y otro c/ Estado Nacional Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad.

Esta acción fue presentada por el precandidato a diputado nacional, Gomez Centurión, y presidente de la junta promotora del Partido Nos Provincia de Buenos Aires junto con tres integrantes más ante la justicia federal por derecho propio y en representación del partido. Promueven demanda de inconstitucionalidad de la ley 27.610 contra el Poder Ejecutivo Nacional mediante la acción declarativa de certeza conforme el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidades de los derechos vulnerados por la norma cuestionada. Asimismo solicitan una medida cautelar de no innovar a fin de resguardar los derechos vulnerados por la ley 27.610.

La presentación es realizada y justificada en virtud de la actividad de los partidos políticos en el sistema democrático como representantes y defensores de derechos. En especial identifican expresamente al Partido Nos entre los partidos políticos del “segmento pro vida” de la sociedad bonaerense, y afirma por ello la legitimación activa, en tanto se fundan en el reconocimiento del “derecho perfecto” de los habitantes de la provincia a defender y ser protegidos en su vida, que conlleva la tutela judicial efectiva.

La actora considera que la acción presentada tiene una clara incidencia colectiva, en tanto consideran que la ley 27.610 daña el derecho a la vida dada la eliminación indiscriminada de vida de niños concebidos no nacidos, asimilando esta política pública a legalizar un programa de desaparición forzosa y eliminación de personas. A lo largo de la demanda se insiste en la idea de genocidio o eliminación de vidas de forma sistemática. En este sentido, considera que se encuadra en la categoría de intereses individuales homogéneos

conforme el artículo 43 de la CN y los parámetros del fallo Halabi, entendiendo que el bien colectivo que se tutela es la vida de los niños por nacer.

Respecto a la normativa que encuentran incompatible con la ley 27.610 -en la extensión de la demanda- se refieren a los artículos 10 y 12 de la Constitución de la Provincia y el artículo 19 del Código Civil y Comercial. En cuanto a la Constitución Nacional, sostienen que el derecho a la vida es un bien natural y tiene protección en el plexo constitucional de acuerdo al artículo 75 inciso 22, la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, la CDN, CADH.

El fiscal observa la existencia de una causa de iguales características a la presente por la que la fiscal federal de Santa Rosa dictaminó en contra de un planteo de inconstitucionalidad contra la ley 27.610 realizado el 1 de febrero por el Partido Nos de La Pampa. Entonces, entiende que antes de dictaminar sobre la competencia, corresponde intimar a la actora a dar cumplimiento de los requisitos previstos en el punto II. 2 del reglamento de Actuación en Procesos Colectivos de la Acordada 12/2016.

Ante lo observado por el fiscal, el juez da lugar a la solicitud e intima a la parte actora para que proceda con el cumplimiento de los requisitos. Desde el 4 de marzo de 2021 no hubo otro movimiento en el expediente.

Azul: Pardal Silvana Noemí c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires y otro s/amparo

La actora presenta un amparo con el fin de declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1 a 13 y 19 a 21 de la ley 27.610 y del Protocolo ILE “en todas sus versiones toda norma, resolución, acto, protocolo, artículo que la aplique, replique y emule por parte de autoridades provinciales” contra el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual y el Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia. Asimismo solicita una medida cautelar para suspender la aplicación de las normas impugnadas.

La demandante se presenta en calidad de abogada litigante en derecho de familia y suele actuar en temas de niñez, fundando la legitimación activa en el artículo 43 de la C.N., artículos 15 y 56 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, el artículo 1 de la ley 26.061 y el artículo 13 del Código Contencioso Administrativo.

Como objeto principal de su acción denuncia la violación del derecho a la vida de los niños por nacer y el acceso al debido procedi-

miento de las niñas y adolescentes embarazadas, ya que sostiene que de implementarse la ley 27.610 se omite la Intervención del Sistema de Promoción y Protección de los Derecho de Niño/as y Adolescentes, conforme la ley N° 26.061.

Algunas normas que considera vulneradas por la ley 27.610, son el artículo 9 de la ley 26.061, artículos 18,19, 28, 29, 75 inciso 22 CN, CDN, artículos 10 y 15 de la Constitución Provincial y ley provincial 13.298.

Sobre el texto de la ley 27.610 critica que es arbitraria la disposición al conceder el acceso a la práctica a pedido o de forma voluntaria por parte de la mujer. Y observa que se excluye a los organismos de niñez para evaluar previamente el grado de voluntad y discernimiento de la persona solicitante de la práctica.

La fiscal entiende que el juzgado es competente pero no considera que exista interés procesal de la actora, ya que la parte no acredita tener un derecho individual propio afectado, ni invoca un derecho individual de los niños de la Provincia.

En relación con el carácter de representación, la fiscal sostiene que la actora carece de legitimación para ejercer la de los niños, ni siquiera puede acreditar la representación de una asociación de las mencionadas en el artículo 43 de la C.N. Además manifiesta que no está explicado de qué manera el eventual derecho a la vida del embrión o el feto se trate de un derecho indivisible que pertenezca a toda la comunidad. Asegura que en la ley 27.610 no se encuentran derechos en juego de incidencia colectiva. Ni tampoco ve que sea un caso en el marco de derechos individuales homogéneos, por no reunir los recaudos según el precedente Halabi.

Por estas razones la fiscal concluye que la pretensión de inconstitucionalidad es de alcance general, función que excede al poder judicial, y propone al juez el rechazo de la demanda.

El juez adhiere al dictamen de la fiscal y agrega que sigue el criterio adoptado por la Cámara de Mar del Plata en los autos *Seri c/ Poder Ejecutivo*, en tanto observa similitudes y considera que aquel como en el presente no existe caso o controversia que habilite la intervención del poder judicial.

Junín: Lisazo Vanina Elizabeth y otro c/ Poder Ejecutivo Nacional s/amparo⁷

⁷ Durante la presentación del Trabajo de Investigación Final esta demanda se encontraba bajo un conflicto de competencia. Esta publicación contiene

La señora Lisazo junto con otras catorce personas presentan acción de amparo colectivo contra el Poder Ejecutivo de la Nación a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 4 primer párrafo y segundo párrafo incisos a y b, artículo 2 inciso a y b, artículo 5 primer párrafo, artículo 5 inciso a y d, artículos 10, 11, 12, 13, 15, 16, 18 y 21 de la ley 27.610 Así también pide la nulidad absoluta de alguno de estos por resultar violatorios del artículo 29 de la C.N.

Considera que la norma cuestionada lesiona y restringe el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; el derecho a la salud física y mental del niño por nacer; el interés superior del niño; derecho a no ser sometidos a torturas ni a tratos crueles e inhumanos o degradantes, entre otros. Para ello se apoya en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura PDESC, CDN, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, CADH, entre otros tratados.

La legitimación la fundamenta en virtud del artículo 43 C.N. y realiza una analogía entre la protección constitucional del Ambiente y el derecho de las personas por nacer, considerando incongruente que se aceptara la legitimación genérica para defender -por ejemplo- los huevos de los flamencos rosados, pero no la gestación de personas.

Considera que su planteo encuadra en un caso de incidencia colectiva, ya que sostiene que el derecho a la vida y la protección de sectores vulnerables como los niños por nacer son un bien colectivo a tutelar. Por ello, busca encuadrar la situación en los parámetros del fallo Halabi. Observa al aborto como un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, que daña a personas como los niños por nacer; considera el hecho de que los niños son impedidos de su derecho a nacer vivos, lo asimila a la existencia de una causa como elemento homogéneo que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Asimismo, refuerza la legitimación activa con la referencia a otras disposiciones, como el artículo 1 de la ley 26.061, puesto que considera que esta habilita a todo ciudadano a interponer acciones en pos de proteger la niñez; los artículos 386 y 387 del Código Civil y Comercial porque considera que habilita a peticionar la nulidad a

información actualizada con la resolución del 8 de febrero de 2023 suscrita por el Juzgado Federal de Junín.

todo interesado; y por último, fundamenta su actuación de acuerdo al artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece que toda persona tiene derecho a hacer peticiones ante cualquier autoridad.

Por último, solicita una medida cautelar para suspender la aplicación de la ley 27.610 hasta que se resuelva el amparo.

En este caso el magistrado resolvió continuar el trámite de la causa sin hacer lugar a la legitimación procesal invocada por los actores en representación del colectivo “por nacer” entendiendo que el artículo 43 establece tres sujetos, el único titular de un derecho es el afectado y los restantes son los representantes. Los demandantes de la causa no se adecúan a ninguna de las dos categorías de representantes, en tanto no son una asociación que propenda a esos fines ni el Defensor del Pueblo.

Tampoco admite legitimación por la ley 26.061 porque aceptar que cualquier ciudadano pueda actuar en representación de las personas por nacer en una posición contraria a los derechos de otros posibles menores involucrados con capacidad de gestar, es contrario a la Constitución Nacional, ante la posibilidad de violar su derecho a tomar decisiones autónomas dentro de su esfera privada y sin injerencias de terceros.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LAS ENTREVISTAS A ACTORAS RELEVANTES

A modo de completar la revisión de las acciones judiciales, es importante incorporar al estudio de la contramovilización legal la visión de actoras clave en la actual implementación de la política pública. Con tal fin se realizaron entrevistas a una funcionaria, una directora de hospital y una activista de los derechos humanos de las mujeres.

Las tres entrevistadas manifiestan que han tomado conocimiento de la existencia de las acciones judiciales del movimiento pro vida contra la ley 27.610. Dos de ellas coinciden en considerar a la movilización y a las acciones judiciales como un obstáculo y una amenaza para el adecuado cumplimiento de la ley, justamente las dos son representantes del sistema de salud. Por su parte B.B (funcionaria) explica que acciones como estas amedrentan a los profesionales de la salud que acompañan a las mujeres, además de generar desinformación. Desde una visión complementaria, G.G (directora de hospital) expresa que sienta precedentes legales e instaura la idea de que se

puede avanzar cercenando derechos. Y agrega que es una amenaza cuando se fortalecen con intervenciones mediáticas, puesto que construye un sentido común que pone en entredicho la legalidad del derecho a decidir, en tanto lo cuestiona, y la idea de que se puede avanzar sobre los derechos.

B.B señala que estos grupos conservadores de poder presionan con la finalidad de conseguir que jueces y fiscales lleven adelante causas aleccionadoras. Amplía su reflexión al advertir que también es importante el factor de confusión que genera en la población respecto al acceso al derecho y su legalidad, puesto que se vuelve sobre discusiones que ya fueron saldadas en el marco del Congreso Nacional.

Por otro lado, la activista C.C. considera que mediante estas acciones existe una búsqueda de obstaculizar la implementación, porque hay una pretensión de inconstitucionalidad para que la norma no pueda ser aplicable y que, mientras se sustancian los procesos, se siembra duda sobre si pueden o no realizarse abortos, así como también se solicitan cautelares para suspender la aplicación. Sin embargo, subraya que estas acciones, por el momento, no han prosperado. Añade que estos sectores no representan una amenaza, sino que son actores de poder que se organiza e intenta cambiar la realidad jurídica, y corresponde lidiar con ellos.

Respecto a otros obstáculos que se observan en la implementación de la ley 27.610, B.B manifiesta que tienen relación con la necesidad de mayor compromiso de las autoridades municipales para generar equipos de consejerías y acompañamiento de situaciones de aborto en todos los centros de atención primaria.

En los hospitales el mayor obstáculo es la incidencia de algunos jefes de servicio, porque no permiten la realización de la práctica por los equipos que tienen voluntad de capacitarse y realizar abortos, en especial de segundo trimestre. Incluso, en algunos casos, impiden la formación y constitución de equipos. En una línea similar, G.G. explica que hay profesionales y servicios (equipos) que están formados bajo la idea de que son ellos quienes deciden acerca de la realización o acceso a la práctica sobre la decisión de las personas gestantes que solicitan la atención.

Por último, y también en coincidencia con los puntos señalados, C.C. identifica obstáculos del orden de la disponibilidad de servicios, profesionales e insumos suficientes. A su vez existen resistencias de tipo ideológico a aplicar la ley.

V. CONCLUSIONES

Las reflexiones finales de este trabajo requieren volver a examinar la pregunta central que lo impulsa: ¿las acciones iniciadas contra el Estado son un obstáculo para la aplicación de la ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo?

En pos de aproximar alguna respuesta al interrogante, cabe destacar que mediante el análisis de los cuatro casos seleccionados se encontraron algunas características o rasgos que se repiten en las acciones interpuestas: (1) la utilización de acciones judiciales, sea la figura de amparo (artículo 43 C.N.) o la acción declarativa de inconstitucionalidad (artículo 322 del C.P.C.yC.N.), como instrumento para dirimir conflictos sociales.(2) El principal objeto a proteger por parte de los actores es la vida, entendida como un derecho que alcanza a los niños por nacer, es decir, sobre la interpretación de la existencia de un marco jurídico de protección al derecho de la vida desde la concepción, con (3) el uso de argumentos constitucionales y de derechos humanos que consideran a la norma 27.610 en plena contradicción y como violatoria de esos derechos fundamentales, (4) bajo la idea expresa o subyacente -basadas en estereotipos de género- que concibe a la maternidad como un rol natural incuestionable, por el que la mujer (apenas se referencia a otras identidades de género) no puede escindirse como sujeto de derecho individual, ya que debe proteger a cualquier costo el proceso gestacional, sin que medie voluntad o autonomía para proyectar sus decisiones vitales.

Los actores se presentan como ciudadanos, abogados del niño por nacer o como miembros de partidos políticos amparados en legitimaciones amplias o extraordinarias. En algunos de los escritos mencionan expresamente su pertenencia ideológica o religiosa.

A simple vista podría decirse, entonces, que los casos estudiados no han tenido éxito. La respuesta estatal ante el embate contra la ley 27.610 es sólida y no se detectan fisuras en las que haya penetrado el discurso de la defensa de la vida desde la concepción como patrón para definir las decisiones judiciales, salvo una excepción que fue descartada enseguida en Cámara.

Sin embargo, el análisis de las acciones no puede agotarse en los resultados jurídicos de los litigios si se presta atención a las reflexiones de las actoras relevantes entrevistadas y al contexto sociopolítico que se desarrolla en los antecedentes.

Aunque del informe del Ministerio de Salud de la Provincia se desprende que se ha alcanzado un gran avance en materia de accesibilidad en la atención, en la formación de equipos, en la compra y distribución de insumos, de las entrevistas surge que las acciones judiciales representan un obstáculo más bien en un plano cultural y comunicacional, que siembran duda, generan desinformación o ponen en entredicho la legalidad del derecho a la práctica. Es decir, no ha habido repercusión en cuanto a un impedimento concreto de acceso, pero sí se puede inferir que implica un llamado de atención sobre la permanencia de una acción colectiva organizada con un discurso reaccionario a la legalización con el objetivo de restaurar el régimen anterior.

A partir del entendimiento de que los sectores conservadores anti aborto o pro vida conforman un movimiento social, que ha adoptado distintas estrategias para cercenar los derechos sexuales y (no) reproductivos, se puede entrever en los casos analizados la pertenencia de los actores a dicho movimiento. Así como también se observan características de movilización legal, entendiéndose como la utilización del lenguaje de los derechos por parte de los movimientos sociales y el encuadre de sus reclamos mediante un marco discursivo que toma e interpreta conceptos legales, así como también el uso de acciones de litigio (Ruibal, 2015).

Lo que puede figurarse del estudio de los casos es que forman parte de una estrategia de un contramovimiento ante la gran aceptación y legitimación de un amplio sector de la sociedad sobre la legalización del aborto. El apoyo social ha permitido generar la oportunidad para la sanción de la ley 27.610, y también ha abonado a un proceso de institucionalización más robusto, que sumado a la transversalización de la perspectiva de género en áreas del Estado claves, como el de la salud pública, hace a la eficacia de la política de acceso al derecho. Por eso, también cabe preguntarse si es idóneo el litigio como herramienta para discutir una norma emanada del Congreso con manifiesto apoyo popular.

En apariencia, las acciones presentadas no han podido cumplir con sus expectativas de impugnar la constitucionalidad, pero debe examinarse si en definitiva ese era el único objetivo tras la judicialización. Se puede entender a partir de la lectura de los escritos que detrás de su presentación hay una búsqueda de publicitar un posicionamiento político, utilizando al derecho y el ámbito judicial para irrumpir en la escena pública y mantener la vigencia de la disputa

interpretativa del aborto ante el cambio de la cultura jurídica post ley 27.610, por el que se puso en crisis el predominio de la existencia de la norma informal de la prohibición absoluta como orden regulador (Bergallo, 2016).

Asimismo, estas no son las únicas acciones contra la ley, existen más presentaciones en tribunales del país, que se acompañan de herramientas mediáticas, postulaciones de candidatos a cargos electivos en poderes legislativos locales y nacionales, movilizaciones en las calles, entre otros.

En resumen, la importancia de la puja aparente entre aborto/vida, es en realidad la discusión acerca de cómo se organiza la vida y la sexualidad de la sociedad, en particular la de las mujeres. Y en este sentido, es atinado traer a colación el aporte de autores cuando manifiestan que el movimiento pro vida es un sector compuesto por actores y aliados que trascienden lo religioso (Morán Faúndes, 2017).

La reproducción del sentido heteropatriarcal respecto al aborto, que respalda el binomio mujer-maternidad, puede emparentarse o explicar mejor los obstáculos concretos del acceso a la interrupción del embarazo mencionados en las entrevistas por las actrices relevantes, que dan cuenta de la incidencia de los jefes de servicio para impedir la práctica o la formación y constitución de equipos, o la dificultad en algunos municipios por la falta de compromiso de las autoridades locales para generar equipos de atención primaria para garantizar el acceso.

Por los motivos expuestos, se puede presumir que aún no puede vislumbrarse obstáculos en la implementación de la ley 27.610 que estén directamente relacionados con las acciones judiciales estudiadas, pero no puede decirse lo mismo respecto del alcance que puedan tener otras estrategias de litigio similares en coyunturas disímiles, como puede suceder con un cambio de gestión con perfil conservador.

Por el momento debe observarse de cerca que las dificultades de acceso no se acrecienten, en particular las que se presentan por discriminación o la mediación de estereotipos de género, a causa del impacto o influencia política y social que puedan traer aparejadas estrategias de movilización legal sobrevivientes.

VI. REFERENCIAS

- Belucci, M. (2014) *Historia de una desobediencia. Aborto y feminismo*. Capital Intelectual. pp. 51-54.
- Bergallo, P. (2016) *La lucha contra las normas informales que regulaban el aborto en la Argentina*. Abortion Law in Transnational Perspective: Cases and Controversies Penn University Press-Pp.4-6; 8; 9.
- Bergallo, P. (2018) *Cosmovisiones constitucionales e interrupción del embarazo*. Revista Pensar en derecho. P. 50
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Argentina (2002) *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*- Sentencia 5 de marzo de 2002.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Argentina (2012) *F., A. L. s/ medida autosatisfactiva* - Sentencia 13 de marzo 2012.
- Esquivel, J.C. (2000) *Iglesia Católica, política y sociedad: Un estudio de las relaciones entre la élite eclesiástica argentina, el Estado y la sociedad en perspectiva histórica*. Programa Regional de Becas CLACSO pp. 7-9; 27
- Hellin, M. (2021) *El aborto en clave histórica*. Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia.Pp. 20-30
- Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires (2022) *Informe Epidemiológico -Ampliación de acceso al aborto – Avances al año de la sanción de la Ley N° 27.610* <https://www.ms.gba.gov.ar/sitios/aborto/institucional/informes-de-gestion/>
- Malca, C.G. (2018) *Movimiento transnacional contra el derecho al aborto en América Latina*. Siglo Veintiuno.Pp. 351- 377.
- Morán Faúndes, J.M. (2017) *De vida o muerte. Patriarcado, heteronormatividad y el discurso de la vida del activismo “Pro-Vida” en la Argentina*. Centro de Estudios Avanzados, Facultad de Ciencias Sociales, UNC 2017, pp. 205-210.
- Ruibal, A. M. (2015), *Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina*”. Revista Política y Gobierno. Pp. 175-198.

TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA APLICADA A GRUPOS VULNERADOS

ANDERSON CHRISTIAN SALTZER CHAVEZ

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 128-155

INDICE: I. Introducción; II. Situaciones de vulnerabilidad: justificación del análisis jurídico diferenciado; III. Tutela administrativa efectiva aplicada los grupos vulnerados; IV. Conclusiones.

Resumen: El concepto de “particular administrado” debe ser discutido dentro del derecho administrativo, dado que el mismo se encuentra abarcado por personas con situaciones fácticas completamente distintas, como son las personas que integran grupos históricamente vulnerados en el reconocimiento y ejercicio eficaz de sus derechos. Esto obliga, a su vez, a realizar una interpretación que le otorgue contenido al Principio de tutela administrativa efectiva, conforme los parámetros del Estado constitucional social de derecho, a fin de lograr un impacto directo sobre las etapas del procedimiento administrativo, cuando el mismo se vincula con grupos históricamente vulnerados en sus derechos o con la garantía de un nivel mínimo y esencial de un derecho humano.

Palabras clave: Grupos vulnerables, Derechos humanos, Procedimiento administrativo, Tutela Administrativa Efectiva.

Abstract: The concept of “private citizen” must be discussed under the administrative law. It is covered by people with completely different factual situations, such as people who are part of vulnerable groups. This group of people has been historically undermined in the recognition and effective exercise of their rights. That situation requires a particular interpretation of the Principle of Effective Administrative Protection according to the parameters provided by the model of the State based on Constitutional and social principles; in order to achieve a direct impact on the stages of the administrative procedure when it is involved with groups historically violated in



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

their rights or with a minimum and essential level of a guarantee of Human rights.

Keywords: Vulnerable groups, Human rights, Administrative Procedure, Effective Administrative Protection.

I. INTRODUCCIÓN

1. En sus orígenes el Derecho Administrativo surge como una rama del derecho destinada a limitar el ejercicio del poder. En ese marco el Procedimiento Administrativo cumplía con una finalidad de control de la legitimidad (legalidad y razonabilidad) de la actividad de la Administración, de control de los actos administrativos, en relación al interés público o bien común (oportunidad, mérito o conveniencia) pero, también, cumplía con una finalidad de garantía para los administrados.

El modelo de Estado fue cambiando y, bajo las premisas del Estado de Bienestar, el derecho administrativo ya no tenía solo como fin controlar el ejercicio del poder público o de encauzar el mismo dentro de la legalidad, sino que, también, se buscaba del Estado, y de la Administración en particular, un rol activo en el reconocimiento y plena eficacia de los derechos de los particulares. Esta configuración política del Estado encuentra su paralelo jurídico en el Estado constitucional social de derecho.

El debate no terminó ahí, en la actualidad estamos discutiendo académicamente, si es necesario un cambio y pasar de un derecho administrativo de la prestación, a un derecho administrativo de la garantía de la prestación, para que se pueda adaptar a los fines del Estado Garante (Schmidt-Assmann, 1993, p. 104). A esta discusión, sobre el rol de la administración, se suma el derecho fundamental a la buena administración; que es entendido como el derecho de todo ciudadano a que el poder público atienda con objetividad los intereses generales (Rodríguez-Arana Muñoz, 2012, p. 16).

2. El Estado constitucional social de derecho se estructura bajo valores fundamentales como son la dignidad humana y la democracia pluralista como principio de organización estatal. La dignidad humana, de esta manera, se convierte en el deber jurídico fundamental dentro de este modelo jurídico de Estado (Häberle, 2002, p. 178).

En el ordenamiento jurídico se reconocen varios derechos que se encuentran fundados y encuentran su razón de ser en la dignidad de

la persona. Estos derechos tienen como fin generar las posibilidades para que la persona pueda autodeterminarse. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que esas normas no pueden quedar en el mero reconocimiento porque, para que ese reconocimiento resulte efectivo y no ilusorio, como primer aspecto, el llamado a reglamentarlo no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darle todo el contenido que las normas señaladas le asignan; señalando a su vez que “garantizar” significa mucho más que solamente abstenerse de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas (Fallos 327:3677 y 332:2043).

De esta manera la sociedad coloca a la Administración, bajo el Estado constitucional social de derecho, en una posición de garante primario de la dignidad de las personas y de los derechos que le son inherentes porque, en definitiva, la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional (Fallos 327:3753, considerando 11).

En este punto es importante tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que indica que el individuo es el eje y centro de todo el sistema jurídico y que, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316:479).

Bajo los principios que emanan del Estado constitucional social de derecho el interés público se encuentra principalmente comprometido con la efectividad de los derechos humanos fundamentales (Sammartino, 2012, p. 244). Los tratados de derechos humanos han complementado el sistema de protección de los derechos individuales y sociales que prescribían los distintos ordenamientos constitucionales latinoamericanos, obligando a la aplicación de sus principios, los que se proyectan en todas las instituciones del Derecho Público (Casagne, 2021, p. 623), entre ellas el procedimiento administrativo.

3. Esta situación va acompañada de una demanda social en busca de mayor igualdad y el reconocimiento y plena eficacia de los derechos de las personas. En ese marco notamos que, cuando la atención se centra en la desigualdad que existe entre distintos sectores y grupos de personas, los grupos vulnerados son los más perjudicados respecto al reconocimiento y mínima garantía en el goce de sus derechos.

Las personas que integran grupos históricamente vulnerados ex-

perimentan barreras que impactan en el acceso al procedimiento y en la eventual ejecución del acto administrativo. En virtud de ello corresponde que nos preguntemos si la configuración normativa que tiene actualmente el procedimiento administrativo, a nivel federal, es acorde a fin de garantizar y lograr la plena eficacia de los derechos de las personas que integran grupos vulnerados. Y, también corresponde preguntarnos, si cuando el reclamo se vincula con niveles mínimos y esenciales de derechos humanos esa configuración normativa que tiene el procedimiento administrativo lo convierte en una herramienta eficaz fin de garantizar los mismos.

Todo ello a fin de entender si es necesario o no el ejercicio interpretativo y argumental de los operadores jurídicos, adicional a la letra estricta de la norma, a fin de otorgarle al principio de tutela administrativa efectiva el contenido correspondiente que impone el Estado constitucional social de derecho y, desde esa base, reconfigurar el procedimiento administrativo.

Este procedimiento entendido como el marco dentro del cual se desarrolla el intercambio propio vinculado con las relaciones entre los particulares y la Administración. En doctrina, refiriéndose de manera amplia al accionar de la administración, se sostiene que el procedimiento administrativo debería desarrollarse en hasta doce etapas (Schmidt-Assmann, 2003, p. 374/5). A fin de facilitar la exposición me parece adecuado reducir a cinco etapas: prevención, acceso, participación, decisión fundada y ejecución; todas ellas se ven influenciadas por el principio de tutela administrativa efectiva. En el presente trabajo se hace foco en la segunda, cuarta y quinta etapa.

4. Por último, quiero destacar que el presente trabajo es de derecho aplicado. Se parte de la normativa vigente y, tomando en consideración argumentos jurisprudenciales y doctrinarios, se propone una interpretación normativa que recepte los principios y valores que emanan del Estado constitucional social de derecho, respecto a la tutela administrativa efectiva aplicada dentro del procedimiento administrativo cuando del mismo participan grupos vulnerados.

Hago esta aclaración porque todo el trabajo de investigación se realiza al margen de pensar una modificación a la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos que recepte el principio de tutela administrativa efectiva con el alcance que tiene en la actualidad. En ese caso, una eventual modificación del marco normativo actual, implicaría una revisión en profundidad de varios institutos jurídicos

que pertenecen a la dogmática dentro del derecho administrativo. Por ejemplo, solo en lo que hace al procedimiento administrativo, correctamente se señaló que una eventual modificación del marco normativo actual debería estar estructurada sobre tres variantes (Sammartino, 2012, p. 178): 1) un procedimiento administrativo constitucional que sea funcional a la protección de los derechos humanos, 2) un procedimiento administrativo colectivo, como cauce adecuado, en sede administrativa para la protección de los derechos sobre bienes indivisibles y sobre los bienes individuales homogéneos, y 3) un procedimiento administrativo urgente, para la preparación, implementación y ejecución de medidas urgentes, que puede ser suspensivas de efectos de actos sino también medidas de carácter positivo.

II. SITUACIONES DE VULNERABILIDAD: JUSTIFICACIÓN DEL ANÁLISIS JURÍDICO DIFERENCIADO

1. En todas las sociedades siempre convivieron grupos de personas en posición socialmente desventajada respecto al resto. La expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” se utiliza para designar a aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas (Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad, 2011)

Se considera grupos vulnerables a colectivos marginados y en condición de vulnerabilidad debido al contexto en el que se desenvuelven (Aldridge, 2012, p. 112-130). Estos grupos presentan un mayor riesgo o susceptibilidad (Neville et al., 2015, p. 657-668) de vulneración de sus derechos.

En el documento denominado *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*¹, se desarrolla un concepto y se define que “...Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con

¹ Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador.

plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico...”.

Desde esta perspectiva podemos considerar como vulnerables a los niños, niñas y adolescentes, personas mayores de 60 años², personas con discapacidad, personas pertenecientes a grupos minoritarios de género, migrantes, pueblos originarios, personas que residen en barrios populares conforme Ley N° 27.453 y en situaciones de marginalidad socioeconómica, entre ellas las que afecta a personas que viven en ámbitos rurales alejados de servicios básicos y postergados históricamente en sus derechos a la educación.

A su vez, considero que también se debe considerar en situación de vulnerabilidad a aquellas personas que reclaman (sea de forma administrativa o judicial) el reconocimiento y garantía de un nivel mínimo y esencial de un derecho humano fundamental.

2. La falta de autonomía es una característica propia de las personas que integran grupos que histórica y sistemáticamente fueron y son vulnerados en sus derechos. Sabemos que dentro de los Derechos Humanos esenciales se encuentra el derecho a la libertad que tiene su primer reconocimiento en el preámbulo de la Constitución Nacional, donde se habla de “...asegurar los beneficios de la libertad...”, y su reconocimiento expreso en el artículo 19, en virtud del principio de legalidad. También tiene recepción convencional en el Artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

La libertad implica, en una de sus acepciones, la “autodeterminación” (Cassagne, 2021, p. 346-7), esto es la posibilidad que tiene

² La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores establece que “Persona mayor” es aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.

cada persona de poder tomar decisiones, de elegir entre varias opciones, acordes con la dignidad de la persona humana, sin otro límite que el bien común o la esfera íntima de derechos propios de las otras personas (Bobbio, 1993, p. 97 y 100).

Ahora bien, la posibilidad de elección siempre está dada por condiciones previas –entre ellas la vida, la salud y una situación económica determinada por sobre los niveles de pobreza y marginalidad– y que el sujeto pueda contar con opciones. No hay posibilidad de autodeterminación cuando no hay elección, cuando la decisión es solo una. La autodeterminación significa que el proyecto de vida que elija una persona determinada sea una decisión personal y no una decisión que le fue impuesta (Berger, 2015, p. 226).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante el conflicto de intereses constitucionales, ha efectuado un juicio de ponderación, dando preferencia a la superioridad del derecho a la autonomía personal, en cuanto fiel reflejo del derecho a la libertad (Fallos 338:556). No está de más recordar que este derecho, reconocimiento normativo del principio de autonomía personal, con los principios de inviolabilidad y dignidad conforman el fundamento moral de todo el sistema de derechos previstos en la Constitución Nacional (Nino, 2012, p. 199 y ss.).

Este reconocimiento normativo se contrapone con la situación de las personas que no tienen garantizado un nivel mínimo y esencial de sus derechos humanos y con la realidad de las personas que integran grupos vulnerados porque, tal como vimos, la sola pertenencia de una persona a un grupo en situación de vulnerabilidad evidencia dificultades para el ejercicio de sus derechos, por los obstáculos y barreras que deben enfrentar³.

En este marco es importante recordar que los Estados tienen una obligación positiva de adoptar las necesarias para salvaguardar y

3 Al respecto es importante destacar lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General Nro. 20 (2009), párrafo 10, cuando sostiene que se “...ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros”.

proteger los diferentes estilos de vida de las minorías con el fin de garantizarles el derecho a la igualdad ante la ley⁴.

3. Cuando se analizan las relaciones entre el Estado y los particulares vemos una tendencia generalizada, en doctrina y jurisprudencia, a mencionar a estos últimos como “particulares” o “administrados” o “particular administrado”, abarcando dentro de este concepto una gran diversidad de sujetos: desde una gran empresa multinacional, que reclama frente a un impuesto determinado, hasta una persona que vive en pobreza extrema, en condición de marginalidad, y que reclama una vivienda para ella y su hijo con discapacidad.

Ante esta situación es necesario que el concepto unívoco de “particular administrado” dentro del derecho administrativo sea discutido; partiendo de la base que, en ese enorme grupo de personas, existen algunas que históricamente se vieron sometidas y vulneradas en sus derechos. Ese concepto jurídico encierra a grupos de personas con realidades completamente distintas, que los posicionan de manera diferenciada para el acceso a los servicios básicos y al reconocimiento de sus derechos. No se puede pensar y analizar la relación Particular-Estado de la misma manera en todos los casos.

No es lo mismo una persona jurídica que persigue solo un fin de lucro que una persona física que persigue fines vinculados con su dignidad y necesita la garantía de un nivel mínimo y esencial de sus derechos en respeto de la misma. Y, dentro de ese grupo de personas, no es similar la situación de las personas que integran grupos históricamente vulnerados en el reconocimiento y el ejercicio efectivo de sus derechos con el resto de las personas que no integran esos grupos. No es lo mismo un administrado al que le tocó nacer, crecer y vivir en circunstancias de pobreza o de marginalidad que un administrado que no tiene esa realidad de vida. No es lo mismo un administrado que padece enfermedades o situaciones que disminuyen sus capacidades que aquellos que no atraviesan esa situación de vida. No es similar la situación de aquel administrado que reclama por un nivel mínimo y esencial de un derecho humano que el resto de la población que ya logró ese nivel de garantía de derechos propios.

Todos estos “particulares administrados” se encuentran con dificultades para el pleno ejercicio de sus derechos; y ello es así, en par-

4 Corte Europea de Derechos Humanos, *Connors vs. El Reino Unido*, sentencia del 27 de mayo de 2004, párr. 84.

te, por las dificultades que experimentan para el acceso y utilización de los servicios de justicia y tutela administrativa.

Ante esta situación es necesario que, tanto el proceso judicial como el procedimiento administrativo, se inicien, se desarrollen y concluyan siempre teniendo como finalidad eliminar las barreras que tienen las personas que integran grupos vulnerables; para lograr, de esta manera, el mismo grado de tutela judicial y administrativa, que tienen aquellas personas que no están bajo situaciones de vulnerabilidad, a fin de dar plena aplicación de la garantía de igualdad consagrada en la Constitución Nacional.

Esto que venimos señalando lleva, necesariamente, a pensar en una reconfiguración de determinados institutos del derecho administrativo, como es el procedimiento, cuando quien participa del mismo es una persona que integra un grupo vulnerable o cuando el acto administrativo –que pondrá fin al procedimiento– debe resolver sobre la garantía de un nivel mínimo y esencial de un derecho humano.

III. TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA APLICADA A GRUPOS VULNERADOS

1. El procedimiento administrativo está directamente relacionado con la teoría de las funciones jurídicas del Estado (García de Enterría & Fernández, 1997, p. 551/3), y se presenta como el instituto jurídico destinado a ordenar y preparar las decisiones administrativas. Constituye una secuencia organizada de etapas y momentos destinados a la obtención y tratamiento de la información, bajo responsabilidad de un ente en ejercicio de función administrativa; otorgándole, de esta manera, una estructura a los múltiples contactos que se producen entre la Administración y los ciudadanos o entre las distintas unidades administrativas, al integrarlos en un sistema de actuación (Schmidt-Assmann, 2003, p. 358).

También se sostuvo que el procedimiento administrativo es un conjunto de formas que se cumplen por y ante la Administración, con el fin de preparar la emisión de actos dirigidos a la satisfacción directa e inmediata del interés público (Escola, 1981, p.16/7).

En este marco el procedimiento administrativo cumple con dos finalidades básicas: por un lado, es un instituto jurídico que hace a la garantía de los derechos de los administrados y, por otro lado, también sirve como un mecanismo de control de la administración (Casagne, 2016, p.3). La protección de los derechos e intereses de los

particulares se vincula con la función garantística del procedimiento administrativo y de allí la importancia de la forma dentro del mismo (Canosa, 2017, p. 119).

Sammartino (2012, p. 177) había destacado que “*El reingreso del principio de juridicidad desde los valores sustanciales del Estado constitucional social de derecho no sólo transforma los fines de la función administrativa; también gravita, de modo relevante, sobre su estructura sistemática de ordenación, esto es, el procedimiento administrativo*”.

Por lo tanto, el procedimiento administrativo recepta las características propias del Estado constitucional social de derecho y debe responder siempre al bloque genérico de la juridicidad estatal que comprende no sólo la ley formal (leyes, Constitución Nacional, tratados internacionales, reglamentos, entre otros) sino también a los principios generales del Derecho⁵.

De manera magistral se señaló que el procedimiento administrativo constitucional, en tanto manifestación elevada de la tutela administrativa efectiva, es el cauce formal por conducto del cual los órganos que desarrollan función administrativa tutelan el interés público satisfaciendo de manera directa e inmediata el mínimo existencial que asegura hoy el sistema de derechos que conforman el bloque de constitucionalidad (Sammartino, 2012, p. 243).

El procedimiento administrativo, bajo el Estado constitucional social de derecho, se convierte en el cauce idóneo para satisfacer adecuadamente el ejercicio de los derechos humanos; y el mismo se proyecta, a su vez, en la eficaz y eficiente gestión de la Administración, con directa e inmediata vinculación con el interés público (bienestar general), que se debe tutelar.

De esta manera, si el procedimiento administrativo diseñado por las normas, o por la interpretación que el operador jurídico hace de ellas, en base a los principios jurídicos vigentes, no cumple con sus finalidades propias –entre ellas, ser un instrumento para garantizar un nivel mínimo existencial de los derechos de los administrados– ese procedimiento administrativo se torna ineficaz.

2. En el escenario jurídico actual existe un cambio respecto a la

⁵ La Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo que el Poder Ejecutivo está obligado al respeto de la juridicidad, noción más amplia que la simple legalidad y que engloba a la Constitución y a los principios generales del Derecho (Dictámenes: 128:526; 129:141).

centralidad de la ley como fuente jurídica; cuyo papel fue reemplazado por los principios generales del derecho que prevalecen sobre las normas (Cassagne, 2021 p. 78/9). Los principios de legalidad, de razonabilidad, de verdad material, de oficialidad, informalismo, gratuidad, debido procedimiento adjetivo y de eficacia son los principios generales vinculados con el Procedimiento Administrativo.

El principio de eficacia, reconocido en el orden nacional⁶, se complementa con otros principios como son el de celeridad, sencillez y economía en los trámites administrativos que, a su vez, hacen a la eficiencia de la actuación administrativa; esta última está relacionada con la utilización de los recursos, humanos y materiales, su correcto uso y que estos no se desperdicien, para lograr un objetivo.

De nada sirve que se realicen cientos o miles de procedimientos administrativos, que no van a cumplir con sus finalidades propias inspiradas por el modelo de Estado actual. Esto es un dato de la realidad, no estamos inventando nada. En una causa judicial colectiva reciente⁷ quedó demostrado que la mayoría de los procedimientos administrativos, que las familias iniciaron con sus reclamos, para denunciar que los establecimientos educativos no le concedían una plaza a su hijo o hija con discapacidad, terminaban con silencio de la administración. Procedimientos administrativos ineficaces para garantizar un nivel mínimo y esencial de un derecho humano, como es la educación; vinculados, además, con personas que integran grupos vulnerados, como son las personas con discapacidad.

La eficacia de un instituto jurídico se refiere a su capacidad de alcanzar los objetivos, metas o finalidades establecidos por las normas que lo crean o le dan sustento. Por lo tanto, si el procedimiento administrativo no logra cumplir con sus finalidades, de garantía de los administrados y de control de la actividad administrativa, toda la actividad de la administración, que se despliega por el mismo, es ineficiente.

En base a los objetivos y finalidades que surgen del ordenamiento

6 Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549, art. 1°, inc. b) y Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto 1759/72 (T.O. 2017), art. 2°.

7 Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Tributario y Relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires, causa caratulada *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA y otros s/ Amparo – Educación – Otros*, Expediente N° 8849/2019-0, sentencia del 23 de junio de 2022.

jurídico, respecto a los grupos vulnerados, corresponde preguntarnos si el diseño actual, a nivel federal, del procedimiento administrativo cumple con esos objetivos.

3. Para analizar, en este aspecto, la eficacia del procedimiento administrativo lo tenemos que relacionar con el principio de la tutela administrativa efectiva que surge como correlato de la tutela judicial efectiva. Canosa (2010, p. 127) señala que, cuando la tutela judicial efectiva se traslada hacia el ámbito del Derecho Administrativo, se complementa con la protección del interés general en procurar una buena administración, proyectándose también sobre el procedimiento administrativo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el debido proceso se refiere al “...conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier...acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”⁸.

La tutela administrativa efectiva, conforme el contenido asignado por la jurisprudencia y la doctrina, tiene una vinculación directa con el principio del debido proceso adjetivo y con el procedimiento administrativo, en tanto cauce formal de la función administrativa ejercida por los órganos y entes estatales, y como elemento esencial del acto administrativo. Ello así porque la tutela administrativa efectiva se presenta en la etapa de formación de la decisión administrativa, en la etapa impugnatoria y también en la etapa previa al análisis de un caso en el ámbito del Poder Judicial.

En la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fundamentalmente en el caso “Astorga Bratch” (Fallos: 327:4185),

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros - Excepciones preliminares, sentencia del 2 de febrero de 2001 [Serie C No. 72, párr. 124]; Caso Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú - interpretación de la sentencia de fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 6 de febrero de 2001 [Serie C No. 74, párr. 102]; Caso del Tribunal Constitucional Aguirre Roca, Rey Terry y Revorero Marsano vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001 [Serie C No. 71, párr. 69]; Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, [Serie A No. 9, párr. 27].

la tutela administrativa efectiva adquiere la condición de garantía fundamental; la misma se extrae del Artículo 18 de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos con jerarquía constitucional⁹, en virtud de lo establecido en el Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. De esta manera se incorporó al derecho interno la regla adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Baena” donde se afirmó que correspondía la aplicación directa de las garantías convencionales a la actividad administrativa desplegada por las autoridades públicas de cada Estado parte del tratado¹⁰.

La Corte Suprema le da contenido al principio de tutela administrativa efectiva cuando señala que supone la posibilidad de ocurrir ante las autoridades administrativas competentes y obtener de ellos una “...decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos: 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión- fundada...” (Fallos: 327:4185). Este contenido, que se integra con varios derechos, también fue reconocido por la doctrina (Canosa, 2014, p. 319).

De esta manera, el principio de tutela administrativa efectiva, tal como está consagrado en “Astorga Bracht”, implica varios derechos que se pueden analizar desde los distintos momentos en que se desarrolla el procedimiento administrativo. Uno de ellos es el acceso a la tutela administrativa vinculado con el derecho de todo particular de peticionar ante la autoridad administrativa¹¹, que se materializa mediante el inicio de un procedimiento administrativo determinado.

9 Arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arts. 2, inc. 3, apartados a) y b), y 14, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Baena, Ricardo y otros c/ Panamá”, sentencia de fecha 18/11/1999.

11 El Artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone que “*Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución*”.

Un segundo momento está vinculado con el derecho del particular a obtener una decisión por parte de la Administración. Ahora bien, esa decisión –que implica el derecho a que la Administración se expida– conlleva dos garantías. Por un lado, que la decisión se emita en un plazo razonable. Y, por otro lado, la garantía de que se llegue a una decisión fundada en derecho y esto implica, entre otras cosas, que existió un procedimiento previo que se cumplió y, si fuera un acto de gravamen, se debería respetar el debido proceso constitucional. Dentro de este debido proceso constitucional se debe incluir, luego de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹², a la fundamentación o motivación de esa decisión. Se señaló que “...las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”¹³.

Por último, un tercer momento de la tutela administrativa efectiva implica la emisión de una decisión útil; lo “útil” se refiere a lo efectivo, a la efectividad del acto, y esto lo podemos vincular a su vez con el objeto del acto administrativo y con la ejecutoriedad del mismo. En este punto adquieren protagonismo los mecanismos de autotutela administrativa y de protección cautelar, tanto en sede administrativa como judicial, para que esa decisión pueda efectivamente cumplirse.

En resumen, la tutela administrativa efectiva implica que el particular pueda acceder al procedimiento administrativo y que el mismo concluya en un plazo razonable con una decisión útil fundada en derecho.

4. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos enuncia, como uno de los requisitos de las normas reguladoras del procedimiento, el derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, al cual regula expresamente en base a los derechos a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a obtener una decisión fundada (Artículo 1º, inciso f, apartados 1), 2) y 3). La misma norma contempla, al fijar los requisitos esenciales del acto administrativo, a los “procedimientos

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Chocrón Chocrón vs. Venezuela”, sentencia de 1 de julio de 2011.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párrs. 152 y 153 y caso “Tristán Donoso vs. Panamá”, sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, párr. 153, entre otros.

esenciales y sustanciales previstos”, y a los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico¹⁴.

Si entendemos esta regulación como un reflejo explícito del principio de tutela administrativa efectiva, vemos que la misma se ve limitada en relación a los parámetros que le brinda a ese principio el Estado constitucional social de derecho o, por lo menos, que se necesitará de la labor argumental e interpretativa del operador jurídico o de los agentes que lleven adelante el procedimiento.

Tal como vimos el procedimiento administrativo debe evidenciar el respeto a la debida tutela administrativa, lo cual implica, a grandes rasgos, que cualquier procedimiento administrativo debe garantizar al administrado, como mínimo, la posibilidad de utilizar el mismo para prevenir daños, el acceso (derecho a ser oído), la participación (ofrecer, producir y alegar sobre la prueba), la obtención de una decisión “útil fundada en derecho” y la posibilidad de impugnar la misma. Todos estos derechos –que son operativos– imponen el deber del Estado de eliminar todas las barreras que los particulares pudieran encontrar para garantizar su derecho al acceso a la tutela administrativa.

Ahora bien, cuando la tutela administrativa requerida, se vincula con una petición destinada a garantizar un nivel mínimo y esencial de un derecho humano, o con un reclamo efectuado por personas que integran grupos históricamente vulnerados en sus derechos, el deber del Estado implica, en líneas generales, desplegar comportamientos tendientes a facilitar el acceso a la tutela administrativa y, en concreto, eliminar al silencio como una alternativa de respuesta –o, en su caso, darle sentido positivo– y ejercer sus potestades de autotutela para ejecutar esos actos administrativos directamente relacionados con la dignidad de las personas.

Sostener lo contrario llevaría a que esas personas, que históricamente se vieron postergados en sus derechos, o que están siendo afectadas en su dignidad, se encuentren con un procedimiento administrativo ineficaz a fin de resolver la problemática planteada y con el peligro de que se convierta en una barrera más, que podría repercutir en una posible responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

14 Regula también, como esencial, al dictamen proveniente de los servicios jurídicos permanentes, cuando el acto pudiera afectar derechos subjetivos o intereses legítimos (Artículo 7º, inciso d, Ley 19.549).

Esta sería la justificación legal y argumento principal para que las autoridades públicas desplieguen comportamientos tendientes a la protección de los derechos de las personas que integran grupos vulnerados, adoptando medidas de tutela diferenciada sobre los mismos.

La interpretación que se haga de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos debe estar dirigida a otorgar pleno reconocimiento a todos los derechos, garantías e institutos jurídicos que integran el principio de tutela administrativa efectiva. Con ello se busca que la actividad argumental e interpretativa que realice el operador jurídico tenga un impacto directo sobre las cuatro etapas del procedimiento administrativo que se ven relegadas en la actualidad, a saber: acceso, prevención de daños, decisión fundada en derecho y la ejecutoriedad y efectividad del acto (vinculado con el concepto de “utilidad” de la decisión).

4.1 Acceso

Cuando se analiza la situación particular de las personas que integran grupos vulnerados se evidencian dificultades para el ejercicio de sus derechos. Esta situación, en parte, se relaciona con las barreras propias que tienen estas personas para acceder al servicio de justicia y a la tutela administrativa.

Gómez Lara (2006, p. 353) sostiene que “...*el acceso a la justicia es más un concepto ideológico y sociológico y se centra en la preocupación de que los justiciables puedan llegar a ser oídos y atendidos eficazmente por los órganos de impartición de justicia, sin dilaciones, sin trabas burocráticas, sin candados ni obstáculos económicos, y sin prejuicios raciales ni discriminaciones políticas, sexuales, religiosas o de otro género*”. Este mismo concepto se puede y se debe trasladar al procedimiento administrativo.

Con esa finalidad considero que los procedimientos administrativos vinculados con grupos vulnerados deben observar los siguientes principios procedimentales rectores:

líneas de acceso ágil y sencillo para la presentación de reclamos, medidas de difusión respecto a los canales para interponer reclamos;

lenguaje accesible en el sentido de que toda comunicación deberá utilizar lenguaje claro, coloquial, expresado en sentido llano, conciso, entendible y adecuado a las condiciones de las y los administrados ponderando, principalmente, su condición de vulnerabilidad;

derecho a intérprete en el caso de personas que por su discapa-

cidad no se puedan comunicar mediante el lenguaje y para aquellos que no se puedan comunicar por utilizar otro idioma o lengua (pueblos originarios y personas migrantes);

se debe establecer un deber reforzado de colaboración de los agentes públicos responsables de los procedimientos administrativos. Los mismos deben estar obligados a desplegar un comportamiento tendiente a garantizar la adecuada y rápida solución del planteo realizado, prestando para ello toda su colaboración posible;

obligación por parte de la administración de brindar atención personalizada a las personas que integran grupos vulnerables o cuando el alcance o plena vigencia de un derecho humano o fundamental del que resulta titular está bajo discusión.

4.2 Decisión fundada en derecho emitida en un plazo razonable

4.2.1. De la tutela administrativa efectiva surge el derecho del administrado a obtener, en un plazo razonable, una decisión fundada en derecho (Canosa, 2017, p. 206). Esto surge como correlato del derecho de peticionar a las autoridades previsto en el Artículo 14 de la Constitución Nacional. Por su parte, el Artículo 24 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre claramente establece que *“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el deber de obtener una pronta resolución”*. La Administración tiene, por lo tanto, la obligación de pronunciarse de manera expresa y fundada sobre las peticiones que recibe de los administrados¹⁵.

Lo expuesto también tiene fundamento, a su vez, en base a lo establecido en el Decreto N° 229/2000. Esa norma crea el Programa Carta Compromiso con el Ciudadano, que tiene por objeto la instrumentación de compromisos de servicio, por parte de los organismos públicos prestadores directos, donde se transparenten las condiciones y modalidades operativas de las prestaciones, así como los derechos que, con relación al tema, asisten a los ciudadanos. En el Artículo 3°, inciso i),

15 Este derecho ya fue reconocido por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, en la sentencia de fecha 20/08/2020, en la causa caratulada *“Soudi, Ghazi M. A. c/Estado Nacional y Otros s/ Amparo por mora”*, donde el solicitante había requerido el reconocimiento de su condición de refugiado.

se consagra el *“...derecho [del ciudadano] a que la Administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o denuncias”*.

Cuando enfrentamos reclamos administrativos vinculados con derechos o intereses de personas que integran grupos vulnerados, o con la garantía de un nivel mínimo y esencial de un derecho humano fundamental, el silencio no cumple con su fin dentro del marco de la juridicidad dado que constituye una omisión inconstitucional.

El deber de expresarse y resolver por parte de la administración está vinculado con la obligación de ejercer su competencia. El silencio va en contra del derecho del administrado de obtener una decisión expresa y fundada, que fue reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* de fecha 19/9/06.

Por otro lado, otro problema que se da en la práctica es determinar ¿qué se hace cuando la Administración incurre en silencio? Las soluciones que tenemos hoy, en la Ley de Procedimientos Administrativos, es darle al silencio, luego de cumplidos los plazos establecidos, carácter negativo y, luego, habilitar la instancia judicial mediante el amparo por mora o impugnar la negativa por silencio.

Esto nos trae al menos dos problemas. En primer lugar, el plazo para configurar el silencio, en casos tan sensibles como los analizados, va en contra del principio de resolución en un plazo razonable tal como se verá en el punto siguiente; el otro problema que se presenta es que, para acceder a la instancia judicial, el administrado va a necesitar contar con el patrocinio jurídico de un abogado o de una abogada. Esto trae como consecuencia que va a tener que hacer frente, posiblemente, al pago de honorarios y la dificultad que pueda tener en encontrar una profesional con conocimientos en la materia respectiva.

Ahora bien, si el administrado tiene derecho a recibir una resolución expresa y fundada, ¿por qué debería incurrir en gastos, en pérdida de tiempo o en dificultades para obtenerla? Es por ello que considero que el silencio administrativo, en procedimientos administrativos donde se discute la garantía de niveles mínimos y esenciales de derechos humanos (objeto) o con personas que integran grupos vulnerables (sujeto), el silencio no debe ser una alternativa posible para que la Administración se exprese y, en caso que ocurra, debe entenderse en sentido positivo.

Lo contrario sería sostener que la Administración niega y rechaza garantizar un nivel mínimo y esencial para la efectividad de un derecho humano, o que incurre en una omisión que afecta de manera

directa a grupos históricamente vulnerados en sus derechos, lo cual traería aparejada directamente su responsabilidad internacional por incumplir con Tratados Internacionales. La actividad administrativa del Estado se presume legítima y emitida conforme al principio de juridicidad; en los casos que venimos comentando el sentido negativo del silencio implicaría presumir una actividad y manifestación ilegítima e ilegal por parte del Estado, lo cual es inadmisibles bajo los parámetros que brinda el Estado constitucional social de derecho.

El Estado, por intermedio de la Administración, tiene como fin reducir las brechas injustas que se crearon en la sociedad, no tiene como fin tolerarlas pasivamente o incrementar las mismas; lo contrario evidencia un claro incumplimiento al derecho a la buena administración.

No puedo dejar de señalar que estamos ante una falta grave del agente que, por su accionar u omisión, hace incurrir a la Administración en silencio y, también, responsabilidad grave del funcionario público que con su conducta u omisión propicie el mismo, conforme ley 25.188 de Ética Pública. En el Artículo 2, inciso e, se establece la obligación de todos aquellos que ejerzan la función pública de cumplir con el deber de “...fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan...”. En los casos que venimos analizando el interés público exige una actividad inversa para ser considerada diligente; esto es que el agente o funcionario propicie la emisión del acto.

Como propuesta de mejora para la Administración considero que se debería buscar la forma de marcar en el Sistema de Gestión Electrónico de Expedientes estos Expedientes Administrativos especiales para que los agentes y funcionarios estén al tanto de la particularidad que reviste el mismo; todo ello a fin de arbitrar los medios necesarios para no incurrir en una falta administrativa grave o en un supuesto de responsabilidad.

4.2.2. A su vez, en los supuestos planteados, también los plazos que se establecen para tener por configurado el silencio van en contra del principio del plazo razonable¹⁶, vinculado con la duración

16 En el caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, de fecha 29 de marzo de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró violadas las garantías procesales, la garantía de plazo razonable y el derecho al recurso. Y, también, resolvió que el debido proceso legal debe respetarse en el

del procedimiento, conforme lo establecido en el Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este principio ha sido ampliamente reconocido tanto en el ámbito nacional como interamericano, aunque, claro está, más vinculado con los procesos judiciales en materia penal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de reconocerlo en el caso “Podestá, de fecha 07/03/2006, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Acosta Calderón”, de fecha 24/06/2005 (Serie C, N° 129, párr. 105, entre otros).

Por su parte, en el Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa del pueblo Enxet -Lengua vs. República del Paraguay*, de fecha 29/3/06, vinculado con una solicitud de reivindicación territorial en trámite desde 1993, se sostuvo que “La duración excesiva de los procesos administrativos puede causar un daño irreparable al ejercicio de estos derechos forzando al administrado, la parte más débil, resignar la integridad de su derecho”.

El principio del plazo razonable no se limita solo al proceso penal, sino que, por el contrario, rige en toda clase de procesos¹⁷ y, también, en los procedimientos administrativos (Perrino, 2013, p. 17).

En el marco normativo actual se establece que, si las normas especiales no previeren un plazo determinado para que la Administración se pronuncie, éste no podrá exceder de sesenta (60) días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado debe requerir pronto despacho y si transcurrieren otros treinta (30) días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración (Artículo 10 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos).

Por lo tanto, en base a lo señalado, desde un mínimo legal implica una espera de tres meses para que el administrativo reciba una respuesta de manera indirecta por interpretación negativa del silencio. Por su parte el Artículo 28 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos establece que si el administrado, pese a haber transcurrido el plazo fijado para que la Administración se expida, o el genérico de sesenta (60) días, considera necesario que la Administración dicte el acto en forma expresa, tendrá a su alcance la vía judicial por inter-

procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

17 Fallos 287:248 y, tras la reforma constitucional, en el mismo sentido, en Fallos 330:2975.

medio del “amparo por mora”.

Estos plazos, en procedimientos administrativos vinculados con personas que integran grupos vulnerables o con la garantía de niveles mínimos y esenciales de derechos humanos, van en contra del principio del plazo razonable dado que la situación acredita extrema urgencia y, en los hechos, pueden transcurrir varios meses sin solución. Es por ello que considero que, independientemente de los plazos expresos establecidos en la norma, la razonabilidad de la duración del procedimiento se debe medir ponderando: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades¹⁸. Con la particularidad de que, en los supuestos que venimos analizando, el contenido de la actividad e impulso de las autoridades (que debe ser ingenioso en muchos casos para sortear barreras burocráticas) se incrementa a medida que la actividad procedimental del interesado disminuye.

4.3 Ejecución del acto y autotutela administrativa

Por último, considero que existe en la actualidad, bajo los parámetros que da el Estado constitucional social de derecho, la obligación de la administración de ejecutar por sí y ante sí, o en su caso pidiendo auxilio judicial, los actos que se dicten y se encuentren vinculados con grupos vulnerables o cuyo objeto sea garantizar un nivel mínimo y esencial un derecho humano fundamental.

Rodríguez-Arana Muñoz (2014) sostiene que “*El nuevo Derecho Administrativo, que parte de la idea de servicio objetivo al interés general como suprema tarea encargada a la Administración pública, incorpora una nueva visión del sentido de las instituciones, categorías e instituciones de nuestra disciplina. Por ejemplo, los dogmas de la ejecutividad y ejecutoriedad de la actuación administrativa han de ser replanteados desde la luz que proyecta el principio, y derecho fundamental de la persona, de la tutela judicial efectiva*”.

Recordemos que “...la ejecutoriedad del acto administrativo constituye una prerrogativa de la Administración, consistente en la facultad de ejecutar por sus propios medios –o sea, sin requerir el auxilio judicial–, ciertos actos administrativos que no son espontáneamente obedidos por los sujetos a quienes se dirigen” (Stupenengo, 2017, p. 8).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los precedentes

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Acosta Calderón”, de fecha 24/06/2005 (Serie C, N° 129, párr. 105, entre otros).

“Guillén” (Fallos 313:521) y “Camal” (Fallos 313:819), ha reconocido que, en base a la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria que tienen los actos administrativos, la Administración puede ejecutar sus actos propios sin que los recursos o acciones judiciales, mediante las cuales se discute su validez, suspendan su ejecución. Si estas circunstancias que implican el ejercicio de derechos que hacen al principio de tutela judicial y administrativa efectiva, como lo es la interposición de un recurso o acción judicial, no pueden operar como barrera para la ejecución de un acto administrativo, mucho menos se puede considerar con ese efecto a situaciones de menor gravedad.

El Artículo 12 de la Ley 19.549 establece que la fuerza ejecutoria del acto administrativo faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial. Por lo tanto, de la forma en que está regulado, la decisión de ejecutar o no un acto administrativo es una facultad¹⁹ de la Administración que puede o no ejercerla.

Ahora bien, cuando no ejercer esa facultad implica una barrera más para los grupos vulnerados, o trae como consecuencias que una persona no pueda gozar del mínimo esencial de un derecho humano fundamental, esa facultad se convierte en obligación. Con esto se busca, en primer lugar, eliminar la barrera económica que le puede significar al administrado tener que ejecutarlo por sus propios medios y, en segundo lugar, la dificultad que le puede implicar encontrar un profesional especializado en la materia. Ante esta circunstancia los agentes públicos, abogados y abogadas del Estado, que integran el organismo con competencia específica en la materia, son los que están en mejores condiciones para proceder con la acción judicial; que no tendrá otra pretensión que no sea la de cumplir con la decisión administrativa que dictó el organismo en el cual se desempeña el integrante del Cuerpo de Abogados del Estado.

Actualmente los servicios jurídicos permanentes, que funcionan en la órbita de los órganos centralizados o de las entidades descentralizadas, reciben a diario instrucciones para ejecutar actos administrativos. Claro está que las mismas, en su mayoría, se vinculan con la ejecución de multas o la búsqueda de recursos económicos para el Estado.

19 También fue reconocido de esa forma por la jurisprudencia en la causa caratulada *Tallarico, Alicia B. c/ Ente Nacional Regulador de la Electricidad y Otro*, Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, en la sentencia de fecha 07/10/2009, publicada en La Ley Next Online 70056118.

Entiendo que no existe impedimento alguno para que esos mismos servicios jurídicos permanentes reciban instrucciones para ejecutar los actos administrativos que se encuentren vinculados con grupos vulnerables o cuyo objeto repercute sobre la eficacia y ejercicio de derecho humano fundamental.

La única situación que puede presentarse en el ámbito judicial es el planteo de una eventual defensa de falta de legitimación activa pero, como bien señala Stupenengo (2017, p. 138), “*Incluso en aquellos casos en los que el acto de cuya ejecución se trata no tiene a la satisfacción inmediata de intereses generales, sino, antes bien, meramente particulares...la Administración está legitimada activamente para solicitar a los tribunales su puesta en práctica*”.

Esta postura también fue receptada por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal al reconocer legitimación activa a un ente Regulador para demandar a la empresa concesionaria por el cobro de multas a favor de los usuarios²⁰.

Todo esto siempre pensando en actos que impliquen agredir patrimonios o la esfera de derechos propios de terceros. En los demás supuestos los órganos administrativos podrán solicitar internamente la ejecución y cumplimiento del acto y, en caso de presentarse algún conflicto entre los órganos administrativos o entre ellos y una entidad descentralizada, tendrá que intervenir la Procuración del Tesoro de la Nación en el marco de la Ley 19.983.

20 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, sentencia de fecha 07/08/2077, dictada en el Expediente CAF 042443/2004, causa caratulada *ENRE -Resol 294/04- c/ Edenor S.A. s/ Contrato administrativo*. En igual sentido la Sala V, en la sentencia de fecha 07/07/2005, dictada en el marco de la causa caratulada *Ente Nacional Regulador de Electricidad c. Edenor S.A.*, publicada en La Ley online TR LALEY AR/JUR/6637/2005. En esta última sentencia se sostuvo que “...si bien es cierto que el importe de las multas reclamadas lo son a favor de los usuarios, criterio que la propia parte actora hace hincapié en su memorial de agravios, no es menos cierto que aquélla multa fue impuesta por el ENRE a Edenor en ejercicio de sus facultades de Organismo de control y de acuerdo a la normativa imperante en los artículos 56, incs. a), o), y s) y 63, incs. a) y g) de la ley 24.065. En consecuencia, de ello, no se puede dejar de advertir que el ENRE, mediante el dictado de la Resolución 305/03, que sirviera de sustento en la presente acción, cumple con su obligación de contralor de las prestaciones de los servicios y cumplimiento de las obligaciones fijadas en los contratos de concesión”.

IV. CONCLUSIONES

En base al trabajo de investigación desarrollado concluyo que dentro del concepto jurídico de particular administrado se abarcan realidades completamente diferentes como es, por ejemplo, la situación de las personas que integran grupos históricamente vulnerados en sus derechos y la de aquellos que no gozan de un nivel mínimo y esencial de un derecho humano.

La situación social y jurídica en la que se ven insertas estas personas evidencia dificultades para el acceso a diversos servicios y, también, a los mecanismos de reclamo como son el proceso judicial y el procedimiento administrativo. Surge una necesidad, en base a los parámetros del Estado constitucional social de derecho, que se eliminen las barreras propias que dificultan el acceso a estos mecanismos y las etapas posteriores vinculadas a los mismos.

Estos grupos merecen una tutela administrativa diferenciada en base al respeto y plena eficacia del principio de dignidad de la persona, de los derechos fundamentales, del principio *pro homine* y del principio de igualdad.

El principio constitucional de la tutela administrativa efectiva influye directamente en el procedimiento administrativo y se traduce en el reconocimiento de derechos que deben asegurarse y ser efectivos en sus diversas etapas. La vigencia de este principio, aplicado a grupos vulnerados, indica que los procedimientos administrativos deben ser interpretados a fin de darle plena eficacia a los derechos, garantías e institutos jurídicos vinculados con el mismo.

En la actualidad vemos como las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad se vienen aplicando y considerando con regularidad dentro de los procesos judiciales²¹. Por lo tanto, así como en el pasado se partió

21 Podemos citar, entre otras, las siguientes sentencias: Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, “*M., N. N. y otro*”, 27/09/2013, publicada en SJA 05/03/2014, 64 y RDP 2014-04, 828; Juzgado de Niñez, Juventud, Violencia Familiar y Penal Juvenil de Bell Ville “*S. V., M. J. (N-K) s/ Control de legalidad (Ley 9944 - Art. 56)*”, 10/05/2022, publicado en La Ley Next Online TR LALEY AR/JUR/64366/2022; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, “*C., I. D. c. R., L. s/ Art. 250 C.P.C.*”, 16/06/2020, La Ley Next Online TR LALEY AR/JUR/18956/2020; Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 4º nominación de Córdoba, “*B., A. F.- M. M., P. M. s/ Adopción*”, 20/08/2021, publicado en La Ley Next Online TR LALEY AR/JUR/139921/2021.

del principio de tutela judicial efectiva para que surja su par dentro del procedimiento administrativo, aquí se propone, como aporte para mejorar la Administración, que se parta de esta norma de *soft law*, y lo establecido en la misma, para interpretar adaptar el procedimiento administrativo a fin eliminar las barreras que afectan dentro del mismo a las personas que integran grupos vulnerados y darle al principio de tutela administrativa efectiva el contenido que surge del Estado constitucional social de derecho. Asimismo, la Administración debe desplegar el ejercicio de su competencia en el marco de estos procedimientos administrativos para llevar el mismo a que concluya con la emisión de una decisión útil fundada en derecho y que sea emitida en un plazo razonable.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDRIDGE, Jo, “Working with vulnerable groups in social research: dilemmas by default and design”, 14 (1), 112–130, 2012, <https://doi.org/10.1177/1468794112455041>.
- BERGER, Sabrina M., “Autodeterminación en materia de final de la vida en el caso de incapaces”, Revista DFyP, septiembre de 2015.
- BOBBIO, Norberto, Igualdad y libertad, (Barcelona: Paidós, 1993).
- CANOSA, Armando N., Procedimiento Administrativo: recursos y reclamos, Tomo 1, (Buenos Aires: Editorial Astrea, Ediciones RAP, 2017). “El procedimiento administrativo como medio de tutela para el ciudadano. Principios fundamentales”, publicado en RAP (383), 2010. “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, publicado en RAP Doctrina Pública XXVII-2, 2014.
- CASSAGNE, Juan Carlos, Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo), (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2021). Curso de Derecho Administrativo, Tomo II (Buenos Aires: La Ley, 2016).
- DIRECCIÓN NACIONAL DE ATENCIÓN A GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD, Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos Políticas públicas y compromisos internacionales”, octubre de 2011, http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos_vulnerables.pdf.
- ESCOLA, Héctor, Tratado General de Procedimiento Administrativo, (Buenos Aires: Depalma, 1981).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I (Madrid: La Ley, 1997).
- GÓMEZ LARA, Cipriano, El debido proceso como derecho humano, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coordinadora), Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- HÄBERLE, Peter, “Constitución como cultura”, publicado en el Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, N° 6, 2002.
- NEVILLE, Stephen, ADAMS, Jeffery y COOK, Catherine, “Using internet-based approaches to collect qualitative data from vulnerable groups: reflections from the field, Contemporary Nurse”, 52 (6), 657 – 668, 2015, <https://doi.org/10.1080/10376178.2015.1095056>.
- NINO, Carlos, Ética y derechos humanos, (Buenos Aires: Astrea, 2012).
- PERRINO, Pablo, “El derecho a la Tutela Administrativa Efectiva”, publicado en “El Derecho Administrativo hoy. 16 años después”, (Buenos Aires: Ediciones RAP, 2013).
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano”, publicado en A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional Nro. 47, janeiro/março – 2012,

Belo Horizonte, p. 1-272, ISSN 1516-3210. “El derecho fundamental a la buena administración en la constitución española y en la unión europea”, publicado en la Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Vol. 1, Nro. 2, Julio/Diciembre 2014, ISSN 2362-583X, Santa Fe, Argentina.

SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., Amparo y Administración en el Estado constitucional social de derecho, Tomo I, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012).

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, (Madrid – Barcelona: Marcial Pons, 2003) y “El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el principio democrático. Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa alemana”, publicado en BARNÉS, Javier y ESCRIBANO COLLADO, Pedro, El procedimiento administrativo en el derecho comparado, 1993, ISBN 84-470-0309-4.

STUPENENGO, Juan Antonio, Ejecución judicial del acto administrativo, (Buenos Aires: Astrea, 2017).



**NOVEDADES
BIBLIOGRÁFICAS**

FEDERICO MARTÍN MANIAS

IDENTIDAD DE GÉNERO Y MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA. EL CASO DE OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO

FEDERICO MARTÍN MANIAS

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 159-187

Resumen: La Ley de Identidad de Género N° 26.743 implicó un cambio silencioso de paradigma en nuestra legislación respecto de la igualdad real de trato a las personas en razón de su género, al priorizar la íntima autopercepción de la persona por sobre cualquier otra clasificación sexogenérica proveniente de la medicina o la biología. Una norma pionera a nivel mundial que despatologizó la condición de género y otorgó derechos a las personas de género no hegemónico. Esa ley fue el resultado de una evolución convencional, constitucional y normativa, y fue el origen de numerosas normas que plasmaron diferentes políticas activas en la materia. En este trabajo se busca analizar el abordaje que ha dado el derecho argentino a la identidad de género, su atadura con la realidad, las carencias que la propia realidad ha marcado, y los desafíos que se plantean en el futuro próximo. En esa línea, se analizan las políticas de género llevadas a cabo por Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado, en particular las destinadas al colectivo LGBTTTIQ+, y su impacto respecto de sus destinatarios.

Palabras clave: Identidad de género - medidas positivas - LGBTTTIQ+ - Derechos humanos - Derecho Constitucional

Abstract: The Gender Identity Law No. 26.743 implied a silent change of paradigm in our legislation regarding the real equality of treatment of people based on their gender, by prioritizing the intimate self-perception of the person over any other sexogenic classification



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

coming from medicine or biology. It was a pioneering law worldwide that depathologized gender status and granted rights to people of non-hegemonic gender. This law was the result of a conventional, constitutional and normative evolution, and was the origin of numerous norms that embodied different active policies on the subject. This paper is headed to analyze the approach that Argentine law has given to gender identity, its connection with reality, the shortcomings that reality itself has marked, and the challenges that arise in the near future. In this line, the gender policies carried out by Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado are analyzed, in particular those aimed at the LGBTTTIQ+ collective, and their impact on their recipients.

Keywords: Gender identity - positive measures - LGBTTTIQ+ - Human rights - Constitutional Law.

I. GÉNERO Y SEXO: BINOMIOS CRUZADOS

Quienes habitamos esta época somos protagonistas de una poderosa batalla cultural y social: la batalla por la inclusión. En ella está en juego el acceso al goce igualitario de los derechos por parte de todas las personas, sin distinción alguna.

Desde hace varias décadas se encuentra en crisis el modelo de exclusión que proponen los sectores conservadores de la sociedad y se ha ido abriendo paso lentamente la posibilidad de que sectores sociales históricamente postergados puedan ser considerados en pie de igualdad con el resto de la sociedad. Entre las demandas por la inclusión, el género se ha conformado como la base de una de las luchas sociales más trascendentales de nuestro tiempo, y allí confluyen no sólo las reivindicaciones feministas sino también las de los colectivos que pugnan por el reconocimiento y el respeto de sus identidades de género.

Hablamos de “género” en lugar de referirnos a “sexo” ya que el primero se suele definir como un hecho biológico y el segundo como una construcción social. En ese sentido, el Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) determinó que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se suele adjudicar a esas dife-

ferencias biológicas (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013).

Si bien el principio de igualdad tiene su origen remoto en la Revolución Francesa, con la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, ésta tenía en su germen una fuerte e insoslayable exclusión: la de las mujeres. Las mujeres que apoyaban a la revolución no podían comprender por qué ese movimiento que nació para darle voz a los oprimidos y los excluidos había dejado en la oscuridad a niños, ancianos y mujeres. Así fue que Olympe de Gouges publicó en 1791 un texto fundacional para el protofeminismo: la “Declaración de Derechos de la Mujer y la Ciudadana”.

Esa lucha tomó fuerte impulso a partir del siglo XX con el reconocimiento de derechos en favor de las mujeres, sobre todo derechos civiles y políticos. A partir de la década del ‘50, la lucha feminista gana exposición pública y notoriedad: uno de los “hitos” del feminismo fue el libro “El segundo sexo” de Simone de Beauvoir (1949, trad. en 2015), que marcaría toda la teoría y las luchas feministas posteriores:

No se nace mujer: se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; es el conjunto de la civilización el que elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica de femenino. Únicamente la mediación de otro puede constituir a un individuo como un Otro (p.371).

Numerosos estudios feministas de las décadas del ‘70 y ‘80 -la “segunda ola”- se indagó respecto de las condiciones que en cada época definieron los roles de los sexos y, fundamentalmente, cómo las estructuras de poder cristalizaron la relación jerárquica en la que las mujeres quedaron históricamente sometidas a los varones, y cómo esas jerarquías se filtraron en la vida de las personas. Esos estudios permitieron comenzar a desarmar los mitos culturalmente construidos alrededor de la asignación asimétrica y jerárquica de roles entre hombres y mujeres. Sin embargo, el feminismo de la segunda mitad del siglo XX no pudo salir de la lógica binario-biológica, que empareja los binomios sexo-género en varón/macho y mujer/hembra, y sus desarrollos quedaron estaqueados en la imagen identitaria esencial de género vinculada a la paridad sexo-genérica. Los análisis centran su validez en la realidad de los grupos a los que pertenecían esas intelectuales: europeas, blancas, cisgénero, heterosexuales, de clase media. Ejercían al mismo tiempo una jerarquización y exclu-

sión injustificadas respecto de otros sectores del feminismo.

Contra ello se posicionó Judith Butler (2007), quien con su crítica a la base heterosexual dominante en la teoría literaria feminista (p. 46) sostiene que el género no posee una esencia interna, sino que se trata de un fenómeno performativo que vive cada individuo, y se construye a través de una serie de actos que llevan a la estilización del cuerpo basada en los cánones socialmente aceptados para el género. Las señales que la persona envía a través de su vestimenta, sus movimientos, sus actitudes o las intervenciones efectuadas sobre su cuerpo (cabellos, músculos, genitales, etc.), resultan relevantes en tanto reflejan la adecuación a las expectativas sociales que corresponden a uno u otro género.

Es a nivel sociocultural donde se establece lo “real” y lo “ficticio” respecto del género de las personas, y donde se validan los cuerpos como “legítimos”. Así es como se definió el binomio y en base a él se efectúan las clasificaciones, los reclamos y las conquistas. La absoluta centralidad de la relación binaria sexo-género se observa claramente cuando se utiliza la partícula “trans” (transgeneridad o transexualidad), ya que allí se está haciendo una referencia de la posición asumida respecto del género biológicamente dado; la partícula “trans”, como prefijo, está definida por la RAE como “al otro lado de”.

Butler (2007) entiende que la estabilidad del sistema sexo-género y la binariedad normativizada han sido situadas en un campo discursivo y por ello, fuera de la discusión (p.99). Cuando la relación entre “ser” mujer y “ser” heterosexual no se pone en cuestión, se conjuga la esencia del género, ya que se supedita la noción de género a la de identidad cuando se concluye que una persona es de un género en virtud de su sexo.

Llamó a esto la “matriz heterosexual”, esto es, “la rejilla de inteligibilidad cultural a través de la cual se naturalizan cuerpos, géneros y deseos” (p.292) que funciona como parámetro para analizar y significar los cuerpos y que determina los modos aceptables para habitar los espacios como “mujer” o “varón”. Si se transgreden esas normas, esos géneros corporizados quedan sometidos a todo tipo de sanción social, desde la burla, la persecución, hasta la muerte.

Contra esto, Butler (2007) desarrolla su teoría acerca de la estructura performática del género. Sostiene que la representación del género es similar a otras obras dramáticas rituales, ya que es el resultado de la repetición de significados establecidos socialmente. Esa performatividad no es un acto singular sino la práctica reiterada en la

cual el discurso produce los efectos que él mismo nombra. Finalmente, no hay un “cuerpo puro” detrás de las categorías que lo marcan, sino que percibimos ese cuerpo a través de categorías socialmente compartidas que tienen una potencia normativa ineludible para nosotros (pp. 45-99).

Si bien la noción de género -en términos generales- ha servido para generar espacios menos discriminatorios y emancipatorios respecto de las mujeres y las disidencias de género, los grupos conservadores rechazaron sistemáticamente el uso del término, condenando lo que llaman “ideología de género” como elemento que socava las bases familiares católicas, lo cual da cuenta de la imposición de un modelo heterosexual, monogámico y reproductivo para la familia, y de la amenaza que representa para las estructuras conservadoras de poder el levantamiento del “cepo” heteronormativo (Mattio, 2012, p.86).

Durante los años noventa surgió el llamado “feminismo de la tercera ola”, que, a partir de una fuerte crítica a las concepciones y la agenda del feminismo (en particular, respecto del modelo único de mujer que abarcaba), se enfocó en “ampliar el campo de batalla” y pugnó por incorporar a la agenda las interseccionalidades que atraviesan la problemática de género, trabajo sexual, personas trans, feminismos raciales o extra-europeos. Incluso pusieron el foco en la posibilidad de que el concepto de género no fuera una creación del feminismo de los ‘60, sino que pudiera tener origen biomédico.

En la base de los estudios de Foucault en *Historia de la Sexualidad. I. La voluntad del saber*, Paul B. Preciado agrega que durante la segunda mitad del siglo XX se han multiplicado las tecnologías del cuerpo –biotecnológicas, quirúrgicas, endocrinológicas, etc.– y de representación –fotográficas, cinematográficas, televisivas, etc.– que permiten vislumbrar la existencia de una nueva forma de conocimiento y de gestión de los cuerpos en la cual el “tecnocapitalismo” ha colocado a los cuerpos sexuados como centro de la gestión vital, a través de la posibilidad de manipulación tecnologizada del sexo a través del cuerpo dado (Preciado, 2009).

La intervención de la ciencia sobre los cuerpos les otorgó una maleabilidad que permitió intervenir sobre los casos considerados “anormales” respecto de los parámetros heteronormativos (macho/hembra), y posibilitó la transformación medicalizada del propio cuerpo y su aproximación a la identidad de género autopercebida, recurso contemplado incluso por los Principios de Yogyakarta.

Según Preciado, el género no se da sino en la materialidad de

los cuerpos, es construido y enteramente orgánico, lo que elimina cualquier posible esencialismo al otorgarle al sujeto la posibilidad de ser quien lleve a cabo esa construcción. Dado que el género es una convicción interna del sujeto, ese cuerpo sexuado, tecnologizable, maleable, se transformó en terreno fértil para que los transfeminismos puedan acercarse en términos realmente materiales y corporales a las identidades de género autopercebidas.

En ese sentido se han redactado documentos e instrumentos normativos locales e internacionales, y han definido a la identidad de género:

Es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (ACNUDH, 2013, p.3).

Tal como lo explica Vázquez Laba (2019), en las últimas dos décadas, la presencia del movimiento travesti-trans-queer-no binario en la escena pública fue emergiendo desde las oscuridades y márgenes en las que lo había colocado la sociedad, para ubicarse en un lugar interpelativo de los feminismos, y reclamar que se incorporen tanto su perspectiva como sus necesidades y demandas en la agenda crítica feminista (p.112).

La historia del colectivo LGBTTTIQ+ como sujeto de lucha tanto para el cese de la violencia estatal y social contra sus integrantes, como también por la gestión de sus derechos en paridad con los restantes integrantes del cuerpo social, permite afirmar que el activismo -en particular el travesti-trans-feminista- es una herramienta fundamental para la conquista y defensa de derechos. No sólo para que se reconozcan y hagan visibles esos cuerpos y deseos, sino también para tener una vida digna, ser sujetos de la redistribución económica sin estigmatizaciones y tener activa participación política (Vázquez Laba, 2019, p.121).

II. DISCRIMINACIÓN Y GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DDHH

Se afirma que los derechos humanos tienen tres características que los distinguen de los demás derechos: son universales, absolu-

tos e inalienables.

Se dice que son absolutos porque, en caso de conflicto con otros derechos o prerrogativas, los desplazan y anulan, por lo que quedan ellos en la posición de ser satisfechos. Y no hay excepciones para ello, ni siquiera respecto de decisiones políticas tomadas por mayorías claramente democráticas; en definitiva, no son negociables.

También se afirma que son inalienables, no sólo porque no pueden ser arrebatados o quitados a las personas o porque sean tan potentes que no puedan ser ignoradas, sino principalmente porque no puede pensarse en ellos como bienes renunciables por la sola voluntad de su titular. Se adjudican a sus titulares sin su consentimiento e incluso contra él.

Finalmente, tal como lo establecen la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, los derechos humanos son universales, es decir, todos los seres humanos son iguales en la titularidad y goce de los derechos.

Sin embargo, esa igualdad de derechos es -en principio- sólo formal y retórica, ya que no todas las personas se encuentran en la misma situación de goce de derechos respecto de otras. Son numerosas las razones por las cuales las personas son privadas del disfrute de esos derechos, y por eso los instrumentos centrales de gestión de los demás derechos, como la Convención Americana de Derechos Humanos, establecen que los derechos en ellos consagrados son gozados por toda persona.

La propia CADH, al garantizar en su Artículo 1° que se garantiza el libre y pleno ejercicio de los derechos y garantías “a toda persona (...), sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, introdujo un jugoso catálogo de lo que luego se denominarían “categorías sospechosas”, ya que cualquier norma que refiera a esas categorías para establecer cualquier tipo de merma en la titularidad o goce de los derechos tendría la presunción de ser contraria a la legalidad convencional, y luego de la reforma de 1994 en nuestro país, contraria a la legalidad constitucional.

Las luchas feministas y del colectivo LGBTTTIQ+ se encargaron de develar la preeminencia en la construcción óptica de la igualdad del varón-cis-heterosexual-blancos-clasemedio/alta, por encima de cualquier otro grupo social. Una consecuencia de esas

luchas fue la incorporación de la orientación sexual y la identidad de género a esas “categorías sospechosas” en materia de derechos humanos.

III. NACIONES UNIDAS

En la última década del siglo pasado comenzó en las organizaciones internacionales de derechos humanos un creciente interés respecto de la discriminación y violencia sufrida por las personas de la comunidad LGBTTTIQ+. Las históricas conferencias de Naciones Unidas relacionadas con derechos humanos celebradas en esa época, fueron una primera oportunidad para las ONGs y activistas LGBTTTIQ+ para visibilizar la problemática; en el año 2000 aparece la primera mención relacionada con la orientación sexual, en el documento final de una reunión preparatoria regional para la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de la ONU.

Los relatores de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU eran permeables al tratamiento de temas de orientación sexual e invitaban a activistas (p.e. Lohana Berkins), lo que dio paso a la inclusión de referencias a los derechos de las personas LGBTTTIQ+ en los informes de la Comisión. Sin embargo, la férrea oposición de los países con fuerte arraigo religioso impedía la incorporación de referencias concretas a la orientación sexual en los documentos de las conferencias (Ferreya, 2015, p.5).

En 2002 se incluyeron referencias a la sexualidad en la Resolución sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de la Asamblea General de la ONU, ampliada en 2012 al concepto de identidad de género y, finalmente, en 2011 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU emitió su primera resolución sobre DDHH, orientación sexual e identidad de género y le encargó a la ACNUDH la elaboración de un informe sobre las violaciones a los DDHH basadas en dichas cuestiones en todos los países de la Tierra.

IV. LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA

En el año 2006 se reunió en la ciudad de Yogyakarta (Indonesia) un grupo de 29 expertos en derechos humanos provenientes de 25 países (Argentina, entre ellos) para desarrollar los “Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de las normas internacionales de De-

rechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, que fueron presentados en el año 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

Estos principios, si bien no constituyen normativa obligatoria para los Estados, se transformaron en el sentido común para interpretar y analizar las cuestiones relacionadas con la identidad de género en los ámbitos internacionales, ya que parten de una precisa, detallada y cruda descripción de la problemática seguida del desarrollo de 29 principios, cada uno de los cuales vincula los diferentes derechos humanos con la orientación sexual y la identidad de género de las personas, y sugiere acciones para los Estados.

Incluye apartados dedicados al derecho al disfrute universal de los derechos humanos; a la igualdad y a la no discriminación; a la vida; a la seguridad; a la privacidad; a no ser detenida arbitrariamente; a un juicio justo; el derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente; a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a la protección contra todas las formas de explotación, venta y trata de personas; al trabajo; a la seguridad social y a otras medidas de protección social; a un nivel de vida adecuado; a la educación; protección contra abusos médicos; libertad de opinión y expresión; libertad de reunión y asociación; libertad de pensamiento; libertad de movimiento; a formar una familia; a participar en la vida pública y en la vida cultural; a promover los derechos humanos; a recursos y resarcimientos efectivos; y un apartado dedicado a la responsabilidad por la violación de estos derechos.

V. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Mientras tanto, ya en 1999 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había intervenido en el caso de Marta Álvarez, lesbiana presa en Colombia que solicitó visitas por parte de su pareja. Este caso fue el primero en que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ocupó de la discriminación por orientación sexual¹.

Luego de numerosas deliberaciones a lo largo de los años, en 2008

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 71/99, Caso 11.656 “MARTA LUCÍA ÁLVAREZ GIRALDO”, Colombia, 4 de mayo de 1999.

la 38° Asamblea General de la OEA aprobó por unanimidad la resolución sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”², piedra de toque a partir de la cual se dictaron nuevas normas que profundizaron su contenido, a pesar de la presión llevada a cabo por los grupos conservadores y antiderechos del continente.

Por fin, en 2013, la Asamblea General de la OEA aprobó por unanimidad la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, primer instrumento regional de protección de los DDHH que incluye las categorías “orientación sexual” e “identidad de género” o “expresión de género”, firmada inmediatamente por varios países, incluida Argentina, y entró en vigor el 20 de febrero de 2020. Aún no fue ratificada por el Congreso Nacional argentino, lo que daría validez a la norma en nuestro territorio.

VI. EL FALLO “ATALA RIFFO Y NIÑAS”³

La Corte IDH tuvo oportunidad por primera vez de aproximarse jurídicamente a la responsabilidad de un Estado por discriminación en razón de la orientación sexual de las personas en el caso promovido por Karen Atala Riffo a partir de la restricción impuesta por la justicia chilena respecto de la guarda de sus hijas menores, con motivo de su convivencia pública con otra mujer.

La Corte IDH encontró responsable a Chile de violar sus compromisos internacionales en materia de DDHH a través de sus órganos judiciales, y por primera vez interpretó que el deber de los Estados de “no discriminar” incluye las categorías “orientación sexual” e “identidad de género”, al incluirlas en la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, en aplicación del principio de interpretación favorable a la tutela de los DDHH y el principio pro persona.

Dejó establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención y por ello queda proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual. El tribunal, de este modo, creó para el sistema interamericano de DDHH una nueva “categoría sospechosa” basada en la discriminación

2 Resolución AG/RES 2435 (XXXVIII-O/08).

3 Corte IDH, Caso “ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE”, Serie C Nro. 239, Sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

por orientación sexual.

En un párrafo notable, la Corte afirmó que:

Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios. Los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias ‘para hacer efectivos’ los derechos establecidos en la Convención.

En “Atala Riffo” la Corte IDH hizo un análisis profundamente humano de la cuestión analizada, ya que hizo pivotar la categoría en juego (“orientación sexual”) con lo que el profesor Sammartino ha denominado la “**tríada basal material**” del Estado Constitucional contemporáneo: respeto por la dignidad humana, vigencia de los derechos humanos fundamentales y el principio *pro persona* o *pro homine* (Sammartino, 2021, p.167). En efecto, el tribunal descalificó los razonamientos de las autoridades judiciales chilenas, que eran meros dispositivos de reproducción de prejuicios heteropatriarcales tendientes a sostener un modelo de familia y sociedad en el que la actividad sexual de las personas está destinada solamente a la reproducción de la especie humana.

Digamos, pues, que las sociedades mutan permanentemente y eso lleva a los Estados a reconocer nuevos derechos donde antes sólo había necesidades de grupos más o menos extensos, más o menos invisibilizados. Es por eso que las autoridades -de todos los poderes y todos los niveles estatales- deben estar en permanente alerta para evitar reproducir conductas que, injustificadamente, excluyan a una parte de la población como destinataria de las políticas públicas.

VII. IDENTIDAD DE GÉNERO. NORMATIVA ARGENTINA EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El texto original de nuestra carta magna incluyó un catálogo de derechos dentro del propio texto constitucional, al modo de un “*bill of rights*”⁴ vernáculo. Dentro del Primer Capítulo se estableció uno de los principios rectores e interpretativos para todos los derechos allí enumerados: el principio de igualdad ante la ley, contenido en el Artículo 16.

4 “*The Bill of Rights*” en la Biblioteca del Congreso de los EEUU: <https://guides.loc.gov/bill-of-rights>. Consultado el 18/07/2022

Dicha norma dispone que “[l]a Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. En los hechos, se trata de una igualdad formal, casi retórica, dispuesta para quienes eran sujetos de derecho en la época de la sanción de la Constitución: varón-cis-heterosexual-blanco-propietario. De algún modo, los “ciudadanos” de la tradición romana.

La reforma de 1994 tuvo una fabulosa potencia en materia de expansión y protección de los derechos. En dos incisos del artículo 75 de la nueva Constitución se cambió profundamente el concepto de igualdad ante la ley: el inciso 22, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos allí enumerados; y el inciso 23, que obliga al Congreso de la Nación a

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

De ese modo, la nueva Constitución implicó un nuevo modelo de igualdad, ya que pasó de la igualdad formal a un modelo con el norte puesto en la igualdad real de oportunidades, que reconoce las desigualdades fácticas de ciertos grupos e impone la intervención del Estado a través de medidas positivas que permitan hacer efectiva la igualdad en el ejercicio de los derechos (Gargarella-Guidi, 2019, p.486).

A ello se suma el control de constitucionalidad que ejerce el poder judicial, y que surgió a partir de una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que al resolver los casos “Elortondo” (Fallos 33:162) y “Sojo” (Fallos 32:120), entre otros, aplicó la doctrina sentada en “*Marbury vs. Madison*” por la Corte Suprema de los Estados Unidos, habida cuenta que el texto constitucional norteamericano fue una de las principales fuentes para el constituyente de 1853, particularmente en la redacción del Artículo 31 que establece el principio de supremacía.

Ese control de constitucionalidad comprende también el denominado “control de convencionalidad” que expresamente establece la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, cada vez que un tribunal lleve a cabo el control de constitucionalidad, deberá

tener en cuenta el texto de dicha Convención y los demás pactos internacionales elevados a categoría constitucional por el Art. 75 inc. 22 de la Constitución.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido extendiendo el alcance de ese control de convencionalidad, haciéndolo obligatorio primero para todos los jueces⁵, luego para todos los órganos vinculados a la administración de justicia⁶, de oficio⁷ y, finalmente, lo extendió a toda autoridad pública⁸, cualquiera sea la representación que le quepa en el Estado.

Esa obligación de los Estados respecto de las obligaciones internacionales que surgen de la Convención Interamericana de Derechos Humanos fue aceptada y asumida como propia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sentenció en “Ekmedjian” (Fallos 315:1492) “que la interpretación de la CADH debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH”; que los fallos de la Corte Interamericana son “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos” (“Mazzeo”, M. 2333.XLII); además de la importancia que exige la correspondiente y adecuada coordinación del sistema de control de constitucionalidad y el de convencionalidad, y la obligación de los jueces de ejercer de oficio ambos controles (“Rodríguez Pereyra”, R.401.XLIII).

En definitiva, la propia Constitución incluyó los derechos, los universalizó, obligó al Estado a generar políticas activas de igualdad real y estableció un sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad que permiten asegurar la real vigencia de esos derechos para todas las personas.

VIII. POLÍTICAS PÚBLICAS. MEDIDAS POSITIVAS

Ese mandato igualitario que establece nuestra constitución convencionalizada exige a la administración la construcción de una

5 Caso Almonacid Arellano y otros. CIDH - Serie C N°154, sentencia del 26 de septiembre del 2006.

6 Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, CIDH - Serie C No. 220, sentencia de 26 de noviembre de 2010.

7 Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, CIDH - Serie C No. 158, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

8 Caso Gelman Vs. Uruguay, CIDH - Serie C N° 221, sentencia de 24 de febrero de 2011.

organización que, en un primer nivel de análisis, reconozca a los habitantes en su identidad individual, colectiva y humanitaria, para propender a la concreción del mandato ético universal de la realización humana. Las administraciones estructuran las injerencias del Estado con la finalidad de buscar la igualdad en el acceso a los derechos. A eso denominamos “acciones positivas” (Gutiérrez Colantúno, 2019, pp.4-6), y entre ellas se suele distinguir entre objetivos y cuotas: mientras los objetivos marcan un programa de acción positiva no cuantificada, las cuotas establecen una reserva de un mínimo garantizado de plazas para el grupo destinatario (Osborne, 1997, p.68).

En definitiva, las políticas públicas positivas toman como base la existencia de una desigualdad estructural, entendiendo a la igualdad como situación opuesta a la creación o perpetuación de grupos en situación de subordinación o sometimiento (Saba, 2021, p.79). Las acciones afirmativas implican un trato diferente a personas integrantes de ciertos grupos por su calidad de tales, y que les reconocen prerrogativas que otras personas que no pertenecen a esos grupos no tienen, para con ello poder equiparar oportunidades producto de diferencias potenciales, prejuicios o condicionantes socioculturales (Schreginger, 2019, p.149).

IX. MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN MATERIA DE IGUALDAD E IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNO

La crisis del 2001 trajo aparejada una catástrofe en términos socioeconómicos, ya que grandes masas poblacionales que componían la clase media quedaron excluidas de los más elementales derechos. Más de la mitad de la población se encontraba por debajo de la línea de la pobreza. La marginalidad y la exclusión se hicieron evidentes en las calles.

La llegada del presidente Néstor Kirchner al poder (y su continuación en los dos períodos presidenciales de Cristina Fernández de Kirchner) implicó la gestión de políticas contrapuestas al paradigma neoliberal, y se redefinieron las relaciones entre el Estado, el mercado y la sociedad. Se dio inicio a un papel activo del Estado caracterizado, entre otras cuestiones, por una agenda de ampliación de derechos para la ciudadanía.

Respecto del colectivo LGBTTTIQ+, la primera norma trascendente en orden a cimentar un cambio cultural fue la Ley 26.150 de

Educación Sexual Integral, que generó una fuerte polémica con sectores religiosos. Esta norma habilitó la discusión y el aprendizaje por parte de los educandos de contenidos relacionados no sólo con las relaciones sexuales “reproductivas” o heterosexuales, sino con la vivencia de la sexualidad por parte de las personas, independientemente del género o la orientación sexual.

Ya en 2010 se produjo un verdadero hito en la conquista de derechos por parte del colectivo LGBTTTIQ+, con la sanción de la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario. Fue el resultado de un extensísimo debate en la sociedad, con muchos meses de discusión, marchas (a favor y en contra), exposición en los medios de comunicación que incluyeron la transmisión de las sesiones en canales de televisión. Fue la primera puerta que las organizaciones (encabezadas por la FALGBT) consiguieron abrir tras muchos años de duras luchas por la igualdad de derechos (Tabbush, 2016, p.28).

X. LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO

Poco tiempo después se sancionó la Ley 26.743 de Identidad de Género. En el momento de su sanción no tuvo gran repercusión política ni mediática, y quedó “camuflada” detrás del hito marcado por la Ley de Matrimonio Igualitario.

Como estrategia para dar argumentos a los legisladores, las organizaciones LGBTTTIQ+ judicializaron los reclamos: iniciaron procesos judiciales para solicitar el matrimonio entre personas del mismo sexo (Barrancos, 2019, p.504), y para la modificación documental y la intervención corporal sobre el sexo asignado (Tabbush, 2016, p.46). Las sentencias, sin embargo, se valían de categorías patologizantes como “transexualismo” o “Trastorno de la identidad de género” (Farji Neer, 2014, p.28).

Por su parte, la propia CSJN revisó la doctrina que había sentado en el caso “Comunidad Homosexual Argentina” (Fallos 314:1531) y en el caso “ALITT” (Asociación de Lucha por la Identidad Transvesti Transsexual) consideró que los integrantes del colectivo que representa la asociación “no sólo sufren discriminación social, sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los nu-

merosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad” (“ALITT”, A.2036.XL.RH). Esa contundencia en el diagnóstico, proveniente del poder más conservador del Estado, era una clara señal de que los tiempos estaban cambiando.

La Ley 26.743 es una de las leyes más avanzadas del mundo en materia de identidad de género (Menin, 2015, p.635), ya que tiene como principios centrales la despatologización, desmedicalización y desjudicialización de la identidad de género.

En su Artículo 2º, la ley conceptualiza la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”, en idénticos términos a los Principios de Yogyakarta.

Los Artículos 3º y 4º de la ley contemplan la posibilidad de efectuar *cambios registrales* y en la documentación personal sin necesidad de intervención judicial ni intervención médica de ninguna clase. Sólo se establecen tres requisitos básicos: mayoría de edad (o menores a través de sus representantes legales), la presentación de una nota ante el Registro Nacional de las Personas, y la manifestación del nombre de pila elegido.

Esta norma colocó a nuestro país a la vanguardia en la materia, ya que en otros países, para acceder al cambio de sexo en sus documentos, las personas trans deben transitar previamente tratamientos médicos, como la reasignación de género o el tratamiento hormonal, lo que resulta contrario al respeto de la integridad física, la dignidad, la libertad y la autonomía de las personas (Leonardi - Rossi, 2013, p.9).

El Artículo 11 amplía el derecho a la salud de las personas transvestis, transexuales y transgénero a acceder a “intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa”, prestaciones incorporadas al Programa Médico Obligatorio (PMO).

El Artículo 12 dispone que la identidad de género adoptada debe ser respetada en todos los ámbitos, públicos o privados, y cuando la persona deba ser nombrada en público, sólo se debe utilizar el nombre de pila de elección, aunque aún no haya concretado el cambio registral y de documentación. En el caso de que sea necesario registrar los datos obrantes en el documento de identidad, deberá utilizarse un método que “combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido”. De este modo se respeta la elección de la persona, su identidad y se permite su compatibilidad con los registros públicos que aún no han sido modificados.

XII. NORMAS DICTADAS COMO CONSECUENCIA DE LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO.

Esta ley trascendental permitió la apertura de un lento pero fructífero proceso de expansión, y abrió un generoso panorama de posibilidades normativas que poco a poco se han ido concretando.

En apretada síntesis, las derivaciones normativas más relevantes de la Ley de Identidad de Género han sido las siguientes:

Modificación de los formularios para incorporación de datos en los diferentes registros (de la Propiedad Automotor⁹, de las Personas¹⁰, entidades financieras¹¹, Poder Judicial de la Nación¹²), relativas al reconocimiento registral de la identidad de género de extranjeros¹³ o de los ciudadanos argentinos nacidos en el exterior o naturalizados¹⁴;

9 Disposición 227/2013 de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios, modificatoria del Digesto de Normas Técnico-Registrales del Registro Nacional de la Propiedad Automotor.

10 Decreto 1007/2012 de Rectificación registral de sexo y cambio de nombre/s de pila e imagen. 02/07/2012.

11 Comunicación “A” 5709 del Banco Central de la República Argentina. 15/02/2015.

12 Resolución 265/2019 del Consejo de la Magistratura. 03/10/2019.

13 Resolución Conjunta 2/2012 de la Dirección Nacional de Migraciones y 1/2012 de la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas. 14/12/2012.

14 Resolución 493/2013 de la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas. 10/4/2013.

Posibilidad de que las personas que soliciten el cambio registral, cuenten con tres opciones para consignar en el campo “sexo” de su Documento Nacional de Identidad: “Femenino”, “Masculino” y “X”. Esta última comprende las acepciones “no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercebida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino”¹⁵;

Ley 27.499, “Ley Micaela”, que establece la capacitación obligatoria en materia de género y violencias para todas las personas que presten funciones en cualquier nivel y jerarquía, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación¹⁶;

“Programa para la prevención de la violencia y la promoción de la igualdad de género en el deporte”, con objetivos de formación de los deportistas en la igualdad y perspectiva de género¹⁷;

Programa de capacitación en perspectiva de género y diversidad para el sector privado “Formar Igualdad”, con el objetivo de “promover la sensibilización y capacitación en perspectiva de género y diversidad en el sector privado, desde un enfoque de derechos humanos, desarrollo y sustentabilidad”¹⁸;

La Ley 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo establece la protección del derecho de “mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar” a decidir la interrupción voluntaria de un embarazo en curso.

15 Decreto 476/2021, Artículo 4°.

16 Ley 27499. Ley Micaela de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del estado. B.O. 10/01/2019.

17 Resolución Conjunta 5/2020. Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y Ministerio de Turismo y Deportes. 24/08/2020.

18 Resolución 254/2021. Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. 08/06/2021.

Transversalización de políticas de género en el Estado Nacional^{19 20 21 22};

Lineamientos de igualdad de género en empresas y sociedades del Estado²³, consistentes en: 1) Creación de áreas especializadas en género; 2) Favorecer la corresponsabilidad de trabajadores y trabajadoras en las tareas de cuidado de personas a su cargo; 3) Adoptar políticas de inclusión de mujeres y LGTBI+; 4) Adopción de medidas de prevención y erradicación de las violencias por razones de género.

XIII. POLÍTICAS DE INCLUSIÓN ECONÓMICA, PRODUCTIVA Y LABORAL

La primera medida específica de este tipo fue la extensión de la cobertura del Seguro de Capacitación y Empleo²⁴ a personas desempleadas cuya identidad de género no sea coincidente con el sexo asignado al momento de su nacimiento.²⁵;

Programa “Igualar” para la igualdad en géneros en el trabajo y la producción²⁶;

Programa “Producir”, para promover el desarrollo de “proyectos de vida con independencia económica de mujeres y LGTBI+ que atravesen o hayan atravesado situaciones de violencias por motivos de género, mediante el fortalecimiento de proyectos productivos y de

19 Decreto 680/2020. Gabinete Nacional para la Transversalización de las Políticas de Género. 17/08/2020.

20 Resolución 83/2020. Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. Programa de fortalecimiento del acceso a derechos para personas travestis, transexuales y transgénero. 04/07/2020.

21 Resolución 353/2022. Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. 29/06/2022.

22 Resolución 82/2021. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. 14/05/2021.

23 Decisión Administrativa 1744/2020. Jefatura de Gabinete de Ministros. Lineamientos para la igualdad de género en las empresas y sociedades del estado. 23/09/2020.

24 Decreto N° 336/06. Seguro de Capacitación y Empleo. 29/03/2006.

25 Resolución 331/2013. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. 29.10.2013.

26 Resolución 220/2020. Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. 28/09/2020.

unidades económicas a organizaciones sociales”²⁷;

“Programa Interministerial HABITAR EN IGUALDAD”, con la finalidad de impulsar políticas públicas habitacionales y de desarrollo urbano con perspectiva de género, dirigidas a mujeres y LGBTI+²⁸;

“Programa Nacional para el fortalecimiento de la perspectiva de género e igualdad en la diversidad en el desarrollo rural ‘SEMBRAR IGUALDAD’”, que tiene como objetivo principal “fortalecer, desde una perspectiva de género, interseccional y de derechos humanos, las políticas públicas y acciones de la sociedad civil que garanticen la igualdad en la diversidad de mujeres y LGBTI+ en contextos de ruralidad”²⁹.

XIV. NORMAS DE CUPO

Una de las acciones positivas de inclusión e igualdad más difundidas es, sin dudas, la reserva de puestos de trabajo para determinado grupo social desaventajado. Los denominados “cupos” fueron implementados en materia política, al establecer primero un 30% (Ley 24012) y luego un 50% (Ley 27412) de participación obligatoria del género femenino en las listas de candidatos a ocupar cargos electivos. También existen requisitos de cupo femenino en numerosas actividades: asociaciones sindicales (Ley 25674), órganos de administración de personas jurídicas (Resolución General IGJ 34/2020), entre otras.

Con el antecedente de la Ley 14783 de la Provincia de Buenos Aires “Diana Sacayán”, a través del Decreto 721/2020 se estableció el cupo laboral del 1% en todo el Sector Público Nacional, para ser cubierto por personas travestis, transexuales y transgénero, hayan o no realizado el cambio registral y documental.

La Ley 27636, denominada “Diana Sacayán-Lohana Berkins” establece, entre otras medidas positivas, un cupo del 1% del personal de todo el Estado Nacional en sus tres poderes, los Ministerios Públicos, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públi-

27 Resolución 186/2021. Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. 23/04/2021.

28 Resolución Conjunta 4/2021, Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat y Ministerio de las Mujeres, Géneros e Igualdad. 01/06/2021.

29 Resolución 357/2021. Ministerio de las Mujeres, Géneros e Igualdad. 30/07/2021.

cos no estatales, las empresas y sociedades del Estado. A diferencia del Decreto 721/2020, se incluye a los tres poderes del Estado, y la novedad de la inclusión de los entes públicos no estatales como el PAMI o los colegios profesionales;

XV. LENGUAJE NO SEXISTA E INCLUSIVO

Sin profundizar en cuestiones técnico-científico-lingüísticas, podemos afirmar que el lenguaje NO es inclusivo, ya que para definir necesita recortar y excluir (Gasparri, 2020, p.32).

Ese recorte aparece con la representación del masculino como neutro, y en la afirmación de que un lenguaje neutro podría representar a todos los géneros. Ese uso del masculino como genérico abona la idea de la masculinidad como “objetiva, natural, efectivamente neutra, y todo lo demás como connotado, artificial y producido” (Vasallo, 2021, p.99). Y allí, donde resulta necesario zurcir de algún modo esos recortes que establece el lenguaje, aparece el lenguaje inclusivo como una apuesta por la multiplicidad, ya que permite el reconocimiento de la identidad autopercebida, el nombre propio y el pronombre escogidos, y no da por sentada ninguna identidad, particularmente a partir de la mera legibilidad corporal, lo que podría resultar especialmente violento (Gasparri, 2020, p.44).

En esa línea, a partir de 2020 se publicaron numerosas normas que obligan al uso del lenguaje no sexista e inclusivo en la redacción de documentos en diferentes ámbitos y niveles del Sector Público (Secretaría General de la Presidencia de la Nación³⁰, Empresas y Sociedades del Estado³¹, INAES³², ANSES³³, Ministerio de Obras

30 Resolución 274/2020. Secretaría General de la Presidencia. 31/08/2020.

31 Decisión Administrativa 1744/2020. Jefatura de Gabinete de Ministros. “Lineamientos para la igualdad de género en las empresas y sociedades del estado”. 23/09/2020.

32 Resolución 900/2020. Instituto Nacional de Asociacionismo y Economía Social. Guía de pautas de estilo del lenguaje inclusivo. 16/10/2020.

33 Resolución 418/2020 Administración Nacional de la Seguridad Social. Utilización de lenguaje inclusivo y no sexista. 24/11/2020.

Públicas³⁴, Ministerio de Salud³⁵, entre muchos otros). Un paso de especial relevancia en ese sentido fue el cambio de denominación de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, que a partir del Decreto 808/2021 pasó a denominarse “Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado”³⁶.

En ese sentido, la “Guía para una comunicación con perspectiva de género” publicada por el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, brinda útiles herramientas para concretar ese cambio cultural.³⁷

XVI. EL CASO DE OPERADORA FERROVIARIA SOCIEDAD DEL ESTADO (SOFSE)

Creada por el Artículo 7º de la Ley 26.352, la Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOFSE) tiene a su cargo la prestación de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros que le sean asignados. Funciona bajo la figura jurídica de las Sociedades del Estado (Ley N° 20.705 y disposiciones pertinentes de la Ley N° 19.550).

El capital social de SOFSE se encuentra en manos del Estado Nacional, y funciona en jurisdicción del Ministerio de Transporte. En tanto sociedad del Estado, constituye una especie de descentralización, entendiendo a ésta como la forma de hacer efectiva la actividad de la Administración Pública a través de un ente separado de la Administración Central, con personalidad jurídica propia y constituido por órganos también propios que expresan la voluntad de ese ente.

En la actualidad, SOFSE opera comercialmente a través de su marca registrada “Trenes Argentinos Operaciones”, y cuenta con algo más de 24.000 empleados.

En 2014 comenzó el recorrido dentro de las políticas de género.

34 Resolución 193/2020. Ministerio de Obras Públicas. Programa para la transversalización de las políticas de género y diversidad. 22/12/2020.

35 Resolución 952/2022. Ministerio de Salud. Uso del lenguaje y la comunicación no sexista e inclusiva. 09/05/2022.

36 Decreto 808/2021. Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado.

37 “Guía para una comunicación con perspectiva de género” publicada por el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. Consultada el 26/07/2022 en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_para_una_comunicacion_con_perspectiva_de_genero_-_mmgyd_y_presidencia_de_la_nacion.pdf

En 2018 se elaboró un protocolo de atención a situaciones de violencia de género y discriminación en el ámbito ferroviario, actualmente vigente. Contempla diversas instancias de abordaje a las situaciones de violencias por motivos de género (doméstica, institucional y laboral): la creación de un área de abordaje inmediato y un consejo consultivo interdisciplinario para las situaciones de violencia de género laboral e institucional.

En la actualidad cuenta con un área específica, la Unidad de Políticas de Géneros y Diversidad. Se establecieron los lineamientos en la materia³⁸, con foco en la atención de situaciones de violencia, capacitaciones, creación de un “Observatorio de Géneros Ferroviario”, desarrollo de relaciones estratégicas con organismos gubernamentales y de la sociedad civil y la promoción de una comunicación con mirada de géneros y diversidad, promoviendo el uso de un lenguaje no sexista en el ámbito organizacional.

XVII. POLÍTICAS Y ACCIONES DESARROLLADAS

Esos lineamientos toman forma en las políticas activas que se han implementado.

POBLACIÓN DESTINATARIA DE LAS POLÍTICAS: El ferrocarril es una actividad fuertemente masculinizada, con una marcada cultura heteropatriarcal que se transmite, incluso, entre generaciones³⁹. Si bien en 2020 existía un 13% de personal femenino y hoy ha alcanzado un 15%, la igualdad de géneros está muy lejos aún. Por otro lado, a pesar de las incorporaciones de personal travesti-trans, existen dificultades para cumplir con el cupo que establece la Ley 27.636.

TRANSVERSALIDAD: Para la transversalización de las políticas de géneros a las distintas áreas de la empresa se ubicó dentro del organigrama a la Unidad de Géneros con dependencia directa de la Jefatura de Gabinete de la Presidencia del Directorio.

CAPACITACIÓN: Es una de las líneas de trabajo más fuertes. Se están desarrollando varias líneas de capacitación, entre las que se en-

38 Disponibles en <https://www.argentina.gob.ar/transporte/institucional/generos-y-diversidad>.

39 Es muy habitual la “familia ferroviaria”: padres e hijos que trabajan en el ferrocarril o parejas que se forman en el ámbito ferroviario. De las entrevistas realizadas surge la existencia de una transmisión generacional de prejuicios heteropatriarcales.

cuentran un programa de gestión menstrual; prevención y erradicación de las violencias; capacitaciones emergentes frente a situaciones de violencia laboral o institucional; Ley Micaela; finalmente, capacitación específica en la especialidad de señaleros, que históricamente no tuvo mujeres y a raíz de su incorporación surgió la necesidad de capacitar en géneros.

COMUNICACIÓN: La comunicación del área es diseñada con el objetivo de instalar una agenda con contenidos feministas, en un lenguaje no sexista, para llegar a todos los lugares donde se encuentran les trabajadorxs, con comunicaciones que rompan estereotipos y mandatos de género. Se trabaja en mensajes claros como que “los trabajos no tienen género” o que “los talentos no tienen etiqueta” para desmitificar la masculinidad obligatoria de las distintas especialidades. Respecto de la utilización de lenguaje no sexista e inclusivo, se ha elaborado una guía aún no publicada.

VIOLENCIAS: El tratamiento de las violencias es uno de los ejes principales de la labor desarrollada. Se reciben numerosas denuncias por la violencia institucional que ejerce el personal de la empresa hacia personas usuarias. Por ello este año, a los canales existentes (teléfono 0800, libros de quejas) se sumaron nuevos canales de ingreso de denuncias o reclamos, lo que incluye un procedimiento con las fuerzas de seguridad y personal de prevención. Esas acciones involucran a los brigadistas de seguridad que van arriba de la formación, a los centros de monitoreo, la aplicación “Trenes Seguros” y una serie de “tótems” ubicados en estaciones, tanto para situaciones de violencia doméstica en la calle, violencia callejera respecto de desconocidos o violencia institucional.

En los casos de violencia institucional o laboral interviene el Consejo Consultivo para el Tratamiento de Situaciones de Violencia de Género, que analiza la situación y solicita al área de Recursos Humanos la realización de un informe de comportamiento laboral del trabajador involucrado⁴⁰ y, en caso de que existan elementos que permitan considerar probado el hecho y dar cuenta de lo sucedido, se aplican las sanciones que correspondan a los trabajadores, y se los

40 Se denomina “informe de comportamiento laboral” al procedimiento sancionatorio interno que se encuentra contemplado en los cuatro Convenios Colectivos de Trabajo que tiene suscritos Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado. Consiste en la posibilidad de que el trabajador efectúe un descargo respecto de una conducta que se le imputa y que podría ser pasible de sanción.

convoca a una instancia de capacitación.

LICENCIA POR VIOLENCIAS: El mencionado protocolo contempla la posibilidad de que la persona trabajadora (mujer o LGBTTTIQ+) que sufre violencias por razones de género pueda obtener una licencia especial por ese motivo.

IDENTIDAD DE GÉNERO. DIVERSIDADES: Una dificultad para la implementación de la Ley de Identidad de Género es que los sistemas internos registran los datos de las personas trabajadoras en el marco del binarismo. Al ingresar las primeras trabajadoras trans, se presentaron ciertos obstáculos para cargar sus datos de acuerdo con su identidad autopercebida, ya que el sistema no lo contemplaba.

En 2021 se planteó al proveedor del sistema ERP la necesidad de adaptar las pantallas de carga del sistema a las disposiciones de la Ley de Identidad de Género, lo que se logró recientemente, en diciembre de 2022.

Por su parte, existe incompatibilidad entre el registro de la identidad autopercebida con la información que surge de organismos externos como la AFIP o las entidades financieras -que no han tenido la flexibilidad suficiente para adaptar sus registros a la Ley-, Esas situaciones se encararon una por una, acompañando al personal en ese trance.

Respecto de las personas usuarias, una importante política pública positiva es la modificación del sistema de venta de pasajes y la posibilidad de incorporar no sólo el DNI no binario sino además el “nombre deseado”. Hoy es posible que las personas adquieran su pasaje en base a su identidad autopercebida sin haber hecho el cambio registral.

CUPO LABORAL TRAVESTI-TRANS: Es una de las cuestiones que presenta mayores dificultades de cumplimiento, ya que por un lado se encuentra restringida la posibilidad de ingreso de personal y los ingresos se concretan, en gran parte, a través de las bolsas de trabajo con que cuentan los sindicatos; por otro lado, la dificultad ya explicada respecto de los sistemas repercute en una incorrecta mensura de la realidad actual de la población trabajadora de la empresa. Estas dificultades no permiten vislumbrar un horizonte temporal de cumplimiento de dicho cupo.

RED LGBTTTIQ+: Como una acción de apoyo y acompañamiento a las personas trabajadoras de la comunidad LGBTTTIQ+, la Unidad de Géneros convocó a una mesa de diversidad en la que participaron cerca de 20 personas de todo el país. Esta reunión per-

mitió comenzar a tender una red entre las personas LGBTTTIQ+ del colectivo, para poder reconocerse en los distintos lugares de trabajo.

OBRAS DE INFRAESTRUCTURA: Está en construcción en la estación Once un espacio de baño sin género para les trabajadorxs que ejercen su transición de género en el ferrocarril. Este es un reclamo muy habitual desde las personas con identidades de género no hegemónicas, ya que no son aceptadas en ninguno de los sanitarios.

XVIII. CONCLUSIONES

La Ley de Identidad de Género es una valiosa herramienta en el reconocimiento de los derechos de las personas con géneros no hegemónicos. Los paradigmas de despatologización, desmedicalización y desjudicialización no sólo dan a las personas la herramienta directa para el reconocimiento de su identidad de género, sino que además permiten a las administraciones elaborar políticas avanzadas y de mayor proximidad con relación a la problemática del colectivo LGBTTTIQ+.

No empecé lo dicho, el hecho de que la Ley de Identidad de Género se haya mantenido en situación de letargo durante mucho tiempo y que, recién con la creación de un Ministerio específico en materia de géneros, se hayan abierto numerosas políticas públicas destinadas a la integración socioeconómica y laboral de uno de los colectivos más marginalizados y excluidos de toda la sociedad.

La agenda de género de Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado, en primer lugar, cumple con los lineamientos establecidos en las diferentes vertientes normativas que se aplican al tema. Esa agenda es generosa y busca extender los beneficios de la condición ciudadana a todas las personas trabajadoras y usuarias, en particular, mujeres y LGBTTTIQ+. Sin embargo, las características poblacionales y culturales del ferrocarril no allanan el camino, sino que plantean fuertes desafíos al necesario cambio cultural.

Si bien en la agenda de género de SOFSE existen acciones o políticas destinadas específicamente al colectivo trans, todas sus acciones y políticas de género se enmarcan en el reconocimiento y respeto de la identidad de género de todas las personas, trabajadoras o usuarias, de Trenes Argentinos Operaciones. Muchas de ellas resultan herramientas valiosas que podrían ser implementadas en

otros organismos del Sector Público.

Los desafíos que se presentan son copiosos. El camino por recorrer se adivina largo y con obstáculos. Sólo un trabajo sostenido en el tiempo, con políticas coherentes a los dictados de la ley, permitirá contar con dispositivos efectivos para mejorar la situación de las personas trans, y que ya no se sientan “desamparades” en el camino de su propia identidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (20 de noviembre de 2013). *Orientación sexual e identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>
- Badeni, G. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional: edición actualizada y ampliada*. La Ley.
- Barrancos, D. (2019). Géneros y sexualidades disidentes en la Argentina: de la agencia por los derechos a la legislación positiva. En Barrancos, D. *Devenir feminista. Una trayectoria político-intelectual* (pp. 479-513). Editorial de la Facultad de Filosofía y Letras-CLACSO.
- de Beauvoir, S. (2015). *El segundo sexo*. (Trad. A. Martorell). Ediciones Cátedra. (Trabajo original publicado en 1949).
- Butler, J. (2007). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. (Trad. M. A. Muñoz). Paidós Ibérica. (Trabajo original publicado en 1990).
- Farji Neer, A. (abril 2014). Las tecnologías del cuerpo en el debate público. Análisis del debate parlamentario de la Ley de Identidad de Género argentina. *Sexualidad, Salud y Sociedad, Revista Latinoamericana* (16), 50-72. <http://hdl.handle.net/11336/35222>
- Ferreira, M. E. (junio 2015). El libre ejercicio de la orientación sexual, la identidad y/o expresión de género y la diversidad corporal en los sistemas internacionales y regionales de DDHH. *Revista Derechos Humanos* (10), 3-20. Ediciones Infojus. <http://www.saij.gob.ar/descarga-archivo?guid=/lmooprst-uvwd-oc-tr-inac-fl60280f1.pdf&name=CF160280F1.PDF>
- Gargarella, R. y Guidi, S. (2019). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. (Tomo I). La Ley.
- Gasparri, J. (2020). Acerca del lenguaje inclusivo. Cuestiones teóricas, razones políticas. En Kalinowski, S., Gasparri, J., Pérez, S. y Moragas, F. *Apuntes sobre lenguaje no sexista e inclusivo*. (pp. 31-67). UNR Editora.
- Gutiérrez Colantuono, P. (2019). Administraciones heterogéneas: miradas inclusivas y con perspectivas. En IVANEGA, M. (dir.). *Igualdad y género* (pp. 3-18). La Ley.
- Laporta San Miguel, F. (nov. 1987). Sobre el concepto de derechos humanos. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (4), 23-46. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.01>.
- Leonardi, C. y Rossi, F. (marzo 2013). Identidad de género, un derecho en avance. En *Asociación por los Derechos Civiles. Serie Documentos de difusión* (3) <https://salutsexual.sidastudi.org/resources/inmagic-img/DD23305.pdf>
- Mattio, E. (2012). ¿De qué hablamos cuando hablamos de género? Una introducción conceptual. En: Morán Faúndes, J.; Sgró Ruata, M. C. y Vaggione, J. M.

- (eds.) *Sexualidades, desigualdades y derechos: reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos* (pp. 85-103). Ciencia, Derecho y Sociedad Editorial. <https://programadssr.files.wordpress.com/2013/05/de-quc3a9-hablamos-cuando-hablamos-de-gc3a9nero-una-introduccion3b3n-conceptual.pdf>
- Menin, F. (2015) La identidad de género como derecho humano: la legislación argentina. *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano*. (Año XXI), 627-641. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr37.pdf>
- Osborne, R. (1997). Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad. En *Revista Papers* (53), 65-76. Universitat Autònoma de Barcelona.
- Principios de Yogyakarta.
- http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf
- Preciado, B. (2009). Biopolítica del género. En AA.VV. *Conversaciones feministas*. Ají de Pollo.
- Rodríguez, A. (Noviembre 2013). El cuerpo como campo de litigio religioso y político. En *Revista Punto Género* (3), 99-121. <https://revistapuntogenero.uchile.cl/index.php/RPG/article/download/30269/32033/>
- Saba, R. (2021). *Más allá de la igualdad formal de la ley*. Siglo Veintiuno Editores.
- Sammartino, P. (otoño 2021). Las bases de la responsabilidad del Estado. En *Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado* (Año 5, Nº 5), 155-237. <https://revistaecae.ptn.gob.ar/index.php/revistaecae/article/download/27/33/64>
- Schreginger, M. (2019). Violencia de género en la organización estatal. En IVANEGA, M. (dir.). *Igualdad y género*. (pp. 109-162). La Ley.
- Tabbush, C., Díaz, M., Trebisacce, C. y Keller, V. (abril 2016). Matrimonio igualitario, identidad de género y disputas por el derecho al aborto en Argentina. La política sexual durante el kirchnerismo (2003-2015). En *Sexualidad, Salud y Sociedad, Revista Latinoamericana* (22), 22-55. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2016.22.02.a>
- Vasallo, B. (2021). *Lenguaje inclusivo y exclusión de clase*. Larousse.
- Vázquez Laba, V. (2019) *Feminismos, género y transgénero. Breve historia desde el siglo XIX hasta nuestros días*. UNSAM Edita.



DOSSIER

**Las regulaciones de
las inteligencias artificiales**

ARIEL VERCELLI

MARIANA DE SIQUEIRA

OSCAR NISS

MARCUS VINÍCIUS FILGUEIRAS JÚNIOR

BÁRBARA MURACCIOLE

DOSSIER “LAS REGULACIONES DE LAS INTELIGENCIAS ARTIFICIALES”

Para la Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado (Revista ECAE), N° 9, AÑO 2023 (enero – junio), primer semestre.

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 191-194

ÍNDICE TEMÁTICO:

[1] Las inteligencias artificiales y sus regulaciones: pasos iniciales en Argentina, aspectos analíticos y defensa de los intereses nacionales.

Por Ariel Vercelli (Argentina)

[2] Estado brasileiro e inteligência artificial: experiências práticas e limites jurídicos.

Por Mariana de Siqueira (Brasil)

[3] La Ciberdefensa ofensiva y la Inteligencia Artificial: Aproximaciones prospectivas al uso de armas cibernéticas autónomas.

Por Oscar Niss (Argentina)

[4] Inteligencia artificial en la Administración Pública: la interpretación legal a la luz del principio precautorio y democrático.

Por Marcus Vinícius Filgueiras Júnior (Brasil)

[5] Estrategia de Inteligencia Artificial en Uruguay: transparencia algorítmica, acceso a la información pública y protección de datos personales.

Por Bárbara Muracciole (Uruguay)



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

Presentación del Dossier “Las reglaciones de las inteligencias artificiales” (texto para sumar a la presentación general de la revista)

El número 9 de la Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado (Revista ECAE) también incluye el Dossier sobre “Las regulaciones de las inteligencias artificiales”, coordinado por el Dr. Ariel Vercelli, (Investigador de CONICET – INHUS / UNMdP) y que consta de cinco contribuciones proveniente de juristas y funcionarios de Argentina, Brasil y Uruguay. Las inteligencias artificiales (IA) están generando profundos cambios en nuestras sociedades. No se trata de algo que podría ocurrir, sino de dispositivos tecnológicos que ya están en pleno funcionamiento y que afectan la vida cotidiana de millones de personas a nivel global. Qué regular de las IA y, sobre todo, cómo hacerlo, se han convertido en temas relevantes y estratégicos, tanto para el mundo del derecho como para el desarrollo científico-tecnológico nacional/regional.

Dada la impronta de la temática y los desafíos que presenta para la abogacía pública tanto en su faz de asesoramiento como de defensa del Estado, este dossier resulta un aporte fundamental para los temas de derecho administrativo que son el núcleo de esta publicación. La ECAE está muy interesada en promover este tipo de saberes, de acercar conocimientos innovadores para nuestro ámbito de estudio y de práctica profesional.

La primera de las contribuciones del Dossier se titula “*Las inteligencias artificiales y sus regulaciones: pasos iniciales en Argentina, aspectos analíticos y defensa de los intereses nacionales*” y fue escrita por el Dr. Ariel Vercelli (Abogado, Escribano, Doctor en Ciencias Sociales y Humanidades – UNQ e Investigador de CONICET, República Argentina). En el artículo se analizan críticamente las relaciones entre las IA y sus regulaciones. En un primer momento se consideran varias iniciativas políticas sobre IA en Argentina (desde una olvidada estrategia nacional en 2018/9 hasta la implementación de un Chatbot del Estado Nacional en 2023). Y, en segundo lugar, se presentan tres aspectos analíticos sobre IA que podrían ser útiles para proyectar políticas públicas y regulaciones sobre la base de la soberanía tecnológica y la defensa de los intereses nacionales / regionales.

La segunda de las contribuciones del Dossier, escrita en portu-

gués, lleva por título “*Estado brasileiro e inteligência artificial: experiências práticas e limites jurídicos*”, y fue escrita por la Dr. Mariana de Siqueira (Abogada y Doctora en Derecho Público de la Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, República Federativa del Brasil). El objetivo central del artículo es analizar la adopción, por parte del Estado brasileño, de sistemas de inteligencia artificial (IA) en el período 2019 - 2022. Específicamente, se analizan las experiencias brasileras en el uso de las IA en la seguridad pública, la administración tributaria pública y en el ámbito judicial. En el artículo se describe cómo el derecho positivo y la jurisprudencia han trazado límites para la inserción de estas tecnologías en los servicios públicos y para la protección de los derechos fundamentales.

La tercera de las contribuciones para el Dossier se titula “*La Ciberdefensa ofensiva y la Inteligencia Artificial: Aproximaciones prospectivas al uso de armas cibernéticas autónomas*” y fue escrita por el Lic. Oscar Niss (Licenciado en Administración Pública, Subsecretario de Ciberdefensa de la Nación desde 2019, Ministerio de Defensa, República Argentina). El artículo se aboca a explorar cuáles son los usos de las IA que podrían estar afectando la ciberdefensa. Puntualmente, en el estado actual, la protección del ambiente cibernético, ¿podría estar migrando de sistemas defensivos hacia sistemas proactivos impulsados por tecnologías disruptivas como la Inteligencia Artificial (IA)? En el artículo se analizan la legislación nacional y los instrumentos internacionales vinculados a los conceptos de ciberespacio, inteligencias artificiales, armas y ciberarmas autónomas.

La cuarta de las contribuciones al Dossier lleva el título de “*Inteligencia artificial en la Administración Pública: la interpretación legal a la luz del principio precautorio y democrático*” y fue escrita por el Dr. Marcus Vinícius Filgueiras Júnior (Abogado, Magíster en Direito do Estado - PUCSP y Doctor en Ciencias Jurídicas - UCA, República Federativa del Brasil). En el artículo se analiza la relación entre los sistemas normativos y los usos de las inteligencias artificiales (IA) en administraciones públicas. El autor lleva adelante su análisis a través de varios principios jurídicos: precautorio, publicidad, motivación, democrático, transparencia y explicabilidad. A pesar de su relevancia, las IA encuentran límites para su utilización por parte de la Administración Pública en materias que pueden causar daños irreversibles o que requieren competencias discrecionales.

La quinta contribución al Dossier lleva por título “*Estrategia de Inteligencia Artificial en Uruguay: transparencia algorítmica, acceso a la información pública y protección de datos personales*” y escrito por la Dra. Bárbara Muracciole (Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales - UDELAR y miembro de la Asesoría Jurídica de la Presidencia, República Oriental del Uruguay). En el artículo se analiza la estrategia de inteligencia artificial uruguaya y su relación con el contexto normativo nacional: en particular, su relación con la Ley N° 18.381 / 2008 (acceso a la información pública) y la Ley N.º 18.331 / 2008 (protección de datos personales). Se analiza cuán factible es la estrategia uruguaya de IA a la luz de los conceptos de transparencia activa y pasiva y del derecho de las personas a conocer qué algoritmos utilizan los organismos públicos uruguayos.

No dudamos que todas estas contribuciones serán de mucho interés para profesionales, docentes y público en general.

LAS INTELIGENCIAS ARTIFICIALES Y SUS REGULACIONES: Pasos iniciales en Argentina, aspectos analíticos y defensa de los intereses nacionales¹

DR. ARIEL VERCELLI
INHUS - CONICET / UNMDP

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 195-217

Resumen: El desarrollo y expansión de las inteligencias artificiales está generando profundos cambios en las sociedades. No se trata de algo que podría ocurrir, sino de dispositivos tecnológicos que ya están en funcionamiento y afectan la vida cotidiana de millones de personas a nivel global. Tan amplios y profundos son estos cambios que, inevitablemente, surgen preguntas y cuestionamientos. ¿Cuántas IA realmente existen y están funcionando? ¿Para qué sirven? ¿Cuánto nos afectan como personas y cuánto como poblaciones? ¿Es necesario regular las IA? El presente artículo busca analizar críticamente cuáles son los problemas actuales, intereses nacionales y relaciones entre las regulaciones y las IA. Se consideran algunas iniciativas en materia de políticas y regulaciones de las IA que se han desarrollado en Argentina (desde una olvidada estrategia nacional hasta la implementación

1 El artículo se desarrolló gracias al apoyo del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP), la Sociedad Argentina de Informática (SADIO) y Bienes Comunes A. C. La investigación se desarrolla dentro del Instituto de Humanidades y Ciencias Sociales (INHUS / CONICET - UNMDP) y el Grupo de Investigación ‘Ciencia, Tecnología, Universidad y Sociedad’ (CITEUS), OCA 347/05, Facultad de Humanidades, UNMDP. El presente artículo retoma y complementa las ideas presentadas en la jornada “Inteligencia Artificial en el ámbito parlamentario”, del 8 de noviembre de 2022, organizadas por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (HCDN), Dirección General de Innovación y la Fundación Sociedades Digitales (FSD).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

de un Chatbot del Estado Nacional). A su vez, se presentan tres aspectos analíticos sobre IA que podrían ser útiles para proyectar políticas públicas y regulaciones en Argentina. El artículo forma parte de una investigación mayor que analiza las relaciones de co-construcción entre las IA y sus regulaciones y se propone fortalecer las políticas públicas y las regulaciones sobre la base de la soberanía tecnológica y la defensa de los intereses nacionales / regionales.

Palabras clave: inteligencias artificiales, regulaciones, políticas públicas, Argentina

Abstract: The development and expansion of artificial intelligence is generating profound changes in societies. It is not about something that could happen, but is about technological devices that are already in operation and affect the daily lives of millions of people globally. So wide and deep are these changes that, inevitably, questions and questions arise. How many AIs actually exist and are they working? What are they for? How much do they affect us as people and how much as populations? Is it necessary to regulate AIs? This article seeks to critically analyze what are the current problems, national interests and relationships between regulations and AI. Some initiatives in terms of AI policies and regulations that have been developed in Argentina are considered (from a forgotten national strategy to the implementation of a National State Chatbot). In turn, three analytical aspects on AI that could be useful to project public policies and regulations in Argentina are presented. The article is part of a larger investigation that analyzes the co-construction relationships between AI and its regulations and aims to strengthen public policies and regulations on the basis of technological sovereignty and the defense of national / regional interests.

Keywords: artificial intelligence, regulations, public policies, Argentina

I. INTRODUCCIÓN: LA EFICIENTIZACIÓN DEL MUNDO Y LAS TENSIONES POR SU REGULACIÓN

El desarrollo y expansión de las inteligencias artificiales (en adelante IA²) está generando profundos cambios en las sociedades.

2 En términos amplios se denomina inteligencia artificial (IA) / artificial intelligence (AI) a un conjunto de técnicas que usan el procesamiento de las computadoras para imitar las conductas o llevar adelante tareas que requieren de inteligencia humana o una inteligencia animal no-humana (aprender, predecir, tomar decisiones, percibir el entorno a través de visión, reconocimiento de voz,

En la última década, el exponencial aumento de las capacidades de procesamiento, el extractivismo de todo tipo de valor (material e intelectual), la disponibilidad de grandes datos personales y poblacionales y el desarrollo de los aprendizajes automáticos³, entre otros, permitieron avances significativos en las IA que interpelan diferentes estructuras sociales: comercio, arte y cultura, política, administración pública, derechos humanos, entre muchas otras. Tan amplios y profundos son estos cambios que, inevitablemente, emergen cuestionamientos en relación a sus posibles consecuencias y la necesidad de su regulación.

Al igual que otras creaciones humanas, las IA están atravesadas por toda la paleta de colores de nuestra condición (lo bueno, lo malo, lo sublime, el poder, la tragedia). Las diferentes oleadas de eficientización del mundo que están trayendo las IA están muy lejos de ser neutrales. Nada parece escapar a esta nueva traducción del mundo digital, donde se impone una eficientización constante y rutinaria de todo tipo de procesos, una supuesta optimización del tiempo, del aprovechamiento de los espacios y un amplio control tanto de las conductas humanas como de las no-humanas.

Las IA no son sólo una promesa sino también un presente que, de forma más o menos perceptible, se encuentran involucradas en las más diversas experiencias cotidianas. Las IA específicas (débiles,

etc.). A través del uso de “algoritmos” y “entrenamientos”, las inteligencias artificiales (sean programas / artefactos / máquinas / sistemas), con diferentes grados y niveles, pueden ser diseñadas para mejorar sus procesos u operaciones en el tiempo sin requerir la intervención directa e inmediata de seres humanos. No obstante, como recuerda Crawford (2022: 29), en el estado actual de las IA “los sistemas de IA no son autónomos, racionales, ni capaces de discernir algo sin un entrenamiento extenso y computacionalmente intensivo, con enormes conjuntos de datos o reglas y recompensas predefinidas” (Crawford; 2022: 29).

3 El aprendizaje automático / de máquinas (*machine learning*) es la rama de la inteligencia artificial donde los algoritmos son programados y entrenados (con datos de entrenamiento) para que aprendan por sí mismos (con mayor o menor supervisión humana). El aprendizaje de las máquinas se da a través de “ciclos” y de “lógicas de entrenamiento”. El aprendizaje automático y la ciencia de datos se están usando para los más diversos fines: marketing y perfiles de consumo, reconocimiento facial, predicciones emocionales, sistemas de defensa, conducción autónoma, control social y criminología, diagnósticos médicos, control de pandemias, entrenamientos, sistema educativo, sistemas de justicia (Fenol, 2018).

estrechas)⁴, en franco crecimiento desde hace una década, ya se encuentran embebidas dentro de todo tipo de dispositivos y sistemas socio-tecnológicos. Las IA parecen estar por todos lados, más aún luego de las medidas de aislamiento a partir del COVID 19 (Arellano Toledo, 2021). Su utilización intensiva se ha ensamblado, y permite, el funcionamiento de complejos sistemas: transporte, salud, comunicación, alimentación, participación política, etc. Incluso, es posible afirmar que las IA son omnipresentes, ubicuas (Coeckelbergh, 2021) y, no sorprende que, como continuidad del capitalismo industrial, comiencen a ser de las más rentables a nivel global (Crawford, 2022).

Las IA podrían redundar en enorme beneficios, pero también podrían estar profundizando viejos problemas como la desigualdad y el desempleo masivo⁵ (Fu-Lee, 2020). Ahora bien, frente a este escenario, ¿existen relevamientos sobre cuántas IA realmente existen y están funcionando? ¿De qué están hechas, quiénes las hicieron, para qué sirven? A su vez, ¿podríamos lamentarnos de crear inteligencias omnipresentes y fuera de nuestro control? ¿En algún momento se podrán “desenchufar”? ¿Cuánto nos afectan como personas y cuánto como poblaciones? ¿Dónde deberíamos discutir democráticamente estos temas? El crecimiento industrial vertiginoso de las IA anticipa un malestar en la cultura tecnológica y la emergencia de varios problemas yuxtapuestos:

(a) Es posible identificar el uso intensivo de las IA, una fuerte afectación de las poblaciones y un profundo desconocimiento sobre qué cantidad, calidad y funciones tienen estos dispositivos a nivel mundial (¿cuántas IA podrían considerarse activas?). Por diferentes motivos, muchas de estas IA no son fácilmente identificables o visibles. Incluso, es posible afirmar que muchas IA están ocultas por diferentes motivos: ser secretas, de vigilancia y control, estar protegidas por derechos intelectuales o secretos industriales y/o ser cerradas y privativas;

4 Las IA pueden clasificarse en IA generales (o “fuertes”), una especie de superinteligencia que, por el momento, solo existe como concepto teórico y, por el otro, en IA específicas (o “débiles”) que son las que ejecutan una función a la vez y se vinculan a todo tipo de actividades del mundo real.

5 Para Fu-Lee “*la verdadera amenaza subyacente que plantea la inteligencia artificial: un tremendo desorden social y colapso político derivados del desempleo generalizado y de la enorme desigualdad.*” (Fu-Lee, 2020: 44).

(b) Las IA no son transparentes: incluso, en algunos casos, como los de aprendizaje automático y redes neuronales, es imposible arribar a una explicabilidad de sus procedimientos y resultados⁶. Muchas son consideradas “cajas negras” y, además, no pueden abrirse sin afectar derechos intelectuales que funcionan como una garantía corporativa para usos ocultos y abusivos. Los humanos podrían dejar de comprender qué es lo que ellas hacen y, sobre todo, cómo lo hacen;

(c) Se advierte una complejidad creciente de las IA y una fuerte dependencia que estos desarrollos tecnológicos industriales comienzan a generar en la vida cotidiana. Esta situación se vio potenciada por la pandemia del COVID 19, que marcó el *tempo* de utilización masiva de estos dispositivos tecnológicos a partir de las condiciones de aislamiento masivo. Ciertos usos de la IA se impusieron, otros debieron comenzar a utilizarse por fuerza mayor y otros por conveniencia y oportunidades de negocios.

A los malestares y complejidades antes descritos se suman también abundantes preguntas en el campo de las regulaciones. ¿Es posible que sólo la sanción de una ley nacional pueda aportar soluciones sobre estos fenómenos? ¿Y si fueran necesarias varias leyes (con múltiples actualizaciones)? En caso afirmativo, ¿cuántas leyes y reformas serían necesarias? Entre otros sectores críticos y urgentes, qué ocurriría con las regulaciones sobre los “sistemas autónomos” (por ejemplo, automóviles, transportes, armas, drones, humanoides)⁷ (Scharre, 2018; Turner, 2019; Navarro-Michel, 2020), qué ocurriría con la autodeterminación informativa (frente a los problemas suscitados por el uso de IA para microsegmentar las poblaciones y enviar propaganda/publicidad)⁸, los derechos intelectuales sobre las IA

6 Las IA que utilizan el aprendizaje automático profundo de las redes neuronales (*deep learning*) no permiten saber a los humanos qué tipo de decisiones están tomando. Así, se pierden la transparencia y la explicabilidad de sus procedimientos (Calvo, 2019). Este tipo de IA se las podría definir como “cajas negras”.

7 Donde el cambio de enfoque es radical: en los sistemas autónomos ya no es el programador (o especialista en datos) el que selecciona y decide qué datos van a correr para conseguir un resultado, sino que es la misma IA la que selecciona los datos para obtener los resultados.

8 La manipulación de audiencias comienza a utilizar la extracción de

(patentes, derecho de autor, secretos, regímenes especiales)⁹ o los desafíos que conllevan las incorporaciones de las IA en las administraciones públicas (a nivel nacional, provincial o municipal)¹⁰.

El presente artículo busca analizar críticamente cuáles son los problemas actuales, intereses nacionales y relaciones entre las regulaciones y las IA. Estas indagaciones iniciales forman parte de una investigación mayor que procura analizar las relaciones de co-construcción entre las IA y las regulaciones y avanzar sobre sus aspectos políticos y la defensa de los intereses nacionales / regionales. A continuación, en un primer momento, se consideran algunas iniciativas en materia de políticas y regulaciones de las IA que se han desarrollado en Argentina (desde una olvidada estrategia nacional hasta la implementación de un Chatbot¹¹ para la administración

grandes datos personales y la violación masiva y sistemática de la privacidad de las personas y poblaciones con fines electorales (Vercelli, 2021). La autodeterminación informativa comienza a ser un tema clave para la democracia, tal y como lo ha mostrado el caso Facebook / Cambridge Analytica.

9 Las relaciones entre derechos intelectuales e IA son complejas. Van desde cómo proteger el valor intelectual hasta problemas más técnicos como las autorías y las titularidades (¿pueden las IA, actuales y/o las venideras, ser consideradas “autores/as” o “titulares de derechos”?), las consideraciones sobre si una IA puede ser una obra intelectual o si su regulación se va a orientar más hacia las patentes o al derecho de autor (¿tal vez un régimen especial sobre IA?) (Yamamoto, 2018). Algunas posiciones sobre las IA podrían profundizar las históricas diferencias que mantienen el ‘copyright’ (de tradición inglesa y del common law) y el ‘derecho de autor y derecho de copia’ (de tradición francesa-germana y del derecho civil) (Vercelli, 2023).

10 La incorporación de estas tecnologías puede darle un soplo vivificante al rol del estado. Estas herramientas pueden redundar en que el estado retome las deudas internas con su población y avance en resolver temas clave como el hambre, la indigencia y la inclusión social. Un punto clave: la incorporación de estas tecnologías no es sustitutiva de ninguno de los agentes que trabajan en la administración pública. Aprendizaje de máquina y aprendizaje humano van de la mano, en simultáneo. Las IA no deben transformarse en un instrumento de opresión para el/la trabajador/a ni opacar la transparencia y racionalidad de los actos administrativos (Filgueiras Junior, 2020). Al respecto, sobre cómo usar ciencia de datos para la administración pública, está disponible la “hoja de ruta” de Fundación Sadosky (Martínez, et. al., 2022).

11 Chatbot / Robot-de-Charla: son programas de computación que funcionan en sitios web y aplicaciones de telefonía móvil para mantener conversaciones imitando a seres humanos. Utilizan lenguajes naturales, tanto en texto como en audios, y sirven como primeras respuestas imitando un operador humano. Se usan generalmente para respuestas automatizadas, consultas con clientes o

nacional). En un segundo momento, el artículo se aboca a presentar tres aspectos analíticos que podrían ser útiles para proyectar políticas y regulaciones sobre las IA en la República Argentina.

II. PRIMEROS ESBOZOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y REGULACIONES SOBRE IA EN ARGENTINA

El crecimiento de las IA a nivel mundial y su expansión industrial trajeron también discusiones, posiciones y declaraciones a favor y en contra de estos desarrollos científico-tecnológicos. Desde hace, al menos, una década han proliferado las declaraciones que, con mayor o menor especificidad, han oscilado entre vanagloriar los beneficios o alertar sobre los peligros que las IA representan para la humanidad¹². A su vez, durante estos años, también han sido prolíficos los documentos e informes de organismos internacionales: entre otros, OCDE (2019), UNESCO (2020; 2021) o WIPO/OMPI (2019). En particular, se destaca la gran producción de estrategias y políticas públicas nacionales¹³ orientadas a diseñar, planificar e implementar las IA: entre las más relevantes se cuentan las posiciones estratégicas de China, EE.UU. y la Unión Europea¹⁴. Aunque Argentina todavía no sancionó leyes específicas de IA ni avanzó en políticas integrales en este sector tecnológi-

respaldo para tramites con la administración pública. Entre los más avanzados con IA se encuentran los Chat-GPT (generative pre-trained transformer / transformadores generativos pre-entrenados) de la corporación OpenIA.

12 Las numerosas declaraciones y documentos relacionados con las IA en el plano internacional se orientan, en la mayoría de los casos, a denunciar los peligros que conllevan estas inteligencias y, sobre todo, a advertir sobre los diferentes principios y desafíos éticos que la temática tiene en el futuro inmediato. Se pueden mencionar, provenientes del mundo académico, la Declaración de Montréal, donde se establecen criterios para una IA responsable (Montréal Declaration, 2018; 2022) o, la de Toronto (2018), vinculada a equidad y no discriminación. Algunas ONGs también se han pronunciado: entre otras, la “Campaña para detener los Robots Asesinos / Campaign to Stop Killer Robots” en contra del uso de armas autónomas y del uso deshumanizado de las IA (SKR, 2021).

13 Se destacan países como China, Japón, Canadá, Francia, EE.UU., Finlandia, Corea del Sur o Brasil (Siqueira, 2021).

14 La Unión Europea también cuenta con un EU White Paper (2020). Asimismo, están trabajando sobre una estrategia común de todos los países y en avanzar sobre un Reglamento General sobre IA para el 2025 (Arellano Toledo, 2022).

co, no obstante, sí es posible identificar, al menos, cinco iniciativas relacionadas a las IA y que resultan relevantes para el análisis:

2.1. ArgenIA: La primera de estas iniciativas fue elaborada durante el gobierno del Presidente Mauricio Macri, entre 2018 y 2019, y llevó por título “Plan Nacional de Inteligencia Artificial” ArgenIA (2019). Aunque se denomine “Plan”, en realidad, se trata más de un informe, una descripción general sobre la temática de las IA, que de una proyección de política pública sobre qué hacer en la República Argentina. El informe se escribió durante el 2018 y 2019, con reuniones durante siete meses, dentro de la Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva (por ese entonces había dejado de ser Ministerio)¹⁵. Se trata de un informe descriptivo, tal vez un instrumento inicial, escrito en potencial (“podría”, “debería”), y con una idea lineal de innovación. El informe se centró, entre otros puntos, en la necesidad de formar RR.HH (a los que denomina talentos), en la importancia del uso de los datos (públicos, más que privados), la infraestructura computacional y la ética y las regulaciones (ArgenIA, 2019: 182). Sobre este último punto, el informe considera que las numerosas regulaciones públicas sobre las IA y su desconocimiento pueden funcionar como una barrera contra la innovación. Este sentido negativo sobre las regulaciones públicas atraviesa todo el plan: en el informe final se confundió (no se diferenció) las regulaciones sobre las IA con los problemas éticos que éstas pueden plantear. A pesar que ArgenIA expresó querer contribuir al desarrollo nacional (sustentable) (ArgenIA, 2019: 5) y articularse tanto con la Agenda Digital Argentina 2030 como con la Estrategia Nacional Argentina Innovadora 2030, el “Plan Nacional” nunca llegó a discutirse públicamente ni a implementarse. A finales de 2019, con el cambio de gobierno, el informe fue rápidamente olvidado.

15 Específicamente, según consta en el Anexo 1 (ArgenIA, 2019: 234), el plan fue desarrollado por la Secretaría de Gobierno de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, a través de coordinación de la Secretaría de Planeamiento y Políticas en Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva (SPPCTI). Durante 2018 y 2019 se llevaron adelante reuniones, consultas y mesas de trabajo multisectoriales con diferentes instituciones y referentes en la temática (32 mesas de trabajo presenciales, con referentes del sector público, privado, científico-tecnológico, académico, ONG y organismos internacionales (ArgenIA, 2019: 235).

2.2. Recomendaciones sobre Ética de la Inteligencia Artificial de UNESCO:

Si bien las discusiones sobre ética acompañaron a las IA desde sus inicios, hace algunos años que también se comenzó a discutir fuertemente a nivel internacional qué hacer con sus problemas y, sobre todo, cuál debía ser la intervención de los estados en sus soluciones. Uno de los primeros espacios donde se comenzó a discutir la temática fue en la UNESCO (Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura / United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization). En noviembre de 2019 los Estados Miembros adoptaron la Resolución 40 C/37 donde se reconocía la importancia que las IA comenzaban a tener para los países en desarrollo. Puntualmente, se solicitó a la Directora General un instrumento normativo internacional sobre la Ética de la IA en forma de recomendación para su reunión 41 (2021). En marzo de 2020 se creó un Grupo Especial de Expertos con el objetivo de avanzar sobre las recomendaciones. En agosto y setiembre de 2020 se publicó el anteproyecto y para 2021 la versión definitiva de las Recomendaciones sobre Ética de la Inteligencia Artificial (UNESCO, 2021). La República Argentina es parte firmante de las recomendaciones de UNESCO que, en su documento final, contiene varios puntos muy destacables sobre IA, ética y derechos humanos. Sin embargo, al igual que otros documentos de agencias internacionales (los de OCDE u OMPI), el enfoque sobre los problemas éticos de las IA y los antecedentes que se tuvieron en cuenta estuvieron influidos por los países desarrollados (sobre todo los Europeos) y mostraron una nula participación de los países de América Latina¹⁶. Existe, sobre este instrumento, un segundo nivel de problemas relacionado al objetivo final de las recomendaciones: se busca que los estados miembros puedan crear leyes y dictar reglamentos u otras medidas prácticas destinadas a garantizar que la utilización de la IA sea hecha de conformidad a los parámetros constitucionales y legales nacionales o internacionales y de conformidad con los derechos humanos. Es decir que, lejos de abocarse a los numerosos y complejos temas de ética e IA, las recomendaciones tienen una pre-

16 De hecho, revisando los antecedentes y considerandos que redactó el Comité de Expertos de la UNESCO, es posible observar que no se tuvieron en cuenta documentos de la región sur (MERCOSUR / UNASUR): si es posible encontrar antecedentes de América del Norte, Asia, Europa y África, pero ninguno de América del Sur.

tensión normativa (de reflexión normativa sistemática y universal) para con los Estados Miembros. Al respecto, hacia finales de 2022, tuvieron lugar otras dos iniciativas que vincularon a la UNESCO con el gobierno argentino. En noviembre de 2022 se desarrolló un nuevo encuentro con los responsables de UNESCO Montevideo en torno a temas de inteligencia artificial: específicamente, se analizaron posibles acciones conjuntas entre la Secretaría de Innovación Pública del estado Argentino y la UNESCO Montevideo para colaborar sobre la adopción de las Recomendaciones sobre la Ética de la Inteligencia Artificial (2021) (análisis de impactos, monitoreo y evaluaciones sobre aplicaciones de IA). En diciembre de 2022 la Argentina también participó del Foro Global sobre Ética de la Inteligencia Artificial, a través de la Subsecretaría de Tecnologías de la Información y de la Secretaría de Innovación Pública (participación remota). El evento se realizó en República Checa y tuvo como eje la identificación de las mejores prácticas regulatorias y marcos institucionales para fomentar y garantizar el desarrollo ético de la IA. Finalmente, en noviembre de 2022, desde la Fundación Sadosky (Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de la República Argentina) se publicó una hoja de ruta para favorecer el uso de IA en el estado nacional que llevó por título “Innovar con Ciencia de Datos en el sector público” (Martínez, et. al., 2022).

2.3. Centro Argentino Multidisciplinario de Inteligencia Artificial (CAMIA): Durante el gobierno de Alberto Fernández, y por Resolución 90 de noviembre de 2021, el entonces Secretario de Asuntos Estratégicos, Gustavo Beliz, creó el Programa de Inteligencia Artificial, dentro de la órbita de la Dirección Nacional de Gestión del Conocimiento, Subsecretaría del Conocimiento para el Desarrollo, dentro de la Secretaría de Asuntos Estratégicos de la Presidencia de la Nación. El programa nació con el objetivo de brindar apoyo al Consejo Económico y Social para el desarrollo de actividades vinculadas a la promoción de inteligencia artificial (Resolución 90, 2021). A partir de estas funciones del Consejo, el 5 de abril de 2022 se presentó formalmente el ‘Centro Argentino Multidisciplinario de Inteligencia Artificial’ (CAMIA). A su vez, el 7 de junio de 2022 se realizó un segundo evento llamado “Foro Internacional de Inteligencia Artificial: hacia un Centro Argentino Multidisciplinario de Inteligencia Artificial”, con la intención de discutir algo más sobre la arquitectura institucional de CAMIA. En particular, un diseño que pueda servir

para I) Promover una participación activa de los actores públicos y privados del ecosistema de IA; II) Generar mecanismos para la identificación y priorización de necesidades de formación (desarrollo de talentos), de investigación aplicada y de servicios a las empresas; III) Promover la transferencia tecnológica al sector productivo; IV) Garantizar la sustentabilidad financiera de mediano y largo plazo del centro (CEyS, 2022a; CEyS, 2022b).

2.4. Pacto Global sobre Inteligencia Artificial / Global Partnership on Artificial Intelligence (GPAI): En los mismos eventos en que se fueron perfilando los rasgos iniciales de CAMIA, realizados en Casa Rosada, la Argentina también firmó su adhesión al ‘Pacto Global de Inteligencia Artificial’ (GPAI, por sus siglas en inglés)¹⁷. El GPAI se construyó como una iniciativa con participación de múltiples actores (científicos, industriales, sociedad civil, gobiernos, organismos internacionales, academia) con la finalidad de cooperar y tender puentes entre la teoría y la práctica de la IA. El GPAI busca, además, financiar investigaciones y actividades aplicadas a las prioridades en IA y, sobre todo, al respeto de los derechos humanos, inclusión, diversidad, innovación y crecimiento económico. El GPAI se construyó a partir de las recomendaciones sobre IA de la OCDE / OECD, su Secretaría está bajo su órbita, y se la considera una iniciativa que se ideó dentro del G7. El GPAI es impulsado por Japón, Francia y Canadá (sobre todo en su parte francófona). Se lanzó en 2020 y cuenta, a inicios de 2023, con 29 países asociados: entre ellos, Argentina, Brasil y México, por América Latina. El GPAI tiene fuerte participación Europea, la participación de los EE.UU. no es muy activa y, en relación a las otras potencias mundiales sobre IA, no cuenta con las participaciones de China y Rusia.

2.5. Chatbot del Estado Nacional “TINA”: También durante la gestión del Presidente Alberto Fernández, desde la Secretaría de Innovación Pública, Jefatura de Gabinete de Ministros, se propuso la creación de un servicio de “Chatbot del Estado Nacional”, basado en un programa de Inteligencia Artificial (IA), que pueda automatizar tareas simulando una conversación con el usuario en lenguaje natural a través de sitios web, aplicaciones móviles o por teléfono móvil

17 Sitio web: <https://gpai.ai/>

(la herramienta, por sus características conversacionales, se orienta a facilitar las comunicaciones con los ciudadanos las 24 horas y a generar una experiencia personalizada a través de la aplicación “Mi Argentina”. Conforme al Artículo 1 de la Resolución 14 (2022) de la Secretaría de Innovación Pública, el Chatbot recibió el nombre de “TINA”, “Chatbot del Estado Nacional”, como herramienta de asistencia virtual a la ciudadanía. A su vez, TINA se articula con el Perfil Digital del Ciudadano “Mi Argentina” (del portal argentina.gob.ar) y se establece para su funcionamiento un número de WhatsApp (con número de teléfono oficial y verificado 1139101010). La resolución solicita que el Chatbot esté disponible en los portales web y se invita a las provincias y municipios a adherirse al servicio. A través de la Disposición 1 (TINA, 2022), la Subsecretaría de Servicios y País Digital delineó los términos y condiciones de TINA. El acceso y uso de Tina es voluntario y se realiza a través de una cuenta registrada en Facebook Messenger, de un teléfono verificado de WhatsApp o del acceso vía argentina.gob.ar. (TINA, 2022). A través de la Disposición 1 (2023), en el mes de febrero de 2023 se creó la Base de Datos denominada “CHATBOT DEL ESTADO NACIONAL -TINA” que, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326, permite la interacción entre TINA y las/los usuarios/as del canal de atención. La responsable de la Base de Datos será la Subsecretaría de Servicios y País Digital (Secretaría de Innovación Pública, JGM).

III. ASPECTOS ANALÍTICOS Y RECOMENDACIONES PARA REGULAR LAS IA

Las regulaciones de las IA sigue siendo un tema relativamente nuevo. Si bien cuenta con abundante producción internacional, aún falta tiempo para poder avanzar en evaluaciones de estrategias nacionales y políticas públicas. Sin embargo, en el estado actual, al menos es posible advertir ciertas tendencias y, sobre todo, algunas ausencias en relación a la regulación de las IA. Al respecto, la segunda parte del artículo, está dedicada a incorporar al debate algunos aspectos analíticos relevantes que podrían ser útiles a la hora de considerar y repensar qué regulaciones sobre IA convienen a la República Argentina y a la región sur. A continuación se describen tres aspectos analíticos que podrían favorecer las discusiones sobre qué estrategias nacionales, políticas públicas y

regulaciones sobre IA se necesitan en Argentina:

3.1. Singularidad vs. Pluralidad: ¿inteligencia o inteligencias artificiales? El primero de los aspectos analíticos a considerar se relaciona con el tipo de fenómenos que se está intentando regular: ¿se trata de un sólo fenómeno o se trata de una multiplicidad de ellos? Es decir, ¿se trata de una superinteligencia artificial, una singularidad¹⁸, o de una pluralidad de inteligencias artificiales? Esta pregunta, al parecer sin mucha trascendencia, está anclada en la historia misma de las IA y resulta relevante a la hora de proyectar qué y cómo regular estos fenómenos. El recorrido histórico por las IA, desde la década del ‘50, muestra cambios profundos en sus definiciones y enfoques¹⁹. En sus inicios las IA eran programas de computación (software ejecutándose en una computadora) orientados a imitar cualquiera de las conductas humanas. Sus desarrollos estaban orientados en base a reglas (normas, leyes) (en inglés, *rule base approach*) definidas por los programadores. Las IA y sus desarrollos pasaron varios años de oscuridad (también llamados inviernos) hasta que, en la década del 2000, a partir del desarrollo del aprendizaje de máquinas y de los modelos entrenados automáticamente por computadoras, se pasó a una nueva etapa de IA conocida como enfoque conducido por datos (*driven data approach*). Este cambio favoreció, a su vez, que la definición de IA no sólo esté abocada a un tipo de IA general (o fuerte)

18 Por “singularidad tecnológica”, o “singularidad”, se entiende un posible momento futuro, en el que una superinteligencia artificial podría superar la inteligencia humana y representar una amenaza para la humanidad. El concepto fue trabajado por John von Neuman, Vernor Vinge y Ray Kurzweil. Incluso, este último plantea que una hipotética singularidad podría presentarse para el 2045 (Kurzweil, 2005). Desde sus inicios la temática de las IA estuvo atravesada por la ciencia ficción y por escenarios tecnológicos utópicos (las IA crearán un paraíso en la tierra) y distópicos (las IA serán el fin de la humanidad).

19 Alcanza con repasar como han cambiado radicalmente los temas clásicos de las IA: entre otros, mente humana, inteligencias, conciencia, conductas, aprendizajes, sentidos humanos, intuición, percepción, creatividad, alma, lenguajes (naturales o formales). El concepto de IA nació en los ‘50 y desde entonces ha ido nutriéndose y desarrollándose a partir de los conocimientos producidos, entre otras disciplinas, de la matemática, estadística, informática, ingeniería, filosofía, psicología, y, más recientemente, de la ciencia de datos, la sociología, el derecho. Por ello, muchas de las definiciones históricas se muestran hoy llenas de sentidos históricos pero también algo ambiguas para precisar qué regulaciones convienen a esta fase del desarrollo tecnológico.

(una especie de superinteligencia) y se comiencen a visibilizar más el desarrollo de IA “específicas” (o “débiles”), caracterizadas por ejecutar una tarea o función a la vez y ser aplicables al mundo real. Puntualmente, son estas IA específicas las que están generando un gran cambio en el mundo real a partir de su capacidad combinatoria para desarrollar todo tipo de aplicaciones industriales conocidas o a desarrollarse²⁰. Por tanto, y tomando distancia de una supuesta singularidad, resulta conveniente observar que las IA son plurales, múltiples y diversas. Este primer ajuste analítico-conceptual sobre las IA es de gran relevancia en el campo de las regulaciones. ¿Cuántas IA existen o existirán en los próximos años? Muchas, tal vez tantas como software existen en la era digital. Los cambios constantes en las definiciones de las IA y, sobre todo, la pluralidad, multiplicidad y diversidad de las IA actualmente en desarrollo, resultan un aspecto clave a la hora de construir las normas, leyes, dictámenes, sentencias y regulaciones en este campo. De allí la necesidad de observar cuál es la proliferación de las llamadas IA específicas (débiles, simples, etc.) y analizar cómo deben regularse.

3.2. Heterogeneidad, ensamblajes y capas analíticas de las IA:

Las IA pueden ser analizadas como redes heterogéneas, híbridos y ensamblajes tecnológicos. Su mera existencia evidencia la articulación e integración de éstas con otras redes, prácticas y procesos científico-tecnológicos más amplios. Al igual que ocurrió con el software (los programas de computación) en las etapas tempranas de la computación electrónica digital (Vercelli y Carnota, 2022; Bianculli, 2022), en muchas ocasiones las IA también están indiferenciadas de los dispositivos y sistemas tecnológicos donde están incorporadas. Este no es un punto menor puesto que, a los fines regulativos, resulta clave conocer como se construyen/ron las IA, sobre todo, saber cómo se articulan sus bienes materiales e intelectuales (informacionales). La separación entre estas dos instancias es porosa. La interrelación entre elementos físico-materiales e intelectuales / informacionales está presente en to-

20 La fuerza computacional de las IA se puede aplicar a múltiples funciones avanzadas: búsquedas web, redes sociales, comercio electrónico, publicidad / propaganda, sistemas para tráfico urbano, recomendaciones de contenidos para aplicaciones móviles, vehículos autónomos, reconocimiento de voces, reconocimiento facial en circuitos cerrados de televisión, asistentes conversacionales, herramientas generativas (como el ChatGPT), decisiones autónomas, juegos estratégicos, humanoides, etc.

das las formas de existencia (máquinas, biológicas o cibernéticas). Es evidente que las IA pertenecen al dominio de los desarrollos intelectuales cercanos al software y a la creación de algoritmos. De hecho, para Joanna Bryson (2018), las IA son una combinación de diferentes técnicas de desarrollo de software. Incluso, pueden presentarse sólo como una pieza de código, un software y “correr virtualmente”, como algo abstracto, intangible, espectral, incorpóreo, ajeno al mundo material. Sin embargo, como insiste Kate Crawford (2022), es importante señalar que todas las IA también poseen una realidad física, corpórea, hecha de recursos naturales (minerales), bienes materiales, combustible, electricidad, mano de obra, infraestructuras, soportes, logística, sistemas ciberfísicos (internet de las cosas) y clasificaciones²¹. De allí que, al igual que cualquier otra tecnología digital, la existencia de IA presupone una combinación de elementos materiales y otros intelectuales (Vercelli, 2009). El segundo ajuste analítico consiste, por tanto, en la recomendación de analizar las IA a través de su composición en capas. Este tipo de análisis permite identificar cómo cada uno de los elementos en que se descompone una IA es afectado por diferentes regulaciones: entre otras, propiedad de cosas materiales, derechos intelectuales (patentes, derecho de autor / copyright, licencias libres, dominio público, regímenes “*sui generis*”), protección de datos personales y poblacionales, secretos industriales / militares, protección del ambiente, protección del trabajo, protección de los derechos humanos). Un esquema de capas sobre las IA, aún en construcción, permite identificar al menos ocho niveles ensamblados o yuxtapuestos. Las siguientes capas merecen tanto un análisis en particular como uno integral vinculado a su funcionamiento socio-técnico (Vercelli, 2009; Thomas, et. al, 2019):

- **Capa de infraestructura:** capa material, física, del “*hardware*”: computadoras, soportes, máquinas de percepción, sensores (táctiles, auditivos, visión), compuesta por bienes de calidad material y bajo el control del derecho de propiedad;
- **Capa de conectividad:** las IA son conectivas y los servicios que

21 Para Crawford (2022), la existencia de las IA es material, existen como infraestructuras físicas de alto costo y capital intensivo, se expanden y transforman el ambiente planetario a partir de su lógica extractivista y dependen de estructuras sociales y políticas al servicio de los intereses dominantes. En este sentido, las IA son un “certificado de poder” (Crawford, 2022: 29).

se desarrollan sobre ellas están conectados a Internet (cable, fibra, satélite, redes móviles como el 5G), siendo afectados, entre otras, por las regulaciones de las comunicaciones.

- **Capa lógica / del código / del software:** donde se incluyen los sistemas operativos con qué se gestionan las computadoras y las aplicaciones operativas para las IA, y son alcanzados por los derechos intelectuales (copyright / derecho de autor);
- **Capa de aplicaciones específicas de IA:** donde se incluyen los dispositivos de aprendizajes de máquinas²² (algoritmos²³, aprendizajes profundos y redes neuronales²⁴), en la cual son relevantes varios derechos intelectuales;
- **Capa datos / información (inputs):** compuesta por datos / información, bajo las regulaciones de bases de datos, datasets, ciencia de datos²⁵ y protección de la privacidad y de los datos

22 Machine Learning / Aprendizaje de Máquinas (Aprendizaje Automático): se trata de un software que tiene capacidad de “aprender” automáticamente a partir de procesos computacionales y estadísticos. El uso de algoritmos puede detectar patrones o reglas en los datos y hacer predicciones para datos futuros. Las matemáticas y las estadísticas permiten reconocer patrones a través del uso de datos y repeticiones.

23 Los algoritmos son métodos (secuencias e instrucciones) para resolver problemas a través de una serie de operaciones finitas y no ambiguas. Por ejemplo, las recetas de cocina. Los algoritmos tienen que ser ejecutados por alguna persona o infraestructura (computadoras, teléfono, robots). Específicamente, en relación a las IA, los algoritmos son una serie de operaciones o instrucciones computables aplicables a un conjunto de datos disponibles (input) y que se orientan a conseguir un resultados (output).

24 Deep Learning / Aprendizaje Profundo es un subconjunto dentro del aprendizaje de máquinas basado en redes neuronales que le permite a las máquinas entrenarse a sí mismas para ejecutar una tarea. Los algoritmos utilizan cantidades masivas de datos de un dominio específico para optimizar resultados. Muchas de las correlaciones son invisibles o irrelevantes para los observadores humanos. Así, se necesitan grandes cantidades de datos relevantes, un algoritmo sólido, un dominio limitado y un objetivo concreto. Si te falta alguno de éstos, las cosas se desmoronan (Fu-Lee, 2020: 27).

25 La ciencia de datos articula la estadística, los algoritmos y otros métodos para extraer patrones significativos y útiles de un conjunto de datos (grandes datos / *big data*). El aprendizaje automático es frecuente en este campo. Además del análisis de los datos, la disciplina se ocupa de su recolección, preparación e interpretación.

personales y poblacionales²⁶;

- **Capa resultados / contenidos (outputs):** dónde se incluyen los resultados obtenidos por el uso de las IA (entrenadas o aún en fase de entrenamiento), actualmente se discute a quiénes pertenece el valor creado a partir de sus usos;
- **Capa de usuarios / entorno:** interacciones con los usuarios finales y donde es relevante conocer la participación que han tenido/ tienen los usuarios para alcanzar los resultados finales y si han sido o no decisivos para su co-construcción;
- **Capa de sustentabilidad ambiental:** con elementos heterogéneos (minerales, tierras raras, agua, electricidad, plásticos, mano de obra) que requieren ser sustentables desde el ambiente, derechos humanos, comercio justo o relaciones de trabajo.

3.3. Los procesos de co-construcción entre regulaciones y tecnologías: Las relaciones entre las tecnologías digitales y sus regulaciones son profundas, capilares, silenciosas, poco evidentes. En muchas oportunidades, ambas instancias no se pueden diferenciar en la práctica (Vercelli, 2009). Desde los inicios de la computación electrónica, el desarrollo de software (programas de computación) o con el crecimiento de Internet, las regulaciones y las tecnologías se co-construyen a través del tiempo (Vercelli y Carnota, 2022). Incluso, el desarrollo de código (el software) ha permitido identificar un tipo de regulación que, sin despreciar la sanción de leyes, regula el (ciber)espacio y las conductas de las personas de una forma inmediata, directa y sin las mediaciones jurídico-políticas clásicas. La co-construcción indica que, en el mismo momento [en el mismo acto, simultáneamente] se construyen regulaciones para tecnologizar las sociedades y tecnologías para regular las sociedades. Ambas instancias se articulan, retroalimentan, cambian, co-evolucionan, co-varían, se construyen simultáneamente como parte de un mismo y único proceso. Ambas instancias conforman un proceso de negociación, tensión y determinación recíproca (Chinen, 2019). Una pregunta

26 La relación entre el derecho a la privacidad / protección de los datos personales y las IA tiene la mayor relevancia. Por su gravedad y urgencia, es necesario analizar cuál es el estado actual del derecho humano a la privacidad (de personas y poblaciones) en relación al tratamiento de grandes datos personales asociados al desarrollo algoritmos y de inteligencias artificiales.

clave en este punto es si las regulaciones jurídico-políticas podrían ser suficientes en este amplio campo de las IA. La respuesta parece bastante obvia: las regulaciones legales como las leyes, las normas u otros textos jurídicos, no serán suficientes. Las regulaciones sobre IA también requerirán, al menos, del diseño y desarrollo de tecnologías con fines regulativos (desde protección de la ciudadanía, reducción de sesgos, control de accesos y/o políticas de promoción y desarrollo productivo nacional). En suma, la idea de una co-construcción entre regulaciones y tecnologías no sólo implica la insuficiencia de las medidas jurídico-legales, sino también la necesidad de producir activamente tecnologías que permitirán también cumplir los fines regulatorios a nivel nacional / regional. Por ello, como el tercero de los aspectos analíticos, está la consideración que las regulaciones legales resultarán insuficientes si no se acompañan de políticas nacionales en IA orientadas a su desarrollo tecnológico-productivo, a la soberanía tecnológica y a la defensa de los intereses nacionales.

IV. CONCLUSIONES: REGULACIONES DE LAS IA Y LA PROTECCIÓN DE INTERESES NACIONALES

Hace varios años que, con mayor o menor conciencia, las IA ya forman parte de la vida cotidiana de millones y millones de personas a nivel global. En estos momentos, y aún más a partir de las medidas de aislamiento de la pandemia del COVID 19, existe un crecimiento exponencial en el uso de estos dispositivos. Lejos de ser meras promesas futuristas, los aprendizajes de máquinas, los sistemas autónomos y los recombinantes servicios de las inteligencias artificiales específicas, están afectando las rutinas más elementales de nuestras vidas (hablar por teléfono, comprar un producto, caminar por la calle). Al respecto, es posible identificar un creciente malestar en la cultura tecnológica: no es fácil saber cuántas IA están activas, qué hacen, cómo funcionan o, incluso, en qué sentido y cuánto nos afectan.

Frente a este escenario, vertiginoso, dinámico y cambiante, comienzan a aparecer voces que cuestionan su ética y se plantean cómo “humanizarlas” o cómo deberían respetar los derechos humanos. Al igual que ocurrió con otros cambios tecnológicos, atravesados por fuertes tensiones económicas y geopolíticas, las regulaciones sobre las IA se presentan como un enorme desafío. ¿Las IA podrán regularse sólo a través de leyes nacionales? ¿Cuántas leyes tendrían que

sancionarse? A su vez, la población Argentina o de otros países de América Latina, es usuaria de todo tipo de servicios de IA a través de plataformas que no operan dentro de sus territorios nacionales (Montero y Finger, 2021): ¿cómo se regularán estos servicios de IA para que sean respetuosos de los derechos humanos y de la soberanía? Tal y como se analizó en el artículo, las preguntas sobre cómo regular las IA son abundantes y complejas.

Las IA se han transformado en estos años en un tema central para la geopolítica mundial. El relevamiento realizado permite observar que muchos países han avanzado sobre estrategias nacionales e, incluso, algunas potencias y regiones, como EE.UU., China o la Unión Europea, también están regulando las IA con los objetivos de favorecer sus posicionamientos y de proteger sus poblaciones. Aunque, por el momento, la República Argentina no dispone de una política nacional, ni de regulaciones específicas sobre IA, sí fue posible identificar iniciativas de nivel nacional y acciones a nivel internacional que evidencian los primeros pasos: entre otras, el olvidado informe ArgenIA, la participación Argentina en las Recomendaciones de la Ética de la IA de UNESCO, la adhesión al GPAI, los pasos iniciales para la creación de CAMIA o la implementación del Chatbot del Estado Nacional “TINA”.

A las posiciones lineales sobre innovación y a las críticas a las regulaciones públicas sobre IA expresadas en el informe ArgenIA (gestión del Presidente Macri), las iniciativas posteriores sobre IA en Argentina, influenciadas por las recomendaciones de la UNESCO, continuaron confundiendo los problemas éticos de las IA con las políticas y las regulaciones. Ahora bien, ¿qué poder jurídico-político tienen las recomendaciones sobre ética de la IA de la UNESCO? Siempre son útiles, pero se tratan sólo de meras recomendaciones y, como tales, no son vinculantes a la decisiones soberanas de los Estados Miembros. Si bien los documentos de UNESCO (cerca de Europa y distantes de potencias en IA como EE.UU., China o Rusia) y las acciones del GPAI (más vinculadas a Francia, Canadá y Japón) son un marco de referencia general más, es necesario comprender que estas posiciones éticas podrían no ser el mejor enfoque para avanzar sobre políticas públicas y regulaciones nacionales. Discutir hoy sobre recomendaciones éticas es desviar la atención de los temas relevantes y pasar a discutir y aceptar regulaciones tangenciales sobre las IA. Es tiempo de superar los comités de ética y ofrecer a la

sociedad una discusión más amplia, abierta y democrática sobre IA.

Las IA no son neutrales. Forman parte de un capitalismo extractivista. Hace varios años que las IA específicas están transformando el mundo: intervienen las conductas y los espacios y los someten a lógicas de poder que utilizan el diseño tecnológico para apropiarse y privatizar los bienes comunes. De allí que el gran peligro de las IA, más allá de sus singularidades, es que profundicen las injusticias del mundo real: desigualdades sociales, económicas, jurídico-políticas y ambientales. No alcanza sólo con leyes. Los procesos de co-construcción entre tecnologías y regulaciones muestran que también se requiere desarrollar tecnologías (incluso para fines regulativos: control y gestión del tiempo, el espacio y las conductas). Es necesario que Argentina no discuta políticas o regulaciones que resultan tangenciales (accesorias, dilatorias) y que se aboque con celeridad a reconfigurar su producción tecnológica. Argentina no debe discutir las agendas de otros países / regiones, sino construir su propia política integral de IA sobre la base de la soberanía tecnológica y la defensa de los intereses nacionales / regionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Arellano Toledo, W. (2022). Derechos digitales en España y la Unión Europea". Derecho a la privacidad y derecho a la información en la experiencia comparada. México: Tirant Lo Blanch.
- Arellano Toledo, W. (2021). La regulación de la Inteligencia Artificial y de los algoritmos para la toma de decisiones y en un contexto Covid 19. El Derecho, la pandemia y las nuevas tecnologías. México: Tirant Lo Blanch.
- Bianculli, K. (2022). En búsqueda de la autonomía tecnológica nacional: el Programa Nacional de Informática y Electrónica (PNIE) al regreso democrático. Pasado Abierto, 0(16). Disponible en <https://fh.mdp.edu.ar/revistas/index.php/pasadoabierto/article/view/6104/6657>
- Bryson, J. (2018). AI & Global Governance: No One Should Trust AI. United Nations University Centre for Policy Research, AI & Global Governance. Disponible en <https://cpr.unu.edu/ai-global-governance-no-one-should-trust-ai.html>
- Calvo, P. (2019). Democracia algorítmica: consideraciones éticas sobre la dataficción de la esfera pública. Revista CLAD Reforma y Democracia, no 70, pags.: 5 – 30. Disponible en <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/184541/66562.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Consejo Económico y Social (CEyS). (2022a). El Consejo Económico y Social impulsa la creación de un centro para la promoción de Inteligencia Artificial en la Argentina. Presidencia de la Nación, Argentina. Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-consejo-economico-y-social-impulsa-la-creacion-de-un-centro-para-la-promocion-de>
- Consejo Económico y Social (CEyS). (2022b). Nuevo foro-taller sobre Inteligencia Artificial junto al Team Europe de la U.E. Presidencia de la Nación, Argentina. Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/nuevo-foro-taller-sobre-inteligencia-artificial-junto-al-team-europe-de-la-ue>
- Coeckelbergh, M. (2021) La ética de la inteligencia artificial. Madrid: Cátedra.
- Crawford, K. (2022). Atlas de inteligencia artificial. Poder, política y costos planetarios. CABA: Fondo de Cultura Económica.
- Chinen, M. (2019). Law and Autonomous Machines: The Co-evolution of Legal Responsibility and Technology. Seattle: Elgar.
- Disposición 1 (2023). Subsecretaría de Servicios y País Digital, Jefatura de Gabinete de Ministros, República Argentina. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/281907/20230301>
- Declaración de Toronto (2018). Disponible en https://www.comunicarseweb.com/sites/default/files/pol3084472018english_1.pdf
- EU White Paper on AI (2020). Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf
- Fenoll, J. (2018). Inteligencia artificial y proceso judicial. Madrid: Marcial Pons Ediciones.

- Filgueiras Júnior, M. (2020). Dos peligros de la Administración Pública electrónica: considerarse un fin en sí mismo e inducir a la huida del Derecho Administrativo en Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, v. 5, n. 2, Curso de Direito do UNIFLU: 60 anos - n. 2, Campos dos Goytacazes, 2020 <http://www.revistas.uniflu.edu.br:8088/seer/ojs-3.0.2/index.php/direito/article/view/260>
- Kai-Fu Lee (2020) Superpotencias de la inteligencia artificial. Barcelona: Planeta
- Kurzweil, R. (2005). The Singularity Is Near: When humans transcend biology. New York: Viking Adult.
- Martínez, V., Dumas, V., Sarabia, M. y Feldfeber, I. (2022). Innovar con Ciencia de Datos en el sector público. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación Sadosky.
- Montero, J. y Finger, M. (2021). The Rise of the New Network Industries: Regulating Digital Platforms. New York: Routledge.
- Montréal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence. (2018). Université de Montréal. Disponible en https://www.montrealdeclaration-responsibleai.com/_files/ugd/ebc3a3_506ea08298cd-4f8196635545a16b071d.pdf
- Montréal Declaration Activity Report 2018 - 2022. (2022). Declaration de Montreal IA Responsable. Université de Montréal. Disponible en https://www.montrealdeclaration-responsibleai.com/_files/ugd/ebc3a3_269e4424ff934998bc9fc-0c1552e865b.pdf
- Navarro-Michel, M. (2020). La aplicación de la normativa sobre accidentes de tráfico a los causados por vehículos automatizados y autónomos. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 12, No 1, pps.: 941 - 961. Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5231>
- OECD (2019), Artificial Intelligence in Society. Paris: OECD Publishing. Disponible en <https://doi.org/10.1787/eedfee77-en>
- Plan Nacional de Inteligencia Artificial (ArgenIA). (2019). Presidencia de la Nación. Argentina.
- Resolución 14 (2022). Secretaría de Innovación Pública. Jefatura de Gabinete de Ministros de la República Argentina. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/275032/20221104>
- Resolución 90 (2021). Secretaría de Asuntos Estratégicos. Presidencia de la Nación. República Argentina. Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/253666/20211130>
- Scharre, P. (2018). Army of none: autonomous weapons and the future of war. New York: Norton & Company.
- Siqueira, M. (2021). O uso da inteligência artificial no Brasil e os seus limites constitucionais. In: AMARAL, Maria Teodora da Rocha Maia do. ARAÚJO, Francisco Marcos de. SALDANHA, Ana Clara Bezerra (Organizadores). O direito e as novas tecnologias na sociedade da informação. São Paulo: Dialética, p. 427-464.

- Stop Killer Robots. (2021). Problems with autonomous weapons. Disponible en <https://www.stopkillerrobots.org/stop-killer-robots/facts-about-autonomous-weapons/>
- Thomas, Hernán, Becerra, Lucas y Bidinost, Agustín. (2019). ¿Cómo funcionan las tecnologías? Alianzas socio-técnicas y procesos de construcción de funcionamiento en el análisis histórico. Pasado Abierto, 5(10). Disponible en <https://fh.mdp.edu.ar/revistas/index.php/pasadoabierto/article/view/3639/3850>
- “TINA”, Términos y Condiciones Asistente Virtual del Estado Nacional (2022). Presidencia de la Nación. Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/tina/terminos-y-condiciones>
- Turner, J. (2019). Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence. London: Palgrave Macmillan.
- UNESCO. (2020). Anteproyecto de Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial. Paris: UNESCO. Disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373434_spa
- UNESCO (2021) Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial. Paris: UNESCO. Disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376713_spa
- Vercelli, Ariel (2009) Repensando los bienes intelectuales comunes: análisis socio-técnico sobre el proceso de co-construcción entre las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia y las tecnologías digitales para su gestión. Tesis doctoral. Disponible en <http://www.arielvercelli.org/rlbic.pdf>
- Vercelli, A. (2021). El extractivismo de grandes datos (personales) y las tensiones jurídico-políticas y tecnológicas vinculadas al voto secreto. Revista Themis, Número 79, pps.: 111 - 125. Lima: Editorial Themis. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/24867>
- Vercelli, A. (2023). Reconsiderando el caso Google Books: usos justos, privilegios de copia e inteligencia artificial. En Arellano, Wilma (coord.), Políticas, regulación e inteligencias artificiales. Madrid/Valencia: Tirant Lo Blanch (en prensa).
- Vercelli, A., y Carnota, R. (2022). Las regulaciones de los programas de computación: desarrollo tecnológico, marcos regulatorios y conflictos políticos en Brasil y Argentina en la década de 1980. Pasado Abierto, 0(16). Disponible en <https://fh.mdp.edu.ar/revistas/index.php/pasadoabierto/article/view/6101>
- WIPO (2019). WIPO Technology Trends 2019: Artificial Intelligence. Geneva: World Intellectual Property Organization. Disponible en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1055.pdf
- Yamamoto, T. (2018). AI Created Works and Copyright. Patents & Licensing, Vol. 48, No.1. Disponible en <http://www.itlaw.jp/AI%20Created%20Works%20and%20Copyright.pdf>

ESTADO BRASILEIRO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS E LIMITES JURÍDICOS

MARIANA DE SIQUEIRA¹

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
 Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
 pp. 218-236

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a adoção, pelo Estado brasileiro, de sistemas de inteligência artificial (IA) no recorte temporal compreendido entre os anos de 2019 e 2022. Nesse sentido, expõe experiências de uso da IA na segurança pública, na Administração Pública Fiscal e no Poder Judiciário. Além da menção às situações mencionadas, o estudo demonstrará como o direito positivo e os precedentes judiciais delinearam limites para a inserção desta espécie de tecnologia no âmbito da prestação de serviços públicos nacionais. As duas principais perguntas respondidas com a investigação foram: quais as experiências mais destacadas de uso da IA junto ao Fisco, à Segurança Pública e ao Judiciário do Brasil? O que diz o sistema jurídico brasileiro sobre a inserção da IA em tais atividades públicas? Para obtenção das respostas, foi feito uso do método exploratório, de análise documental, da dogmática jurídica brasileira e dos critérios da hermenêutica jurídica. Como conclusão, foi possível observar que a inserção da IA junto às atividades públicas brasileiras se concentra nos temas da segurança pública, Fisco e Jurisdição, que a Constituição não aborda expressamente o tema da IA, mas que trata da inovação e tutela de direitos fundamentais, dentre eles a proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: Inteligência artificial, poder público brasileiro, legislação.

¹ Advogada. Doutora em Direito Público pela UFPE. Professora do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Coordenadora do Grupo de Estudos do Direito Digital Público e Direitos Humanos (GEDI).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
 Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

Abstract: This article aims to analyze the adoption, by the Brazilian State, of artificial intelligence (AI) systems in the period between 2019 and 2022. In this sense, it exposes experiences of using AI in public security, in Public Tax Administration and in the Judiciary. In addition to the description of the situations mentioned, the study will demonstrate how positive law and judicial precedents have outlined limits for the insertion of this type of technology in the scope of the provision of national public services. The two main questions answered with the investigation were: what are the most outstanding experiences of using AI with the Tax Authorities, Public Security and the Judiciary in Brazil? What does the Brazilian legal system say about the insertion of AI in such public activities? To obtain the answers, an exploratory method, document analysis, Brazilian legal dogmatics and legal hermeneutic criteria were used in the context of interpreting current regulations. In conclusion, it was possible to observe that the insertion of AI in Brazilian public activities focuses on the themes of public security, tax authorities and jurisdiction, that the Constitution does not expressly address the issue of AI, but that it deals with innovation and protection of fundamental rights.

Keywords: Artificial intelligence, Brazilian public power, legislation.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar la adopción, por parte del Estado brasileño, de sistemas de inteligencia artificial (IA) en el período comprendido entre 2019 y 2022. En ese sentido, expone experiencias de uso de IA en la seguridad pública, en la Administración Tributaria Pública y en la Judicial. Además de la descripción de las situaciones mencionadas, el estudio demostrará cómo el derecho positivo y la jurisprudencia han trazado límites para la inserción de este tipo de tecnología en el ámbito de la prestación de los servicios públicos nacionales. Las dos principales preguntas respondidas con la investigación fueron: ¿cuáles son las experiencias más destacadas del uso de IA con las Autoridades Tributarias, Seguridad Pública y el Poder Judicial en Brasil? ¿Qué dice el ordenamiento jurídico brasileño sobre la inserción de la IA en tales actividades públicas? Para obtener las respuestas, se utilizó un método exploratorio, análisis de documentos, dogmática jurídica brasileña y criterios hermenéuticos jurídicos en el contexto de la interpretación de las normas vigentes. En conclusión, fue posible observar que la inserción de la IA en las actividades públicas brasileñas se centra en los temas de seguridad pública, fiscalidad y jurisdicción, que la

Constitución no trata expresamente el tema de la IA, pero que trata de innovación y protección de derechos fundamentales.

Palabras clave: inteligencia artificial, poder público brasileño, legislación.

I. INTRODUÇÃO

Dentre os inventos computacionais contemporâneos, a Inteligência Artificial (IA) vem se destacando no Brasil, especialmente por ser vista como potência transformadora das vivências cotidianas.² Há, no país, a ampla propagação da ideia de que inserir IA em atividades estatais é fator provedor de eficiência e melhor prestação de serviços.

Nesse contexto, algumas ações de incremento à Inteligência Artificial no país têm aparecido de modo impactante, como é o caso do incentivo financeiro dado às pesquisas, da elaboração de políticas públicas, da produção normativa parlamentar e dos debates jurídicos.

O que parecia ser tema restrito ao mundo das ciências exatas e do empreendedorismo tecnológico, agora é encarado como elemento relacionado aos interesses do Estado, à concretização da eficiência administrativa e aos Direitos Humanos.

Convém destacar, no que tange especificamente à inserção da IA em atividades estatais, três setores distintos: segurança pública, Fisco e Judiciário. Esse destaque ocorre porque o Brasil tem sido marcado por experiências recentes de uso efetivo de automações em tais searas.

Essas vivências, longe de serem uma unanimidade quanto ao acerto de sua ocorrência, repercutiram (e ainda repercutem) bastante junto à sociedade e às instituições, de modo a gerarem normativas específicas as disciplinando, processos judiciais as questionando ou movimento sociais organizados pedindo o banimento de seu uso.

Este artigo, atento à atualidade e relevância do tema, objetiva estudar a realidade descrita, seja ela a inserção da IA nas searas da segurança pública, Fisco e Judiciário do Brasil. Para isso, irá mencionar algumas experiências práticas.

As perguntas problemas centrais condutoras da pesquisa foram: há casos de destaque de inserção da IA no Fisco, Segurança Pública e Judiciário do Brasil? Quais as repercussões advindas de tais processos inovadores? O que diz o sistema jurídico brasileiro sobre a

2 Sobre sociedade e tecnologia, ver: (CASTELLS, M. 2019)

inserção da IA em atividades públicas?

Intencionando obter respostas para as perguntas levantadas, foi feito uso do método exploratório, de análise documental, da dogmática jurídica brasileira e dos critérios da hermenêutica jurídica no contexto de interpretação das normativas atualmente vigentes.

II. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL: DO CONCEITO À ADOÇÃO COMO POLÍTICA DE ESTADO

No Brasil, até a presente data (março de 2023), inexistente definição legal de Inteligência Artificial. O Projeto de Lei 21 de 2020, designado por “Marco Legal da Inteligência Artificial” e ainda em discussão no Congresso Nacional, expõe que sistema de inteligência artificial “é o sistema baseado em processo computacional que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões e recomendações ou tomar decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais.”³

Saindo da seara do direito positivo e observando a dogmática jurídica brasileira, especialmente àquela dedicada ao Direito Digital, igualmente não se encontra conceito de Inteligência Artificial repetido à unanimidade pela doutrina especializada.

No âmbito da computação, por sua vez, é possível encontrar abordagem útil ao Direito.

De um ponto de vista computacional e de engenharia, é possível definir a automação como o **processo de especificar um conjunto de regras para resolver um problema ou executar uma tarefa bem definida e, então, criar uma solução computadorizada que executará esse conjunto de regras**. Em essência, a automação usa algoritmos que são construídos usando parâmetros **previsíveis** para executar uma tarefa que foi executada por humanos em um **trabalho repetitivo**.

o processo de automação não implica numa solução automaticamente inteligente.

Toda IA é uma automação, mas nem toda automação é uma IA.⁴ Considerando as variáveis existentes quanto à definição desta

3 PL 21 de 2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Recuperado de: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928

4 (DA COSTA ABREU & SILVA, 2020, pp. 6).

tecnologia, ela será aqui tratada como **forma peculiar de tomada de decisão, de entrega de sugestão de decisão ou previsão**, estruturada a partir do uso de recursos tecnológicos computacionais, de aprendizado de máquina e de base de dados, que demanda a existência de hardware, software, de algoritmo e de treinamento para funcionar.⁵

Essa **maneira peculiar de tomada de decisão, de entrega de sugestão de decisão ou previsão** possui habilidade para definir resposta com enorme velocidade e pequeno índice de erros.

A despeito de seus vieses e equívocos eventuais, é a velocidade no processo de tomada de decisão que é valorizada, exaltada e repetida quando da divulgação da inserção de IA em determinado processo ou atividade.⁶

5 Sobre a correlação entre as IA e os algoritmos, diz Kayo Victor Marques: “Quando falamos em inteligências artificiais (agentes inteligentes), o nosso intelecto automaticamente imagina máquinas realizando de forma autônoma atividades tipicamente humanas, tais como extrair lições de determinados contextos, pensar, agir, decidir, dentre outras ações relacionadas à humanidade. Há tempos atrás tal realidade parecia “coisa de outro mundo”. Na maioria das aplicações atuais as máquinas seguem um padrão pré-determinado para alcançar um resultado. Ou seja, lhes são dadas instruções conhecidas como algoritmos, fórmulas lógico-matemáticas, etapas para a persecução de um objetivo. [...] Alpaydin³⁰ explica que o algoritmo é uma sequência de instruções a serem executadas para transformar uma entrada numa saída e, como exemplo para melhor explicação, podemos citar o algoritmo de ordenação. No algoritmo de ordenação a entrada seria um conjunto de números e a saída seria a lista devidamente ordenada, cujo tipo de ordenação é determinada pelo programador. As máquinas não podem violar as regras dos algoritmos pois não conseguem compreender nada além daquilo que lhe foi dado, realizando aquilo que o programador deseja e entende. Assim, todos os parâmetros lhe são entregues e, com o uso dessas informações, a máquina alcança os resultados (saída).” (MARQUES, 2019, pp. 18-19).

6 As notícias que exaltam a presença das IA nos espaços públicos e privados raramente tratam dos seus erros e vieses e constantemente exaltam a sua rapidez e alta velocidade, especialmente ao compará-las aos humanos. Um exemplo disso pode ser visto na seguinte notícia: MACIEL, R. (2020). *TJ de Pernambuco disponibiliza ferramenta de IA para execução fiscal e Programa de Formação do CNJ*. Recuperado de: https://www.tjpe.jus.br/comunicacao/noticias/-/asset_publisher/ubhL04hQXv5n/content/tjpe-disponibiliza-ferramenta-de-inteligencia-artificial-para-execucao-fiscal-em-programa-de-formacao-do-cnj?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Fcomunicacao%2Fnoticias%3Fp_id%3D101_INSTANCE_ubhL04hQXv5n%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1%26p_r_p_564233524_tag%3Delis.

É justamente por aparentar possuir muitas vantagens e mínimas desvantagens que o uso da Inteligência Artificial tem sido cada vez mais cogitado no âmbito das atuações de Estado⁷, inclusive em áreas extremamente sensíveis, como é o caso da segurança pública.

O destacamento dado à rapidez da IA, especialmente quando comparada aos seres humanos, faz dela uma escolha interessante para o Poder Público, principalmente em um contexto de busca por metas, maior produtividade e mais eficiência. A IA e aquilo que ela imediatamente apresenta como vantajoso (sua velocidade) adere bastante à lógica neoliberal e faz dessa tecnologia um recurso desejável no âmbito da atuação estatal. Eis aí um possível exemplo da materialização da chamada “razão neoliberal”.⁸

No caso do Brasil, a IA se institucionalizou como política de Estado desde o ano de 2021. Antes disso, ainda em 2019, o Governo Federal brasileiro anunciou a criação de oito laboratórios de inteligência artificial⁹; e, em 6 de abril de 2021, objetivando estimular a inovação e inserção da IA em atividades públicas e privadas, publicou a Estratégia Brasileira de IA, instituída pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação através da Portaria n.º 4617.¹⁰

É importantíssimo mencionar, nesse contexto de adoção da IA

7 Para saber mais sobre o IA no Judiciário, ler: SANTOS, F. (2016). *O limite cognitivo do poder humano julgante a um passo de um novo paradigma de justiça: poder cibernético julgante – o direito mediado por inteligência artificial*. (Tese de Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP. Para saber mais sobre IA na Administração Pública, ler: MARQUES, K. V. (2019) *O ato administrativo e a inteligência artificial: uma abordagem sobre os limites e as possibilidades da utilização de inteligência artificial no contexto da administração pública*. (Monografia de conclusão do curso de especialização em direito administrativo). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN. Para saber mais sobre IA na Execução Fiscal brasileira, ler: SIQUEIRA, M. & SOUZA, K. (2020) *A inteligência artificial na execução fiscal brasileira: limites e possibilidades*. Porto Alegre: RS, RDF.

8 DARDOT, P. LAVAL, C. (2016) *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo, SP: Boitempo.

9 *Governo anuncia a criação de 8 laboratórios de inteligência artificial*. (2019). Recuperado de: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/11/04/interna-brasil,803683/governo-anuncia-criacao-de-8-laboratorios-de-inteligencia-artificial.shtml>

10 *Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial*. (2021). Recuperado de: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf

como política de Estado, a existência de normativas, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹¹, destinadas à disciplina da adoção e do desenvolvimento de IA na Jurisdição brasileira. Destaca-se, aí, a plataforma sinapses, plataforma nacional para desenvolvimento, treinamento, armazenamento e disponibilização de modelos de IA para o Judiciário brasileiro.¹²

III. IA NO FISCO E JUDICIÁRIO DO BRASIL: EXPERIÊNCIAS E NORMATIVAS

Este item abordará a inserção da IA no Fisco e no Judiciário conjuntamente por haver clara zona de intersecção fática entre os dois temas. Na história do Brasil atual, a inserção da IA no Judiciário se deu inicialmente em processos tributários. Assim sendo, faz-se conveniente e oportuno falar da IA no Judiciário e na Administração Fiscal em tópico único.

Outro ponto curioso e importante de ser mencionado no que tange à inserção inicial de automação no Judiciário brasileiro é aquele concernente à influência do federalismo neste processo histórico.

A princípio, os Tribunais de Justiça dos Estados foram criando de modo autônomo e pontual os seus projetos de automação e IA, num claro movimento reflexo daquilo que representa a autonomia dos entes federados.

As automações no Judiciário brasileiro começaram, portanto, de modo descentralizado e sem a imposição de um padrão nacional uniforme. Foi apenas após alguns anos de ocorrência desses fatos que o CNJ concentrou junto de si a regulação e controle dessa modalidade de atuação, numa tentativa de padronizar, controlar, regular e uniformizar projetos de IA no Judiciário do país.

Nesse sentido, em 2020, o CNJ publicou duas normativas, a Resolução n.º 332, de 21 de agosto de 2020, e a Portaria n.º 271, de 4 de dezembro de 2020.

11 O Conselho Nacional de Justiça é instituição legitimada a atuar no âmbito do controle administrativo e regulação do Poder Judiciário brasileiro. Para saber mais sobre ela, recomenda-se a visita ao seu sítio eletrônico. Recuperado de: www.cnj.jus.br

12 *Plataforma Sinapses*. Recuperado de: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/plataforma-sinapses/inteligencia-artificial>

Através da Resolução n.º 332¹³, de 21 de agosto de 2020, o CNJ instituiu o Código de Ética, Transparência e Governança na produção e uso da IA no Judiciário. Com a Portaria n.º 271¹⁴, de 4 de dezembro de 2020, por sua vez, regulamentou o uso da IA no Poder Judiciário.

No que diz respeito especificamente à seara fiscal, os robôs, como popularmente são conhecidas as inteligências artificiais, têm sido noticiados com entusiasmo no Brasil, tanto em sede administrativa como no que diz respeito à Jurisdição. É importante dizer aqui que as tecnologias atualmente viabilizadoras de celeridade nos processos judiciais e nos demais procedimentos do Fisco nem sempre possuem a efetiva estrutura de uma inteligência artificial, ainda assim, muitas vezes são reportadas para o grande público como IA, mesmo que efetivamente sejam automações mais simples.¹⁵

Victor¹⁶, por exemplo, é apresentado como a inteligência artificial que vai acelerar a tramitação de processos no Supremo Tribunal Federal. Elis¹⁷, como a IA que atua na Execução Fiscal do Tribunal de Justiça de Pernambuco e que faz em quinze dias o que os servidores humanos levariam um ano para executar. Clara, Jerimum e Poti são exibidos como uma família inteira de IA que veio para auxiliar o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte em suas tarefas, em especial

13 *Resolução n.º 332, de 21 de agosto de 2020*. Instituiu o Código de Ética, Transparência e Governança na produção e uso da IA no Judiciário Recuperado de: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>.

14 *Portaria n.º 271, de 4 de dezembro de 2020*. Regulamenta o uso da IA no Poder Judiciário. Recuperado de: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613> Acesso em 17 de março de 2023.

15 “solução de automação simples (sem inteligência): não possui uma etapa de treinamento, apenas automatiza conjuntos de etapas bem definidas para a execução de uma tarefa; as mesmas entradas sempre darão a mesma saída no sistema; ele não aprende.” “solução inteligente: ele tem uma etapa de treinamento; ele deve usar a ordem de dados para construir o modelo inteligente; entradas muito semelhantes podem dar resultados diferentes; aprende os padrões do conjunto de dados.” (DA COSTA ABREU & SILVA, 2020, pp. 7)

16 *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no Supremo*. (2018). Recuperado de: <http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>.

17 CASTRO, Beatriz. *Justiça de Pernambuco usa inteligência artificial para acelerar processos*. (2019). Recuperado de: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2019/05/04/justica-de-pernambuco-usa-inteligencia-artificial-para-acelerar-processos.ghtml>.

nas atuações ligadas ao BacenJud e à tributação.¹⁸

Celeridade, baixo custo e eficiência são levantados como alguns dos principais motivos para a chegada das inteligências artificiais à execução fiscal e ao Fisco.

Hugo de Britto Machado Segundo, em artigo dedicado à análise do assunto, menciona exemplos do uso de robôs pelo Fisco brasileiro em situações que vão além do cruzamento de dados dos contribuintes do imposto de renda. Nos aeroportos, por exemplo, menciona a existência de câmeras e “*um avançado sistema de reconhecimento facial que indicam ao agente alfandegário quem deverá ter suas malas fiscalizadas*”. Nos portos, fala do Sisam (*sistema de seleção aduaneira por aprendizado de máquina*) que indica “*quais declarações de importação têm maior probabilidade de conter erros e quanto (em valores) esses erros podem representar de perda para o Fisco.*” Na Procuradoria da Fazenda Nacional, o autor menciona a existência do “PGFN Analytics”, o qual fornece aos procuradores as probabilidades de êxito de uma execução fiscal (baseado, por exemplo, em dados referentes a bens em nome do contribuinte a ser executado), indicando se deve ser ajuizada ou não.¹⁹

Diante da inserção de tantas inovações tecnológicas junto à atuação do Estado, já há quem fale em Administração Pública disruptiva, numa clara alusão ao que outrora foi desenvolvido por Clayton M. Christensen, em sua obra “O dilema da inovação, quando as novas tecnologias levam as empresas ao fracasso”.²⁰ O advento da tecnologia e o seu potencial de gerar fortes rupturas no setor público fomentam essa ideia de Administração disruptiva.²¹ Há quem diga, em face dessa nova realidade, que é chegada a era da algocracia!²²

18 *Judiciário ganha agilidade com uso de inteligência artificial*. (2019). Recuperado de: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-ganha-agilidade-com-uso-de-inteligencia-artificial/>.

19 (MACHADO SEGUNDO, H. 2019).

20 (CHRISTENSEN, C. 2011)

21 (SIQUEIRA, M. & SOUZA, K. 2020)

22 A algocracia, na ótica de Erik Fontenelle Nybo, corresponde a uma nova maneira de organização social que: “não apresenta qualquer esforço no sentido de ruptura com o status quo atual, pois ocorre aos poucos e em diversos espectros das nossas vidas. Não existe um grupo organizado de pessoas tentando fazer uma transição de regime ou quebrando com a cultura atual. São apenas pessoas nos diversos níveis da sociedade criando tecnologia e favorecendo o uso de

IV. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL DE RECONHECIMENTO FACIAL NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA

Segundo dados produzidos pelo Instituto Igarapé, desde o ano de 2011 o Brasil faz uso de sistemas de reconhecimento facial no ambiente educacional, no transporte e controle de fronteiras. Foi, contudo, somente a partir de 2019 que essa prática se tornou mais conhecida e recorrente na segurança pública nacional.²³

Desde então, existe o anúncio, em diversos Estados e cidades brasileiras, da efetiva utilização ou da intenção de uso de Inteligência Artificial de reconhecimento facial como forma de incremento da atuação estatal no enfrentamento à criminalidade.

No Ceará, por exemplo, Estado situado no Nordeste do Brasil, é possível observar notícias reportando o uso de Inteligência Artificial, *big data* e câmeras de vigilância para fins de incremento à segurança pública nas cidades.²⁴

Em São Paulo, por sua vez, há amplo uso de tais sistemas nos aeroportos e, recentemente, foi promovida ação judicial para barrar a presença dessas tecnologias nos metrô da cidade, uma vez que o modo como funcionavam era violador da legislação de proteção de dados pessoais e de outras normativas.²⁵

Em algumas cidades do Nordeste, o sistema de IA de reconhecimento facial é utilizado em restaurantes populares financiados pelo Poder Público para fins de fiscalização quanto à presença e acesso regular de

algoritmos em diversos campos das nossas vidas: seja na política, nos trabalhos ou até mesmo nos relacionamentos. Trata-se do governo dos algoritmos que ocorre de maneira consentida e inconsciente quando aceitamos termos de uso e políticas de privacidade que não lemos.” (NYBO, E. 2019, p. 123).

23 *Reconhecimento facial no Brasil*. (2022). Recuperado de: <https://igarape.org.br/infografico-reconhecimento-facial-no-brasil/>.

24 *Combate à criminalidade com uso de inteligência artificial no Ceará é destaque em evento internacional em Brasília*. (2019). Recuperado de: <https://www.sspds.ce.gov.br/2019/07/25/combate-a-criminalidade-com-uso-de-inteligencia-artificial-no-ceara-e-destaque-em-evento-internacional-em-brasilia/>.

25 Para saber mais ler: FERNANDES, D. *Justiça impede sistema de reconhecimento facial do Metrô de SP*. (2022). Recuperado de: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/protecao-de-dados/reconhecimento-facial-metro-de-sp-23032022>.

alguns dos seus frequentadores, em especial a população de rua.²⁶

A cidade do Recife, capital do Estado de Pernambuco, desde o ano de 2022 tem dedicado parte de sua agenda pública de debates a este assunto. Em tal contexto, a Prefeitura do Recife expôs desejar instalar câmeras de reconhecimento facial nas ruas da cidade para o combate ao crime. Em contrapartida, a sociedade civil organizada pernambucana reagiu a isso questionando quão violadora da dignidade dessa tecnologia poderia ser, especialmente a partir da alegação da afronta à privacidade e outros direitos fundamentais.²⁷

Essa modalidade de articulação popular coletiva que questiona sistemas de reconhecimento facial tem ganhado abrangência nacional através do movimento “Tire meu rosto da sua mira” que busca apoio junto aos cidadãos para adesão à carta que pede o banimento total do uso de tecnologia de reconhecimento facial na segurança pública brasileira.²⁸

No âmbito da segurança pública especificamente, a inserção dos sistemas de reconhecimento facial é demasiado polêmica, tanto pela possibilidade de erros e vieses, como pelos riscos de incremento das desigualdades estruturantes, em especial o racismo e sexismo.²⁹

Os erros de identificação das máquinas, especialmente quando considerados determinados coletivos minoritários (mulheres, mulheres trans, mulheres negras e homens negros) são consideráveis e frequentes, ameaçando a proteção de direitos fundamentais desses grupos que, ressalte-se, já se encontram em situação de imensa vulnerabilidade.

Estudos envolvendo sistemas de reconhecimento facial apontam que as máquinas funcionam melhor no reconhecimento das fisiono-

26 *Restaurante popular é reinaugurado em novo endereço no Recife e terá biometria.* (2021). Recuperado de: <https://www.folhape.com.br/noticias/restaurante-popular-naide-teodosio-no-recife-e-reinaugurado-em-novo/192388/>

27 BARROS, M. *Câmeras com reconhecimento facial no Recife podem agravar racismo e ameaçar direitos.* (2022). Recuperado de: <https://www.brasildefatope.com.br/2022/03/21/cameras-com-reconhecimento-facial-no-recife-podem-agravar-racismo-e-ameacar-direitos>

28 Para saber mais, acesse: <https://tiremeurostodasuamira.org.br/>

29 HORA, A. (2021) *Ética em IA – Investigando o Racismo Algorítmico no Reconhecimento Facial.* (Monografia de Graduação em Ciência da Computação) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ.

mias de homens brancos do que de mulheres negras. No primeiro caso, o percentual de erro não chega a 1% de equívoco e no segundo caso ultrapassa o percentual de 30% de erro.³⁰ Conforme ensina Maria Luiza Souza Silva³¹, é preciso ter muito cuidado com a escolha dessa tecnologia, especialmente em casos que envolvam programas para definir padrões de criminosos e prever a ocorrência de crimes.

Por fim, importante se faz destacar que, no âmbito das discussões travadas recentemente no Congresso Nacional por juristas que analisam o projeto de lei do marco regulatório da IA no Brasil, houve a tendência de se posicionar pelo banimento do uso do reconhecimento facial na segurança pública, justamente pelos vieses de raça e gênero.³²

V. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E OS LIMITES E POSSIBILIDADES DA INSERÇÃO DA IA NO ESTADO

Por que é relevante que as políticas de inserção de tecnologias no âmbito da atuação estatal sejam compatíveis com o texto da Constituição Federal brasileira?

Dotada de supremacia e de imutabilidade relativa³³, diante de sua posição privilegiada na hierarquia do ordenamento jurídico, a Constituição é responsável pelo direcionamento político, normativo, econômico, social e administrativo do Estado ao qual se dirige.³⁴ Por possuir essa caracterização e essência fundamentais para o Direito, não há como analisar a viabilidade jurídica de uso da Inteligência Artificial no Fisco, no Judiciário e na segurança pública brasileira sem considerar o conteúdo do texto constitucional.

O termo inteligência artificial não aparece de maneira expressa na

30 (SANTOS, M. 2021).

31 (SILVA, M. 2022).

32 *Debates apontam para o fim do reconhecimento facial na segurança pública.* (2022). Recuperado de: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/05/18/debates-apontam-para-fim-do-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica>.

33 (CANOTILHO, 2002).

34 A supremacia corresponde ao fato de a constituição se encontrar acima dos demais atos normativos e de necessitar ser por eles respeitada em forma e conteúdo. A imutabilidade relativa diz respeito às cláusulas pétreas constitucionais expressamente inseridas no art. 60, §4º, do texto de 1988.

normativa constitucional hoje vigente no Brasil, o constituinte originário não se ocupou do assunto e tampouco o fez o constituinte derivado até a data de redação desse artigo (março de 2023).

Em contrapartida, as palavras tecnologia e inovação foram escritas de forma explícita na redação da Constituição. Em 2015, uma emenda constitucional modificou o texto da Constituição e disciplinou os temas da ciência, tecnologia e inovação. A partir dessa reforma, esses assuntos passaram a constar expressamente em dispositivos constitucionais pontuais e um capítulo inteiro da Constituição foi especificamente a eles dedicado (Capítulo IV, da Ciência, Tecnologia e Inovação).

O art. 25 da Constituição Federal passou a considerar a ciência, a tecnologia e a inovação como temas ligados ao exercício da competência normativa concorrente. Assim, cabe à União legislar de forma geral sobre eles e aos demais entes federados compete o complemento dessa normativa com olhar atento para a ideia de predominância do interesse. Além disso, esses tópicos se tornaram pertencentes à competência administrativa comum dos entes federados, o que faz com que todos eles devam agir em torno da ciência, tecnologia e inovação. Como se vê, o constituinte derivado tratou não apenas da normatização, mas também da ação ao redor da ciência, tecnologia e inovação.

Saindo do trato normativo pontual e observando a disciplina sistematizada do assunto que está no Capítulo IV, da Ciência, Tecnologia e Inovação, nota-se que o Estado recebe como missão constitucional a promoção e incentivo do desenvolvimento científico, da pesquisa, da capacitação científica e tecnológica e da inovação.

A autonomia tecnológica brasileira foi elevada ao patamar de objetivo constitucional explícito e, para atingir esse fim, o constituinte derivado mencionou a relevância da criação e da manutenção de parques e polos tecnológicos e de outros ambientes promotores da inovação. Foi mencionada, também, a necessária articulação de uma força tarefa pública e privada para organização do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI).

Recentemente, no ano de 2022, a proteção de dados pessoais foi inserida, mediante emenda, no texto constitucional de modo a receber *status* de direito fundamental, sendo da União a competência para legislar sobre a matéria.

O fato de a Constituição tratar da tecnologia e inovação de forma cuidadosa, como prioridades e com foco na redução de desigualda-

des e no bem público é importantíssimo, pois a Constituição é instrumento jurídico e político de conformação do poder estatal. Como resultado disso, a ciência, a tecnologia e a inovação devem ser financiadas, apoiadas e incentivadas pelo Estado e não tolhidas de maneira arbitrária e não fundamentada.

A despeito do Direito da Inovação não se resumir à Constituição, ele parte dela e precisa ser compatível com ela. É bastante disseminado na atualidade o entendimento de que a compreensão de determinado ramo do Direito não demanda apenas o estudo de leis infraconstitucionais e de uma dogmática específica. Hoje, esse tipo de processo cognitivo necessita ser global, sistemático e filtrado pela essência constitucional. O Direito Digital e o Direito da Inovação não fogem disso.

Inserir IA em atividades públicas demanda a necessária observância da sistematicidade constitucional e do que aqui se designa por garantismo digital.³⁵ É preciso ver as competências normativas da Constituição, os trechos concernentes às políticas públicas, investimentos e regulação, mas também a questão da tutela de direitos fundamentais, inclusive no que tange à proteção de dados pessoais.

Nessa linha da abordagem constitucional, é importante mencionar que alguns autores, a exemplo de Robert Alexy e Mart Susi³⁶, expõem que, hoje, as liberdades fundamentais e os Direitos Humanos aparecem nos discursos e debates ligados às inovações tecnológicas, à Internet e à própria Inteligência Artificial muito mais no plano da contestação, da abordagem crítica e dialética do que no plano da efetiva proteção em contexto de decisão prática, havendo ainda longa estrada a percorrer no sentido de consolidar entendimento protetivo em tal sentido.

É urgente que os debates sobre tecnologia computacional não se limitem às discussões de aspectos técnicos da inovação ou suas competências normativas, é preciso que também envolvam os seus vieses éticos e a sua compatibilidade com o sistema jurídico vigente, em especial sua aderência à Constituição Federal e à proteção dos Direitos Humanos (garantismo digital).

Nessa perspectiva, no que diz respeito aos vieses da IA, eles são bastante perigosos, especialmente os de raça e gênero, pois possuem imenso potencial de violar a Constituição em alguns as-

35 (SIQUEIRA, M. 2020)

36 (ALEXY, R. & SUSI, M. 2020, p. 13-16)

pectos essenciais, dentre os quais destacam-se aqui: a) tutela de minorias, b) proteção à cidadania, c) tutela da isonomia, d) redução das desigualdades sociais, e) respeito ao devido processo legal administrativo, f) enfrentamento ao racismo e sexismo, e g) proteção à dignidade humana.

Em se tratando da IA de reconhecimento facial, considerando os princípios da beneficência da tecnologia (a inovação deve promover o bem da humanidade), da tecnologia como meio de aperfeiçoamento da vida e não como finalidade última e maior, os princípios da precaução (dever de adoção de medidas para evitar danos mesmo diante de perigos abstratos) e da prevenção (dever de adoção de medidas para evitar danos diante de perigos concretos), chega-se à conclusão de que muito ainda precisa ser aperfeiçoado tecnicamente nos sistemas de reconhecimento facial antes da sua ampla inserção em seara tão sensível e relevante como é o caso da segurança pública. Além disso, faz-se imprescindível a realização de debates públicos mais amplos quanto ao assunto, debates estes marcados pela diversidade fenotípica, de região geográfica e de formação técnica dos sujeitos debatedores.

As fronteiras da interface das automações de reconhecimento facial com o Direito brasileiro precisam estar cada vez mais claras e, no caso específico das IA de reconhecimento facial na segurança pública, há aparente incompatibilidade com o texto constitucional, diante do seu peculiar modo e potencial de erro, dos vieses de raça e gênero e da possibilidade de reforço de desigualdades estruturantes.

Dessa maneira, analisando o texto constitucional em sua complexidade e sistematicidade, é possível concluir pela impossibilidade atual de incentivo às inteligências artificiais de reconhecimento facial no âmbito da segurança pública brasileira, especialmente frente ao seu contemporâneo estado de desenvolvimento tecnológico, seu recente histórico nacional e internacional de erros e vieses e grande potencial de incremento de desigualdades estruturantes.

No que diz respeito ao Fisco e aos processos judiciais, imprescindível se faz refletir sobre o devido processo legal. Admitindo-se a possibilidade de uma inteligência artificial efetivamente decidir um processo administrativo ou judicial de execução, convém perguntar como adequar esse fato à ideia de devido processo legal e de respeito ao contraditório e à ampla defesa.

O uso das IA para a resolução de casos simples e repetitivos parece muito interessante para viabilizar o acesso à justiça no quesito

duração razoável do processo, porém deve ser implementado de maneira extremamente cuidadosa, com supervisão humana atenta, com respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Assegurar um padrão razoável de garantismo digital é fundamental nesse processo. Do contrário, as perdas civilizatórias e republicanas uma hora se acentuarão.

VI. CONCLUSÕES

A possibilidade de uso das máquinas em atuações públicas tem gerado preocupações no que diz respeito à tutela de liberdades e garantias fundamentais. Se a tecnologia não é um fim em si, se existe para incrementar a qualidade de vida e simplificar processos, é indispensável refletir cuidadosamente sobre a sua inserção em espaços historicamente não ocupados por ela.

É urgente que esses debates não se limitem às discussões de aspectos técnicos da inovação e que também envolvam os seus vieses éticos e a compatibilidade da tecnologia com o sistema jurídico vigente, em especial com a Constituição Federal e com a proteção dos Direitos Humanos.

A despeito de todas as incertezas que o futuro apresenta, é importante enxergar o fato de as inteligências artificiais já serem elementos do presente em diversas atividades. O Estado brasileiro não só já faz uso de IA, como também intenciona ampliar esse uso atual. Justamente por isso, pelas certezas e incertezas que o futuro revela, é indispensável que o Estado adote tecnologias em setores de sua competência com absoluto respeito aos princípios da prevenção e precaução, da beneficência humana e sempre levando em conta que a tecnologia é meio de aperfeiçoamento da qualidade de vida humana e não um fim em si.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. & SUSI, M. (2020). *Proporcionalidade e internet*. Porto Alegre, RS: Sergio Antônio Fabris.
- BARROS, M. *Câmeras com reconhecimento facial no Recife podem agravar racismo e ameaçar direitos*. (2022). Recuperado de: <https://www.brasildefatope.com.br/2022/03/21/cameras-com-reconhecimento-facial-no-recife-podem-agravar-racismo-e-ameacar-direitos>
- CASTRO, Beatriz. *Justiça de Pernambuco usa inteligência artificial para acelerar processos*. (2019). Recuperado de: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2019/05/04/justica-de-pernambuco-usa-inteligencia-artificial-para-acelerar-processos.ghtml>.
- CHRISTENSEN, C. (2011) *O dilema da inovação. Quando as novas tecnologias levam as empresas ao fracasso*. Brighton, Massachusetts: Harvard Business Review Press.
- DA COSTA ABREU, M. & SILVA, B. (2020). *A critical analysis of 'Law 4.0': The use of Automation and Artificial Intelligence and their impact on the judicial landscape of Brazil*. Porto Alegre, RS: RDFT.
- DARDOT, P. LAVAL, C. (2016) *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo, SP: Boitempo.
- Debates apontam para o fim do reconhecimento facial na segurança pública*. (2022). Recuperado de: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/05/18/debates-apontam-para-fim-do-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica>.
- Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial*. (2021). Recuperado de: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf
- FERNANDES, D. *Justiça impede sistema de reconhecimento facial do Metrô de SP*. (2022). Recuperado de: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ptecao-de-dados/reconhecimento-facial-metro-de-sp-23032022>.
- Governo anuncia a criação de 8 laboratórios de inteligência artificial*. (2019). Recuperado de: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/11/04/interna-brasil.803683/governo-anuncia-criacao-de-8-laboratorios-de-inteligencia-artificial.shtml>
- HORA, A. (2021) *Ética em IA – Investigando o Racismo Algorítmico no Reconhecimento Facial*. (Monografia de Graduação em Ciência da Computação) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ.
- Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no Supremo*. (2018). Recuperado de: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>.
- Judiciário ganha agilidade com uso de inteligência artificial*. (2019). Recuperado de: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-ganha-agilidade-com-uso-de-inteligencia-artificial/>.

- MACHADO SEGUNDO, H. (2019) *Inteligência artificial e tributação: a quem os algoritmos devem servir?* Recuperado de: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-13/consultor-tributario-inteligencia-artificial-tributacao-quem-algoritmos-servir>.
- MACIEL, R. (2020). *TJ de Pernambuco disponibiliza ferramenta de IA para execução fiscal e Programa de Formação do CNJ*. Recuperado de: https://www.tjpe.jus.br/comunicacao/noticias/-/asset_publisher/ubhL04hQXv5n/content/tjpe-disponibiliza-ferramenta-de-inteligencia-artificial-para-execucao-fiscal-em-programa-de-formacao-do-cnj?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpe.jus.br%2Fcomunicacao%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_ubhL04hQXv5n%26p_p_lifecycle%30%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1%26p_r_p_564233524_tag%3Delis.
- MARQUES, K. V. (2019) *O ato administrativo e a inteligência artificial: uma abordagem sobre os limites e as possibilidades da utilização de inteligência artificial no contexto da administração pública*. (Monografia de conclusão do curso de especialização em direito administrativo). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN.
- NYBO, E. (2019) *O poder dos algoritmos*. São Paulo, SP: Enlaw
- Plataforma Sinapses*. Recuperado de: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/plataforma-sinapses/inteligencia-artificial/>
- PL 21 de 2020*. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Recuperado de: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928.
- Portaria n.º 271, de 4 de dezembro de 2020*. Regulamenta o uso da IA no Poder Judiciário. Recuperado de: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613> Acesso em 17 de março de 2023.
- Reconhecimento facial no Brasil*. (2022). Recuperado de: <https://igarape.org.br/infografico-reconhecimento-facial-no-brasil/>
- Resolução n.º 332, de 21 de agosto de 2020*. Instituiu o Código de Ética, Transparência e Governança na produção e uso da IA no Judiciário Recuperado de: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429> Acesso em 17 de março de 2023.
- Restaurante popular é reinaugurado em novo endereço no Recife e terá biometria*. (2021). Recuperado de: <https://www.folhape.com.br/noticias/restaurante-popular-naide-teodosio-no-recife-e-reinaugurado-em-novo/192388/>
- SANTOS, F. (2016). *O limite cognitivo do poder humano judicante a um passo de um novo paradigma de justiça: poder cibernético judicante – o direito mediado por inteligência artificial*. (Tese de Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP.
- SANTOS, M. (2021) *Discriminação reproduzida por algoritmos: a tecnologia e as contemporâneas formas de expressão do racismo sobre as mulheres negras*. (Dissertação de Mestrado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco,

Recife, Pernambuco.

SILVA, M. (2022). *As tecnologias de reconhecimento facial para segurança pública no Brasil: perspectivas regulatórias e a garantia de derechos fundamentales*. (Monografía de Graduação em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN.

SIQUEIRA, M. (2020) *A inteligência artificial no Judiciário brasileiro: vamos falar sobre garantismo digital?* Recuperado de: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ino-va-e-acao/a-inteligencia-artificial-no-judiciario-brasileiro-28072020>

SIQUEIRA, M. & SOUZA, K. (2020) *A inteligência artificial na execução fiscal brasileira: limites e possibilidades*. Porto Alegre, RS: RDF.

LA CIBERDEFENSA OFENSIVA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Aproximaciones prospectivas al uso de armas cibernéticas autónomas

LIC. OSCAR NISS

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
 Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
 pp. 237-256

Resumen: La Ciberdefensa es un Área de Capacidad nueva dentro de las Fuerzas Armadas y, al igual que la *defensa*, es parte de su misión principal acorde a nuestra legislación. A diferencia de los dominios tradicionales donde se desarrollan los conflictos armados – tierra, mar y aire - el *Ciberespacio* posee, además de su anclaje territorial, una importante componente de configuración que le da las características propias de la virtualidad.

De igual modo, esta componente virtual, no la exime del impacto o efecto producido en el mundo físico ante un incidente o agresión iniciada en el ambiente cibernético. En el estado del arte actual, la protección de este dominio es mayoritariamente defensiva, no requeriría de elementos ofensivos para el cumplimiento del objetivo, sin embargo el devenir conceptual y tecnológico está migrando hacia sistemas proactivos y no reactivos, impulsados por tecnologías disruptivas como la Inteligencia Artificial (IA).

En ese sentido, el uso dual – civil y militar - de tecnologías para la protección cibernética, conllevaría el riesgo de la propagación de ataques automatizados mediante armas dotadas de IA con efectos indirectos en el mundo físico.

Por lo que, la convergencia de estos dos dominios, en algunos casos indistinguibles para *Ciberarmas* autónomas, que además debieran medir los efectos producidos en una operación *Multidominio*, pone de manifiesto la necesidad de contextualizar y explorar el aspecto normativo de su desarrollo y empleo.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
 Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

Palabras Clave: Ciberarmas autónomas; Ciberdefensa; Inteligencia Artificial; Sistemas de Armas Cibernéticas

Abstract: Cyber Defense is a new Area of Capability within the Armed Forces and, like defense, it is part of its main mission according to our legislation. Unlike the traditional domains where armed conflicts take place - land, sea and air - Cyberspace possesses, in addition to its territorial anchorage, an important configuration component that gives it the characteristics of virtuality.

This virtual component does not exempt it from the impact or effect produced in the physical world by an incident or aggression initiated in the cyber environment. In the current state of the art, the protection of this domain is mostly defensive, it would not require offensive elements for the fulfillment of the objective, however the conceptual and technological evolution is migrating towards proactive and non-reactive systems, driven by disruptive technologies such as Artificial Intelligence (AI).

In that sense, the dual use - civilian and military - of technology for cyber protection, would entail the risk of the spread of automated attacks through AI-enabled weapons with indirect effects in the physical world.

Therefore, the convergence of these two domains, in some cases indistinguishable for autonomous cyberweapons, which should also measure the effects produced in a multi-domain operation, highlights the need to contextualize and explore the regulatory aspect of their development and use.

Keywords: Autonomous Cyber Weapons; Cyber Defense; Artificial Intelligence; Cyber Weapons Systems.

INTRODUCCIÓN

“Un robot no puede hacer daño a un ser humano o, por inacción, permitir que un ser humano sufra daño.

Un robot debe obedecer las órdenes dadas por los seres humanos, excepto si estas órdenes entran en conflicto con la primera ley.

Un robot debe proteger su propia existencia en la medida en que esta protección no entre en conflicto con la primera o la segunda ley.”

Isaac Asimov – Las tres leyes de la robótica

Sin duda, aunque no sin esfuerzo, podemos encontrar paralelismos o puntos de contacto entre lo que acontece en el mundo físico y lo que transcurre en el ambiente creado por el hombre denominado *Ciberespacio*.

Es interesante recordar que tal definición proviene de la literatura de Ciencia Ficción, en particular en obras del autor *William Gibson*, que luego encontró anclaje en las *Tecnologías de la Información y la Comunicación* (TIC). A diferencia de lo imaginado por Gibson, un ambiente enteramente simbólico a la postre, el de la realidad, el que usamos a diario tiene un enorme componente físico, palpable, amortizable en los balances si se quiere. Otro detalle, no de menor importancia, es que gran parte de ese componente físico, contenedor del lógico, tiene anclaje territorial, por ende, podemos delimitarlo en un adentro y un afuera de las fronteras. Estos atributos no hacen sino manifestarnos un ambiente tensionado y atravesado incluso por aspectos vinculados a la geopolítica, cuando se ha convertido en un activo de importancia estratégica para el desarrollo de cualquier sociedad. Así lo entiende la normativa argentina cuando expresa, en su segunda propuesta de *Estrategia Nacional de Ciberseguridad*, que el *Ciberespacio* está concurrido por:

servicios esenciales para la vida de las personas y para la economía, como la energía, el agua, el transporte, las comunicaciones, la educación, la salud, el comercio y los servicios financieros, entre otros, tienen en la actualidad una fuerte dependencia de las redes informáticas. (República Argentina PEN, 2023).

De acuerdo a lo expresado por nuestro país, que va en línea con lo que entienden la mayoría de las naciones, se puede decir que el *Ciberespacio* atañe al quehacer de los gobiernos y al deber ser de los Estados, tanto que la *Organización de las Naciones Unidas* (ONU) publicó en uno de sus informes:

El Grupo [de Expertos Gubernamentales] reafirma las evaluaciones recomendaciones sobre el derecho internacional de los informes de los anteriores Grupos de Expertos Gubernamentales, en particular que el derecho internacional, y en particular la Carta de las Naciones Unidas, es aplicable y esencial para mantener la paz y la estabilidad y para promover un entorno de TIC abierto, seguro, estable, accesible y pacífico. (ONU, 2021).

Así, el *Ciberespacio*, cuya principal red de comunicaciones y almacenamiento de datos es conocida como *Internet*, pasó de ser una herramienta exclusivamente de uso militar en los años '60, para

luego compartir conocimiento entre universidades en los '80, de comercio a partir de los '90 y de difusión de contenidos no formales a partir de las redes sociales. Este brevísimo derrotero podría dar una idea de cuáles serían los *Stakeholders* en cada momento.

En ese contexto, las naciones no tardaron en abordar el tema de la *soberanía* en el Ciberespacio. De las muchas definiciones¹ de este nuevo dominio, tomaremos la de la *Estrategia Nacional de Ciberseguridad* en su segunda versión:

Entorno global compuesto por las infraestructuras de tecnología de la información, incluida Internet, las redes y los sistemas de información y de telecomunicaciones y la dimensión lógica creada a partir del uso de los mismos, que tiene como características esenciales, su dimensión transfronteriza, sin perjuicio de la soberanía de los Estados, su masividad y su vertiginosa y constante evolución. (República Argentina PEN, 2023).

Comprender la *naturaleza* del dominio Cibernético es necesario para poder abordar cuestiones de interés nacional, como son las regulaciones sobre los asuntos de índole soberana² y de defensa del territorio, extendiéndolo desde los dominios tradicionales tierra, mar, aire y espacio, al *Ciberespacio*. En ese sentido, se abordan con distintos resultados, temas relacionados al derecho internacional, a la diplomacia y a una nueva área de capacidad en las Fuerzas Armadas.

Esta nueva etapa, en términos de historia del Ciberespacio, donde las naciones hacen valer sus derechos soberanos, como puede suponerse, representa un enorme desafío intelectual, tanto desde la dimensión tecnológica como normativa legal. En este último aspecto la Ley 27.078 llamada *Argentina Digital*, sancionada en

1 Téngase en consideración que hay tantas definiciones de Ciberespacio como autor haya. Algunas de ellas incluyen a las personas como parte de ese espacio. En nuestra consideración, de ser así, debiera incluirse a las personas en los ambientes tradicionales como tierra, mar y aire desde la dimensión de la Defensa.

2 En la primera versión de la *Estrategia Nacional de Ciberseguridad* del año 2019 se expresa que “Internet representa un dominio global e intangible y un flujo infinito de datos sobre el cual no se ejerce dominio ni soberanía”. Nótese las distintas concepciones acorde al posicionamiento del país en ese espacio. Incluso es notable que esa definición vaya en contra de lo expresado por la comunidad internacional en el seno de la ONU, en los distintos informes del GEG.

diciembre del 2014 adelantaba, en su ARTÍCULO 2º, que “las disposiciones de la presente ley tienen como finalidad garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica...”³. Ya se introducían en la norma nacional los conceptos de independencia y derechos humanos en el Ciberespacio, cuestión abordada luego en organismos internacionales.

Al hablar de soberanía, se abre un debate sobre los conceptos consensuados por el concierto de las naciones en los ambientes tradicionales, pero que no están del todo claros en la dimensión Ciberespacial: cuándo existe violación de soberanía, cómo se perfecciona un ataque, cuándo hay uso de la fuerza, la aplicación del *Derecho Internacional Humanitario* (DIH), la no interferencia en los asuntos de otros Estados, las opciones de respuesta ante una violación de soberanía, entre otros desafíos.⁴

El debate sobre los temas planteados es llevado a cabo en el seno de la ONU, con la conformación de un *Grupo de Expertos Gubernamentales* (GEG) *sobre los avances en la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional*, emitiendo un primer informe en el año 2010. Han existido tres GEG que han examinado las amenazas existentes y potenciales en el ámbito Cibernético y las posibles medidas de cooperación entre naciones para abordarlos. En su introducción expresa que “cada vez son más numerosos los informes de que los Estados están desarrollando tecnologías de la información y las comunicaciones como instrumentos de guerra y para fines de inteligencia y políticos” (ONU A/65/201, 2010). Como puede observarse si hablamos de *instrumentos de guerra*, necesariamente hay que abordar de qué trataría ese instrumento en el nuevo ambiente.

En ese mismo sentido, la reciente Resolución Ministerial

3 Nótese que la primera versión de la *Estrategia Nacional de Ciberseguridad* del año 2019 RESOL-2019-829-APN-SGM#JGM, se contrapone a una norma de mayor orden como la Ley 27078 del año 2014, en lo relacionado a la soberanía en cuánto independencia tecnológica.

4 En nuestra opinión el debate sobre aspectos normativos, legales y de soberanía en el Ciberespacio llegó tarde. Hay un fuerte *status quo* sostenido por algunas naciones y por corporaciones tecnológicas que deja poco lugar al debate, o lo vacía demasiado. El caso de la IA puede correr riesgo de seguir el mismo camino.

105/2023 del Ministerio de Defensa, aprobó la *Política de Ciberdefensa*, que responde a las directivas del Presidente de la Nación, que mediante Decreto 457/2021 denominado *Directiva Política de Defensa Nacional* (DPDN) instruye a ese Ministerio a “contemplar e incluir el desarrollo doctrinario, planeamiento, diseño y elaboración de la política de Ciberdefensa en el nuevo Ciclo de Planeamiento de la Defensa Nacional”.⁵ Como se ve, las diferentes dimensiones de la problemática planteada por el *Ciberespacio*, son reconocidas por las naciones y así lo expresan en sus normas. En este caso, por primera vez en nuestro país, el Ciclo de Planeamiento incluye esta dimensión de manera expresa y no sólo en sus considerandos.

El Decreto 457/2021 reconoce que “si bien las acciones de ciber guerra poseen su origen en el ámbito virtual de los sistemas informáticos y las redes de comunicación, también pueden impactar sobre el mundo físico” (ARG DCTO-2021-457-APN-PTE). La Ley de Defensa 23.554/1988 enmarca que en su conjunto que el planeamiento debe estar basado en una estrategia defensiva y disuasiva, autónoma y cooperativa. Esta situación se da por excelencia en la defensa del *Ciberespacio*. Sin embargo, la cuestión *ofensiva* en este ambiente está expresada en toda documentación ya sea nacional o internacional, como iniciativa o como preocupación. En ese sentido, la *Política de Ciberdefensa* expresa:

Es necesario el resguardo soberano del mismo, asegurando la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información contenida, tanto administrativa, como las operacionales de los sistemas de mando y control, incluido los sistemas de armas que por su tecnología así lo requieran. (Ministerio de Defensa RESOL-2023-105-APN-MD, 2022)

Sumado al problema ya planteado de la conformación del *Ciberespacio* debemos agregar lo que las tecnologías disruptivas presentan como desafío, tanto al momento de su adopción como al

5 Hay que hacer una consideración, en el sentido que la Ciberdefensa alude a una capacidad de las Fuerzas Armadas, esto ocurre en casi todos los países; en cambio cuando hablamos de Ciberseguridad se hace referencia a políticas y normas para lograr un estado de menor exposición al riesgo cibernético que ocurre en una red informática, donde se incluyen procedimientos, tecnología y formación de recursos humanos. Como en el caso del *Ciberespacio*, hay más de una definición. Por otro lado, el Ciberdelito, alude a conductas tipificadas penalmente que se cometen mediante dispositivos electrónicos o contra un sistema informático.

momento de normar. Esto ocurre con el advenimiento de la quinta generación de tecnologías de telefonía móvil (5G), el entrelazamiento cuántico para las comunicaciones, la computación cuántica y la Inteligencia Artificial (IA), entre otras. Sabido es que la velocidad de difusión de la tecnología crece, particularmente en los últimos años, dado el notable acortamiento del ciclo de vida de los productos como consecuencia del incesante y creciente flujo de innovación tecnológica. Este ritmo complejiza aun más los intentos regulatorios y de *control* por parte de los Estados, desafiando su comprensión y plexo normativo.

En particular la IA incide de manera similar a lo planteado en su momento para el *Ciberespacio*, en lo referido a la construcción de sentido, su *significante* y el ulterior debate ético y normativo. La DPDN toma nota de la problemática expresando que:

Se están perfeccionando los usos militares de las tecnologías robóticas, cibernéticas, de inteligencia artificial y de sensores remotos. Las innovaciones científicas y tecnológicas de años recientes exhiben un paradigma de avanzada, que ha llevado a los sectores de defensa de varios países a ensayar estrategias que perfeccionan la protección ante potenciales ataques. En casos específicos, esas innovaciones se han traducido en capacidades militares ofensivas. (ARG DCTO-2021-457-APN-PTE, p 39)

Sin duda la IA agrega un componente hartamente complejo a la problemática conceptual y de uso de las Ciberarmas dotadas de autonomía. Pero, para poder avanzar en algunas aproximaciones es necesario respondernos algunas preguntas, ¿De qué trata una Ciberarma y qué características la dotan de automatismo? ¿Cuándo existe uso de la fuerza en el espacio Cibernético? ¿Podría una Ciberarma autónoma distinguir objetivos militares de objetivos civiles? ¿De quién sería la responsabilidad de un Ciberataque autónomo?

CIBERARMA Y AUTOMATISMO

Debemos en primer lugar, procurar discernir qué es una *Ciberarma*. Los paralelismos con el mundo físico, si bien son de utilidad para dar forma a objetos intangibles, no siempre deparan una feliz estrategia para la comprensión, pero pueden acercarnos a una interpretación. Una definición sencilla de *Ciberarma* nos la proporciona la *Junta Interamericana de Defensa* (JID): “Software específicamente diseñado para causar un daño o efecto perjudicial a un elemento del ciberespacio

pudiendo tener consecuencias físicas en los ámbitos de operaciones convencionales” (Junta Interamericana de Defensa, p. 13).

Sin embargo, el caso que nos ocupa del automatismo, requiere profundizar en esa definición para permitimos un posterior abordaje de las responsabilidades. Haciendo un paralelismo con las armas convencionales, podríamos asociar una *Ciberarma* con la munición y concebirla como una única pieza o bien separarla al estilo convencional. Podríamos decir que el arma o *vector* de ataque es por ejemplo un *correo electrónico* que lleva la munición o *carga explosiva* como archivo *adjunto*; también hay quienes consideran al usuario de una computadora como *vector*, siendo en este caso responsable de trasladar la *carga explosiva* mediante un desprevenido acceso a un *enlace* o link que la descargaría. Entendemos en estos casos como *vector*, al elemento que porta o que traslada la *carga explosiva* hacia el blanco, siendo la *carga explosiva* en el mundo cibernético, una *Pieza de Software Maliciosa* (PSM). También podríamos considerar como arma o vector, a un archivo válido adjunto a un correo electrónico, que en el interior de su código llevase una serie de *instrucciones* maliciosas.⁶ Resumiendo, la *Ciberarma*, de alguna manera, trasladará la PSM hacia el objetivo, en general hacia el interior de un dispositivo tecnológico con el fin de producir determinados efectos.

La complejidad, si hasta aquí no lo es, aparece cuando a la *Ciberarma* la dotamos de automatismo, con algoritmos de IA y *Maching Learning* (IA/ML). Tenemos que diferenciar aquí un concepto. Hay armas convencionales, de efectos exclusivamente *kinéticos*, como por ejemplo el *sistema antitanque Spike LR2* con inteligencia artificial de la firma *Rafael Advanced Defense Systems*. Este arma dispone de un buscador electro óptico que incluye un sensor infrarrojo no refrigerado y un sensor diurno de color de alta definición para el apartado del guiado del misil. Según la firma, “este nuevo buscador incluye capacidades de rastreo de objetivos mediante IA para mantener el bloqueo del objetivo, casi sin necesidad de intervención del tirador”. Abundan los ejemplos de *sistemas de armas*⁷ que han sido

6 Llamamos pieza o instrucciones maliciosas a código de programación que pretende provocar un daño en la computadora o dispositivo al que accedió.

7 Sistema de Armas es el conjunto de medios, elementos asociados, técnicas y procedimientos, cuya integración conforma un instrumento de combate eficaz para el logro de un efecto determinado. Cuando se habla de un efecto determinado, no implica el empleo de las armas necesariamente. De ahí

modernizados con elementos TIC e IA. Drones y hasta elementos para la logística militar como la iniciativa del Ejército Argentino, a través de su Facultad de Ingeniería, para el desarrollo de un *Veículo Autónomo de Exploración* (VAE). Si bien estos elementos podrían clasificarse como *Sistemas de Armas Autónomos* ya que buscan, identifican y completan su misión de manera independiente, sin intervención humana, en este artículo nos referiremos a lo que definimos como *Sistemas de Ciberarmas Autónomos* (SCA), esto es, que cumplen su misión desde el *Ciberespacio* y siendo su *Ciberterreno Clave*⁸ las capas cognitiva, lógica o TIC del *Ciberespacio*, independientemente del *efecto kinético* que pueda provocar en el mundo físico, como puede verse en la *Tabla 1*.

Tabla 1		
Tipología de Sistemas de Armas Autónomos según su dominio / capa ⁹ de lanzamiento y objetivo		
Capa Lanzamiento	Capa Objetivo	Clasificación
Cibernético / Lógica y/o TIC	Cibernético / Cognitiva, Lógica y/o TIC	Sistema de Ciberarmas Autónomo (SCA)
Cibernético / Lógica y/o TIC	Físico / Efecto Indirecto	Sistema de Ciberarmas Autónomo (SCA)
Físico	Cibernético / Cognitiva, Lógica y/o TIC	Sistema de Armas Autónomo (SAA)
Físico	Físico	Sistema de Armas Autónomo (SAA)

Nota. Se engloban todos los dominios tradicionales (tierra, mar, aire y espacio) en un solo llamado físico.

Son entonces, *Sistemas de Ciberarmas Autónomos* (SCA), los que son empeñados en *Operaciones Multidominio*⁹ desde el domi-

que un radar, considerado sistema de armas de apoyo operativo, es capaz de realizar efectos tales como vigilar, detectar, alertar, dirigir, sin que en ningún caso implique el empleo de armamento. (fuente FAA).

8 El Ciber Terreno Clave (CTC) es el conjunto de elementos del ciberespacio, en cualquiera de sus capas (humana, ciberhumana, cognitiva, lógica, TIC y geográfica), que facilitan las actividades, operaciones o funciones esenciales para la misión y cuya destrucción, interrupción o captura generaría una ventaja operativa para el adversario. (Fuente JID – Guía de Ciberdefensa 2020).

9 El foco de las Operaciones Multi-dominio “se centra en todas las dimensiones del campo de batalla y no en una amenaza determinada” (Fuente - Johnson, 2018, p.6).

nio Cibernético, en sus capas *Lógica y/o TIC*. Si bien los SCA pueden influir en la maniobra operacional a través de efectos kinéticos, estos siempre tienen su origen en la dimensión Cibernética.

Estos sistemas de armas entonces, que se empeñan desde el entorno ciberespacial, pueden estar dotadas de automatismo mediante lógicas de IA/ML. En este punto es necesario distinguir “entre sistemas automáticos y sistemas autónomos explicando que los primeros funcionan con instrucciones pre programadas para llevar a cabo una tarea específica, mientras que los segundos actúan dinámicamente para decidir, cuándo y cómo llevar a cabo una tarea” (ICRC, 2014, p. 5).

Los sistemas automáticos actúan basándose en instrucciones deterministas (basadas en reglas), mientras que los sistemas autónomos con IA actúan sobre la base de un *razonamiento estocástico* (basado en probabilidades), que introduce incertidumbre, pero también utiliza otras técnicas, como el razonamiento deductivo, el razonamiento inductivo y el aprendizaje automático, entre otros. El razonamiento estocástico se utiliza por ejemplo para modelar la variabilidad sobre la captura de imágenes o sonidos; por ejemplo, detectar patrones, y así asignar una probabilidad. El razonamiento deductivo, basado en el aprendizaje previo, agrega eficacia, permitiendo a la IA resolver problemas específicos que requieran de inferencias precisas y más exactas. Podemos seguir agregando características al método resolutivo de una IA/ML, aunque aun así podrían conllevar un margen de error probable e impreciso en la etapa de diseño de la pieza. En esa instancia se determina el tipo de algoritmo de reconocimiento utilizado, se plasman reglas y se procede a su entrenamiento¹⁰. El reconocimiento preciso de patrones es necesario tanto para un SCA como para un SAA.

Otra característica no menos importante de las SCA es que el tiempo transcurrido entre la inyección de la munición en la infraestructura a atacar y los efectos, pueden variar entre fracciones de segundos a años. En ese sentido, una *Ciberoperación*, al igual que una operación convencional, tiene una cadena de etapas: el reconocimiento del objetivo o infraestructura a atacar; la preparación de la

10 Sin embargo, otros factores que intervienen en la efectividad para el caso de Sistemas de Armas Autónomos son los dispositivos sensores utilizados, que captarán imágenes, sonidos, condiciones ambientales y por supuesto el entorno o ambiente en que se encuentre el objetivo estando en operaciones.

Pieza de Software Maliciosa; la entrega; la explotación a fin de posicionarse o encontrar objetivos; la instalación una vez encontrado; la fase de mando y control (C2) donde puede recibir instrucciones desde un sistema externo que puede estar operado por una IA/ML; y por último las acciones sobre el objetivo. Las etapas previas a la inyección y las posteriores pueden durar un tiempo indefinido. Las acciones sobre el objetivo, por ejemplo si hablamos de una operación de *exfiltrado* de información, puede durar meses. En casos, el tiempo para producir los efectos, puede ser de años incluso, ya que la pieza permanece en estado latente hasta que se decide su activación, tal es el caso de las *Amenazas Persistentes Avanzadas* (APT)¹¹.

Resumiendo, los SCA, buscan, identifican y defienden / atacan objetivos de manera independiente, sin intervención humana, produciendo efectos primarios en el ambiente Ciberespacial o efectos *kinéticos* secundarios, utilizando técnicas de IA/ML.

USO DE LA FUERZA EN EL CIBERESPACIO

Habiendo hecho una aproximación a lo que constituiría una *Ciberarma* o un SCA, debemos avanzar sobre en qué casos se constituiría el *uso de la fuerza* en este dominio, ya que no todo ataque conlleva esa calificación. Claramente un GEG se expresó en ese sentido:

Al examinar la aplicación del derecho internacional a la utilización de las *TIC* por los Estados, el Grupo consideró de importancia fundamental los compromisos de los Estados con los siguientes principios de la Carta y de otro derecho internacional: (...) abstenerse en sus relaciones internacionales de la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o de cualquier otra manera incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas; (...). (ONU A/70/174)

A fin de entender el uso de la fuerza en el *Ciberespacio*, Noruega hizo una contribución en un informe de la ONU, apoyada por muchos países miembros donde entiende que:

Una *Ciberoperación*¹² puede constituir el uso de la fuerza o in-

11 APT por su denominación en Ingles *Advanced Persistent Threats*, se trata de un Ciberataque que se prolonga en el tiempo y dirigido por un proceso de *Mando y Control* en el que el atacante obtiene acceso a una infraestructura y permanece sin ser detectado por un período indefinido.

12 Las Ciberoperaciones son acciones militares planificadas, organizadas,

cluso un ataque armado si su escala y sus efectos son comparables a los del uso de la fuerza o de un ataque armado por medios convencionales. Esto debe determinarse sobre la base de una evaluación caso por caso teniendo en cuenta las circunstancias específicas. (Sentencia de 27 de junio de 1986, ICJ Rep., 1986, p. 14)

Está clara la complejidad desde el momento que Noruega propone el tratamiento *caso por caso*. Sin embargo, podemos procurar conceptualizar la constitución de las operaciones en el Ciberespacio como manera de entender luego el uso de la fuerza. En ese sentido, las *Ciberoperaciones* pueden restringir sus efectos al dominio cibernético o bien extenderlas al mundo físico, de manera indirecta. Las *Operaciones Multi-Dominio*¹³ se diferencian por cuanto integran el espacio físico y el Ciberespacio como dimensiones del campo de batalla de carácter no lineal y sin límites físicos ni geográficos *convencionales*. Operar en el *Ciberespacio* y en el espacio presenta un gran desafío para los efectos no kinéticos y fuegos no letales, por cuanto son extremadamente difíciles de medir en forma cuantitativa y física¹⁴. “Por ende, el proceso de Evaluación del daño en Batalla (EDB) resulta extremadamente complejo para medir el nivel de rendimiento (NDR) de un Ciberataque sobre un nodo crítico adversario” (Miranda, p. 7).

Vemos así la problemática de cuantificar los efectos producidos a fin, en nuestro caso, de determinar si hubo o no uso de la fuerza. Como vemos, no basta con utilizar un *Ciberarma* sino que se deben evaluar los efectos buscados o producidos. Para ello, una serie de indicadores propuestos en los debates académicos que cooperan en la determinación del uso de la fuerza, podrían sintetizarse en los siguientes:

- el origen de la operación y la naturaleza del instigador (militar o no);
- la naturaleza del objetivo previsto, por ejemplo, el carácter militar de la infraestructura atacada;

coordinadas y llevadas a cabo por unidades de ciberdefensa con la finalidad de lograr efectos en el ciberespacio, así como en los otros ámbitos de operaciones.

13 En esencia hablamos de operaciones que se desarrollan en los dominios físico y cibernético.

14 Adaptación del texto OPERACIONES MULTI-DOMINIO: SOLUCIONES TÁCTICAS PARA DESAFÍOS ESTRATÉGICOS Y OPERACIONALES de Osvaldo Alaniz Miranda.

- el alcance de la intrusión/gravedad del ataque;
- los efectos reales o previstos de la operación;
- la inmediatez de los efectos;
- la profundidad de penetración de la infraestructura cibernética.

Es importante destacar que un GEG reconoció la aplicación del Artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas (ONU), donde en resumidas cuentas se insta a los países miembros a: respetar la jurisdicción de los Estados sobre el territorio, incluida la infraestructura de TIC que se encuentra allí; la prohibición del uso de la fuerza; la prohibición de la intervención interna de la intervención interna de otros Estados; la obligación de respetar el territorio soberano de otros Estados; la obligación de no permitir a sabiendas que su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados; y la obligación de respetar los derechos humanos.

Nótese, del párrafo anterior, la cantidad de líneas de investigación o debates que se desprenden para el caso que nos ocupa. Porque la IA/ML puede utilizarse en cualquiera de los casos que la ONU toma en consideración. Pero para este artículo, nos centraremos en la *prohibición del uso de la fuerza*.

Reforzando lo dicho en el apartado anterior, debemos tener en cuenta que una vez catalogada una pieza de software (PSM) como *Ciberarma*, debemos analizar una serie de indicadores para determinar, luego de una operación, si su empleo constituyó el uso de la fuerza o no.

Si bien nos estamos centrando en el uso de Ciberarmas por parte de los Estados, debemos considerar que la mayoría de ellas están diseñadas para *uso dual*, esto es civil y militar. También, como en lo convencional, existe apropiación de Ciberarmas diseñadas para uso exclusivo militar, comercializada y utilizada en operaciones civiles por parte de delincuentes o grupos para estatales. Sin embargo, a diferencia de las armas convencionales, debemos tener en cuenta que su diseño y producción está al alcance de un individuo con los conocimientos necesarios, con bajísimos costos y además con ayuda hoy de la IA. Capítulo aparte es el uso de la IA para el diseño de armas, que ameritaría un proyecto de investigación, donde sería interesante preguntarse sobre la regulación de la IA para estos casos.

Resumiendo, para determinar si hubo *uso de la fuerza*, materia condenable en ese caso, se deben analizar cada uno de los factores

que determinan el umbral. Este análisis es similar y representa similar complejidad sea que se trate de un Ciberarma con o sin IA/ML.

IDENTIFICACIÓN DE OBJETIVOS Y RESPONSABILIDADES

Un elemento estrechamente vinculado al concepto y diseño de un SCA está relacionado a la obligación del sistema de distinguir objetivos militares de civiles. Recordemos los Convenios de La Haya de 1907, cuya finalidad primordial consiste en limitar la guerra a ataques contra objetivos *necesarios* para el resultado de las operaciones militares. La población civil, por consiguiente, debe de ser protegida contra los ataques militares. Esto también es válido en el ambiente Cibernético, aunque algunos informes consideran que es importante distinguir los dos aspectos principales de la aplicabilidad del DIH: uno se refiere a la si el DIH rige las operaciones cibernéticas que complementan las operaciones militares kinéticas existentes durante los conflictos armados; y el otro a la cuestión de si las operaciones cibernéticas por sí mismas - sin operaciones kinéticas- pueden estar reguladas por el DIH.

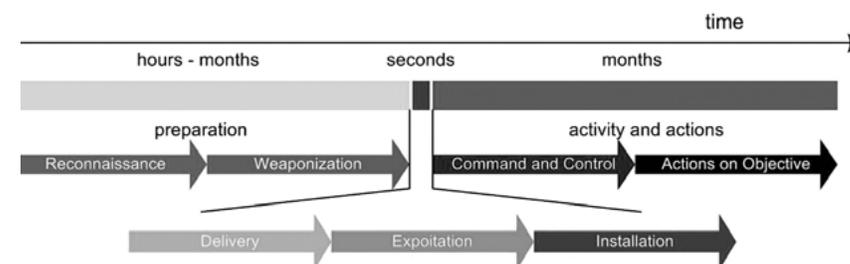
Otro elemento de consideración es el *Manual de Tallin*¹⁵, que tiene como finalidad reafirmar y aclarar el derecho internacional que regula la guerra cibernética, incluidos el derecho que rige el empleo de la fuerza entre Estados (*jus ad bellum*) y el derecho que rige la conducta de las partes en conflictos armados internacionales y no internacionales (*jus in bello*). El manual no aborda las actividades cibernéticas que tengan lugar por debajo del umbral del “empleo de la fuerza” o de un conflicto armado, ni tampoco analiza la cuestión de los derechos humanos. Por todo ello es clara la determinación del uso de la fuerza en el ambiente cibernético a fin de considerar las normas que aplican a los conflictos armados.

En ese sentido, los tratados imponen distinguir los objetivos civiles de los militares, que son los necesarios para el cumplimiento de una misión, por lo que los SCA también deben incorporar esta característica propia de la etapa de *diseño*, ya que un arma con IA/ML no *enseñada* a distinguir el tipo de objetivo, no lo hará al momento de una misión. Debemos distinguir aquí también las armas

15 Téngase en cuenta que el Manual de Tallin es un compendio académico no vinculante.

empleadas en una *Ciberoperación Ofensiva*, de una *Defensiva*¹⁶. El SCA con capacidad de producir efectos que superen el umbral del uso de la fuerza, en general son de tipo ofensivos.

A fin de evaluar la capacidad de un SCA de reconocer el tipo de objetivo, es interesante observar el modelo de *Cyber Kill Chain*¹⁷, que propone la estructura de un Ciberataque.



Como vemos en la Figura 1, las etapas de un Ciberataque tienen tres momentos que lo ordenan: *preparatorio*, *intrusión* y *acciones*. Cada una de las etapas podría hacer uso de distintos sistemas de armas e incluso todas podrían estar dotadas de IA/ML. Por supuesto estamos hablando aquí de *Operaciones* complejas en el *Ciberespacio*, también conocidas como *Amenazas Persistentes Avanzadas* (APT), que ya hemos mencionado. Una operación de este tipo es llevada a cabo por unidades con algún grado de sofisticación importante o bien por Estados y están dirigidas a un objetivo específico.

En ese sentido, bajo la hipótesis que planteamos donde estas operaciones necesitan de estas etapas para cumplirse, podríamos distinguir en cada una de ellas una dinámica y misión diferenciadas, que juntas hace a la operación completa. No es intención de este artículo profundizar sobre cada una, pero sí procurar discernir dónde la IA/ML debiera saber distinguir los distintos tipos de objetivos.

Así, en la etapa preparatoria de *reconocimiento* el atacante realiza “una huella digital (*fingerprinting*) del objetivo para crear un es-

16 Desde el punto de vista del planeamiento existen distintos tipos de Ciberoperaciones: defensivas, ofensivas, reactivas, anticipativas, exploratorias y otras.

17 Cadena de Ciberexterminio (Cyber Kill Chain) es un modelo diseñado por la empresa Lockheed Martin. En general de uso militar que identifica la estructura de un ataque, también se lo utiliza para los Ciberataques.

quema o mapa de sus redes y sistemas TIC, estructura organizativa, relaciones, comunicaciones y afiliaciones e identificar sus vulnerabilidades, tanto técnicas como humanas, para posteriormente poder infiltrarse y explotar la red” (Junta Interamericana de Defensa, p. 33).

El conjunto de herramientas que se utilizan en esa etapa de *inteligencia* no necesariamente constituye un sistema de armas, de hecho por lo general no suele calificarse así al conjunto de recursos utilizados para ese fin. Sin embargo, sí la información recolectada es el *insumo* básico para la construcción de un SCA propiamente dicho. Pero avancemos a la siguiente etapa, la de la *weaponization*¹⁸ o de *preparación* del arma, veamos que dice la JID:

En la fase de *preparación*, en base a la información obtenida en la fase de *reconocimiento*, el conocimiento detallado de los recursos propios y los tipos de efectos deseados, se planifica el cibertaque, se seleccionan las herramientas más eficaces y se produce el armado de la carga útil (malware y exploits idóneos para explotar las vulnerabilidades conocidas o desconocidas) en los vectores de ataque (documentos pdf o word, dominios web comprometidos, emails suplantados, dispositivos de memorias usb, etc.). (Junta Interamericana de Defensa, p. 33)

Si pensamos que estas dos etapas, como las demás, podrían estar utilizando tecnologías de IA y su subconjunto de *Maching Learning*¹⁹ (ML), podríamos suponer con poco margen de error que serían claves para la identificación de objetivos. Una *herramienta* cuya misión es el reconocimiento de infraestructuras tecnológicas que luego serán los objetivos del ataque, debiera poder reconocer la *propiedad* militar del objeto estudiado. Sin duda esto es más claro de entender cuando hablamos de Sistemas de Armas Autónomos que opera en la capa *kinética*; distinguir una base militar de un hospital no parecería del todo complejo. Pero aquí estamos analizando los SCA donde el objetivo está en el ambiente cibernético, aunque pudiendo tener efectos físicos indirectos. Sin duda, la etapa de diseño de las herramientas de *reconocimiento*, como la de la *munición*, dotadas de IA/ML, deben contemplar en sus algoritmos la capacidad de reconocimiento y aprendizaje posterior para la distinción de

18 *Weaponization*: militarización, en contextos de operaciones militares, es el término utilizado para la preparación del artefacto.

19 Técnica utilizada para el aprendizaje automatizado de algoritmos en base la experiencia, son un subconjunto de la IA.

los dos objetivos con alta precisión.

En ese sentido, los ejércitos de las principales potencias como EEUU estudian la evaluación de infraestructura cibernética automatizada, así lo expresa un informe de la *United States Special Operations Command* (USSOCOM): “la SOF [Fuerza de Operaciones Especiales] está interesada en tecnologías que puedan proporcionar la detección automática, geolocalización y caracterización del terreno cibernético dentro de determinadas áreas de interés”. (Agency: United States Special Operations Command, 2020, p. 12)

De avanzar en ese sentido, donde la *detección automática de objetivos* proporcione un aceptable grado de certeza, y de estar bien diseñados y entrenados, los sistemas autónomos debieran tener *menos posibilidades de ser utilizados de modo mal intencionado o erróneo contra objetivos civiles*, ya que las caracterizaciones precisas de los *terrenos o Ciberterrenos clave* serían más certeras.

Sin embargo, otra complejidad que se presenta, es que existen infraestructuras que podrían ser *subsidiarias* al Sistema de Defensa, constituyendo un *objetivo* en momentos de una operación militar. En estos casos la supresión de un objetivo civil sería necesario para el *cumplimiento* de una misión militar. Queda abierto el interrogante ¿quién tomaría esa decisión?. Al igual que en las armas convencionales, las responsabilidades en su diseño y empleo están bastante claramente divididas; con las *Ciberarmas* ocurre lo mismo, pero sin duda la IA/ML inclinaría más hacia el lado del diseñador, la balanza de la responsabilidad, ya que *–a priori–* no sería tan sencillo torcer su aprendizaje y dirigirla contra un objetivo para el cual no fue diseñada.

Para finalizar, las pautas de reconocimiento de objetivos y su distinción, incluidas en la etapa de *diseño*, constituyen el punto clave donde poner la atención al momento de exigir el cumplimiento de pactos internacionales en lo referente al DIH.

CONCLUSIÓN

Como se ha visto a lo largo de este artículo, la complejidad presentada por las tecnologías de IA/ML aplicadas a la *Ciberdefensa Ofensiva* en operaciones militares, exceden al análisis que pueda hacerse desde una sola dimensión y requieren de un abordaje multidisciplinario.

Las Ciberarmas con IA/ML o SCA - si bien su empleo debiera estar restringido en algunos casos al uso militar - se venden en mercados de la *Deep* o *Dark Web*²⁰ al que puede acceder una organización civil. Por otro lado el diseño desaprensivo de un Malware utilizando una IA está disponible para cualquier persona con algunos conocimientos técnicos, si bien no representan una verdadera amenaza a infraestructuras de magnitud, se debe considerar la regulación de las funciones de las IA en cuanto al diseño de piezas que puedan ocasionar daños al ser humano.

El conocido, por estos días, *CHAT-GPT* de *OpenAI*, consultado sobre el sesgo en la programación de los algoritmos de las *Ciberarmas* dice que:

Es importante que quienes diseñan y programan las Ciberarmas con inteligencia artificial tomen medidas para minimizar el sesgo en los datos y en el algoritmo, y para garantizar que las decisiones que tome la Ciberarma sean justas y éticas. Esto implica la necesidad de implementar procesos rigurosos de verificación y validación para evaluar la efectividad y la imparcialidad de las Ciberarmas antes de ser utilizadas. (CHAT-GPT)

El problema seguramente sea quién *verifica* y *valida*. Quizá para el caso de los *Sistemas de Ciberarmas Autónomos*, deban pensarse en organismos o acuerdos específicos entre las naciones. Como se dijo al comienzo, las tecnologías disruptivas se *llevan por delante* las normas, corren delante de ellas. Aún no se canceló el debate sobre la *Paz y Seguridad en el Ciberespacio*, dado en el seno de la ONU y ya se le agrega una complejidad más con la irrupción de la IA/ML.

Otra dimensión de la IA/ML para uso militar, que excede este trabajo, es la generación de información falsa para interferir en la maniobra del *oponente*. Basta citar el informe del *United States Special Operations Command* (USSOCOM) donde propone el uso de estas nuevas tecnologías para desarrollar “operaciones de influencia, engaño digital, interrupción de la comunicación y campañas de desinformación en el borde táctico y los niveles operativos” (Agency: United States Special Operations Command, 2020, pág. 16). Se abre aquí una línea de investigación que llega a los límites de la convivencia entre naciones, si se quiere. “Es una tecnología

20 Denominación asignada a la web profunda no indexada por los buscadores convencionales.

peligrosa”, dijo Rizzuto, investigador del Atlantic Council. “No se puede moderar esta tecnología de la misma manera que abordamos otros tipos de contenido en Internet”, dijo. “Los deepfakes como tecnología tienen más en común con las conversaciones sobre la no proliferación nuclear”.

Esta tecnología de la IA/ML, disruptiva por excelencia, plantea nuevos paradigmas en el desarrollo de la *Ciberdefensa Ofensiva* y los conflictos armados, que deben ser abordados con la suficiente antelación que otras tecnologías disruptivas también requerían y no tuvieron. El aspecto legal, las normas y las leyes del derecho internacional, y la diplomacia para el mantenimiento de la seguridad y la paz en el *Ciberespacio* están nuevamente tensionadas con el avance acelerado de la Inteligencia Artificial.

REFERENCIAS

- Agency: United States Special Operations Command. (2020). *BROAD AGENCY ANNOUNCEMENT USSOCOM-BAAST-2020*.
- ARG DCTO-2021-457-APN-PTE. (s.f.). Directiva de Política de Defensa Nacional 2021.
- ICRC. (2014). *Report of the ICRC Expert Meeting on 'Autonomous weapon systems'*.
- Junta Interamericana de Defensa. *Guía de Ciberdefensa*.
- Ministerio de Defensa RESOL-2023-105-APN-MD. (2022). Política de Ciberdefensa. Argentina.
- Miranda, O. A. *OPERACIONES MULTI-DOMINIO: SOLUCIONES TÁCTICAS PARA DESAFÍOS ESTRATÉGICOS Y OPERACIONALES*.
- ONU A/65/201. (2010). *Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los avances en la información y las telecomunicaciones*.
- ONU A/70/174.
- ONU. (2021). *Informe de las Naciones Unidas A/76/135*.
- República Argentina PEN. (02 de 1 de 2023). <https://www.argentina.gob.ar>. Recuperado el 28 de 02 de 2023, de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resolucion-1-2023-377806/texto>
- Sentencia de 27 de junio de 1986, ICJ Rep. (1986).

INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: La interpretación legal a la luz del principio precautorio y democrático

MARCUS VINÍCIUS FILGUEIRAS JÚNIOR

Institutos de Educación Superior del CENSA (ISECENSA). Centro Universitario Fluminense (UNIFLU), Campos dos Goytacazes (RJ), Brasil.

marcus_filgueiras@yahoo.it

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
 Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
 pp. 257-280

Resumen. El artículo busca presentar elementos para hacerse la interpretación legal de los sistemas normativos de la Administración Pública que determinen o autoricen el uso de inteligencia artificial (IA). Considerando el actual estadio de desarrollo de la IA, se investiga los límites para su utilización en la Administración Pública desde los principios precautorio, de la publicidad, motivación y democrático. Se parte de la premisa de que los sistemas dotados de la IA pueden presentar decisiones inéditas y desconocidas previamente. El principio precautorio impone al agente público que, en subsistiendo dudas sobre la posibilidad de sobrevenir daños irreversibles, genera el deber de no autorizar la actividad administrativa. Los principios de la publicidad y motivación – expresiones concretas de la democracia – requieren transparencia y explicabilidad previa acerca de los criterios decisorios administrativos. Además, los criterios discrecionales del agente público electo por medio democrático pasan a ser sustituido por otro desconocido en caso de uso de la IA. Se concluye que, a pesar de la importancia de la IA, ella encuentra límites para utilización por la Administración Pública en materias que pueden causar daños irreversibles o que requieren ejercicio de competencias discrecionales, ya que acaba produciendo decisiones inéditas, sin posibilidad de conocimiento y control previo.

Abstract. The article seeks to present elements for the legal interpretation of the normative systems of the Public Administration that



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
 Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

determine or authorize the use of artificial intelligence (AI). Considering the current stage of development of AI, the limits for its use in the Public Administration are investigated from the precautionary, publicity, motivation and democratic principles. We start from the premise that systems equipped with AI may present unprecedented and previously unknown decisions. The precautionary principle imposes on the public agent that, if there are still doubts about the possibility of irreversible damage, it generates the duty not to authorize the administrative activity. The principles of publicity and motivation - concrete expressions of democracy - require transparency and prior explanation of the administrative decision-making criteria. Moreover, the discretionary criteria of the democratically elected public agent are replaced by an unknown one in the case of the use of AI. It is concluded that, despite the importance of AI, there are limits to its use by the public administration in matters that may cause irreversible damage or require the exercise of discretionary powers, since it ends up producing unpublished decisions, without the possibility of prior knowledge and control.

I. INTRODUCCIÓN

La inserción del mecanismo de inteligencia artificial (IA) en los sistemas informáticos se ha convertido en un tema de investigación prácticamente inevitable en diversos campos científicos y filosóficos.

Los beneficios de las altas tecnologías, incluida la IA, son innegables. Deben ser investigados para contribuir al desarrollo de la sociedad. Se puede constatar numerosos avances en sectores como la salud, seguridad, meteorología, educación entre tantos otros.

Se puede citar como ejemplo exitoso el caso del Hospital Israelita Albert Einstein ubicado en la ciudad de San Pablo, en Brasil. Busca perfeccionar un sistema de inteligencia artificial emocional para uso en la telemedicina. El sistema identificará el estado emocional del paciente por intermedio de la lectura de sus expresiones faciales. La comunicación de este dato al médico podrá contribuir para cambiar o ajustar el abordaje en la consulta. En el ámbito del diagnóstico por imágenes, el sistema podrá notificar al operador de la máquina con la lista de las posibles enfermedades resultantes de su análisis inteligente. (Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Albert Einstein. 2020).

Sin embargo, también es innegable que la aplicación de la IA brinda la posibilidad de efectos dañosos, incluso trágicos. Entre varios

errores de la IA, cabe recordar el accidente del vehículo guiado por el sistema inteligente de Uber que atropelló y mató a un niño en 2018 en la ciudad de Tempe, Arizona, Estados Unidos, ampliamente difundido por los medios. Debido al accidente, Uber suspendió las pruebas con autos autónomos en varias otras ciudades. La gran corporación Tesla también colecciona numerosos accidentes automovilísticos.

En este contexto, el derecho, como un sector de la ética, tiene la misión de evitar efectos nocivos para la sociedad. Para el cumplimiento de su misión, debe estar dotado de instrumentos normativos capaces de disciplinar la conducta humana y, por tanto, inhibir el peligro de daño o indicar la responsabilización.

Teniendo en cuenta la realidad bosquejada, este artículo buscará proponer elementos para realizar la interpretación jurídica del concepto de “inteligencia artificial” que figura en los textos normativos destinados a regular la actividad de la Administración Pública y sus relaciones. Será utilizado el ejemplo del dispositivo de una Ley brasileña. Se trata del inciso VII, del art. 24 de la Ley N. 14.129, del 21 de marzo de 2021, que hace referencia al tema de la IA aplicable a la Administración Pública. Pero la teoría planteada podrá ser considerada para aplicación sobre sistemas jurídico-administrativos semejantes.

Es oportuno aclarar que la sobredicha Ley dispone sobre la administración electrónica (gobierno digital) para la Administración Pública federal brasileña. El inciso VII de su art. 24 establece que la Administración Pública debe “gestionar sus políticas públicas con base en datos y evidencias mediante la aplicación de inteligencia de datos en plataforma digital” (los términos subrayados no están en el original).

De modo más específico, el propósito de este artículo es establecer la interpretación más adecuada, con base en una hermenéutica responsable, que permita señalar los límites de la expresión “inteligencia de datos en plataforma digital” o “inteligencia artificial” contenida en preceptos legales semejantes al caso brasileño, especialmente para la aplicación en materias que puedan causar daños irreversibles, tales como las que involucren la vida, libertad, integridad física o discriminación injusta. En definitiva, se busca una interpretación que permita también identificar el tipo de inteligencia artificial que se puede comprender a partir de la lectura del texto legal como el referenciado.

Para afrontar la interrogante propuesta, se partirá de la definición de lo qué es la inteligencia artificial, sus supuestas especies y características fundamentales. Después, como elemento hermenéutico

orientador y delimitador, se buscará delinear el perfil del principio precautorio, ampliamente utilizado en el ámbito del Derecho Ambiental, y su aplicación en el espacio digital.

Una vez expuestos tales parámetros, se hará una propuesta para la interpretación de dicha expresión en el ámbito del derecho administrativo electrónico, más propiamente en el derecho administrativo brasileño. Para cumplir esta propuesta será necesario exponer los trazos fundamentales de la función administrativa y, en especial, comentar sobre el espacio discrecional y su marcada naturaleza democrática. Como instrumental de análisis, se hará uso, en particular, de la fenomenología hermenéutica de corte heideggeriano (Heidegger. 2012, *passim*), a fin de comprenderla [la expresión] en su radical facticidad.

II. INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA): ESPECIES Y MUTABILIDAD

Según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), la IA es “La disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que realicen operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”. (Real Academia Española. 2019).

Es oportuno revisar el concepto más analítico de la Comisión Europea bien distinto de la RAE. Se debe registrar que no se trata de considerarlo un concepto más exacto o correcto que el de la Real Academia Española, sino más detallado o analítico: “Los sistemas de inteligencia artificial (IA) son sistemas de software (y posiblemente también de hardware) diseñados por humanos, que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital percibiendo su entorno a través de la adquisición de datos, interpretando los datos estructurados o no estructurados recopilados, razonando sobre el conocimiento o procesando la información derivada de estos datos y decidiendo la(s) mejor(es) acción(es) a tomar para lograr el objetivo dado. Los sistemas de IA pueden usar reglas simbólicas o aprender un modelo numérico, y también pueden adaptar su comportamiento analizando cómo el entorno se ve afectado por sus acciones anteriores” (nuestra traducción). (La Comisión Europea. 2019).

Por supuesto que el concepto propuesto por la RAE no es conclusivo, pues se presenta por demás general, tampoco el de la Comisión Europea, que intenta dibujar el proceso de interacciones de la inteli-

gencia humana que puede darse en los sistemas basados en la IA bajo dos ejes: razonamiento y aprendizaje. Ambos encuentran límites en la propia definición de inteligencia en razón de su naturaleza dinámica y, de cierto modo, imprevisible.

Teniendo en cuenta tales ejemplos, es posible inducir que cualquier investigación más rigurosa sobre el tema debe llegar a la conclusión de que existe una clara dificultad sobre la definición de IA debido a su complejidad. En este sentido, ha manifestado invitados del comité de juristas nombrado por el Senado de la República de Brasil, por intermedio del *Ato do Presidente do Senado n.º 4/2022*, bajo la Presidencia de Ricardo Villas Bôas Cueva, cuyo objetivo era presentar propuesta perfeccionamiento para los proyectos de ley sobre la regulación de inteligencia artificial en tramitación en el Parlamento brasileño (Senado da República Federativa do Brasil, 2022). Los expertos invitados por los juristas coincidieron que no hay una definición consensual de la IA.

Sin embargo, se puede llegar al núcleo duro, esencial, de la definición de la IA. Se puede decir que la característica más sobresaliente de la IA es aquella por la cual se revela como un programa o un conjunto de programas informáticos capaces de tomar decisiones similares a las que toma la inteligencia humana. El hombre capta elementos de la realidad, siente, razona con la inteligencia de su cerebro y toma la decisión con base en algún criterio generado a partir de esto proceso complejo que es marcado en el tiempo y en espacio. No se puede alcanzar más allá de este núcleo rígido que se limita a revelar la estructura dinámica de la actuación de la inteligencia.

Teniendo en cuenta el núcleo referido, es innegable que el sistema equipado con la IA tiene criterios de decisión que fueron dados por el programador. Son criterios conocidos por antelación. Pero, si todo el proceso es semejante al razonamiento humano, también presenta la capacidad de crear criterios nuevos a partir de tales interacciones complejas entre sus propios algoritmos y los datos recopilados de la realidad. Así es porque así se presenta el dinamismo incontenible de la inteligencia humana.

En este sendero, cabe aclarar que los juristas – no los expertos informáticos – a menudo diferencian entre IA “fuerte” e IA “débil”. La primera es el tipo de inteligencia que más se acerca a la inteligencia humana, en tanto que está dotada de autonomía para aprender y pensar la decisión, incluso con criterio propio. La segunda, la IA “débil”, es aquella diseñada para llevar a cabo operaciones más específicas,

donde el sistema no “piensa” por sí mismo, sino que solo aplica y repite la información algorítmica ingresada a través del mecanismo de varios “if-then-else” encadenados lógicamente.

La terminología de esta diferenciación (fuerte y débil) viene siendo considerada inadecuada desde la perspectiva técnico-científica, de manera que debemos buscar cambiarla o eliminarla. Por ello, para fines de este artículo será denominada simplemente de IA – y no IA fuerte – aquella inteligencia artificial que más se acerca de la inteligencia humana.

Mientras tanto, la IA “débil” será nombrada como “automatización”, en el que se puede saber de antemano cuál es, en concreto, la estructura de la posible decisión final del sistema. En definitiva, se trata de reconocer como “automatización” el sistema cuya estructura del *output* es conocida por antelación, sin capacidad de presentar decisión autónomas e inéditas. En otros términos, en estos casos existe la posibilidad de predecir cuál será la estructura fundamental del algoritmo final. Por lo tanto, de ahora en adelante se denominará simplemente “IA” a la especie que se definió como “fuerte” y “automatización” la especie que inicialmente se ha identificado como “débil”.

Bueno, el hecho indiscutible es que los sistemas informáticos equipados con la IA se formulan a través de algoritmos que tienen lógica binaria. Sin embargo, son capaces de crear ecuaciones algorítmicas nuevas y desconocidas por el propio programador, debido a la capacidad del sistema de aprender y pensar de forma autónoma. Este es el punto clave del núcleo duro de la definición de la IA. Y no se puede olvidar que todo este proceso tiene lugar a partir de la interacción del sistema inteligente con el entorno, en el que recoge información en tiempo real, que interactúa con los algoritmos insertados por el programador y que, a su vez, genera nuevas ecuaciones algorítmicas.

Consiguientemente, lo que en realidad se puede ver es que, en los sistemas equipados con la IA, la formulación de una ecuación final no prevista inicialmente por el programador puede poner en marcha, a través de comandos inéditos, un vehículo, una decisión administrativa, un equipo médico, una señal de tráfico, un juicio, un programa de atención psicológica y hasta un arma de guerra.

Además, cabe señalar que esta interacción con el entorno permite que el sistema de IA termine “aprendiendo a aprender” con el tiempo (Vercelli. 2009, 31, nota 16), utilizando valores y emociones humanas formuladas en ecuaciones de estructuración binaria que son brindadas por el programador.

De todas las características nucleares listadas, es posible concluir que los sistemas equipados con la IA tienen un claro carácter *mutante*. En este sentido, Ana Frazão e Carlos Goettenauer nombran *imprevisibilidad* esta característica de la IA. Los autores son didácticos al respecto:

“Distanciando-se das fantasias, é verdade que em razão de sua capacidade de apreender e modificar seu comportamento diante dos dados e da experiência que acumulam, os algoritmos de inteligência artificial são capazes de criar novas soluções aos problemas apresentados, muitas das quais não foram previstas por seus criadores originais.” (Frazão y Goettenauer. 2021, 79).

En 1994, Dreyfus sintetizó adecuadamente esta característica mutante de la IA, que aprende durante todo el proceso de ejecución a partir de las entradas que realiza el programador:

“Hoy en día, las máquinas resuelven problemas principalmente de acuerdo con los principios que construimos en ellas. En poco tiempo, podemos aprender cómo ponerlos a trabajar en el problema muy especial de mejorar su propia capacidad para resolver problemas” (nuestra traducción). (Dreyfus. 1994, 81).

Dada la mutabilidad del sistema inteligente, existen elementos para concluir que el resultado que engendra no puede ser conocido de antemano, dado el cambio de criterio que puede ocurrir durante su ejecución.

En este contexto, es relevante lo propuesto por las investigadoras de la PUC-Rio, Caitlin Mulholland e Isabella Z. Frajhof. Afirman sobre los sistemas inteligentes que “Las dificultades y principales dilemas que surgen del uso de algoritmos se concentran básicamente en este último caso, ya que no existen reglas explícitas que subyacen a su funcionamiento, lo que dificulta, o incluso imposibilita, su comprensión” (nuestra traducción). (Mulholland y Frajhof. 2021).

Desde igual perspectiva, Felipe Barcarollo argumenta que el potencial de causar “consecuencias inéditas y sin precedentes” de los sistemas equipados con IA requiere más investigación, pero que “no necesariamente puede reducir la incertidumbre, sino aumentarla y/o resultar en una mayor conciencia de las diversas formas de incertidumbre que caracterizan a estos sistemas”. Y el autor concluye enfáticamente que “en la IA se puede decir que no se conocen los límites o el control que el ser humano tiene sobre esta tecnología” (nuestra traducción). (Barcarollo. 2021, 142-143).

3. Principio precautorio y su aplicación a los sistemas electrónicos. 3.1 Notas sobre principios normativos y reguladores

Todo principio jurídico se caracteriza por ser una norma de amplio alcance debido a su apertura tipológica, su capacidad de ser fundamento de otra norma del ordenamiento jurídico y/o su inaplicabilidad al caso concreto. Su inaplicabilidad se revela, en efecto, por la inviabilidad de la subsunción directa a la situación específica dada. De ahí que, en estas condiciones, el principio no se invoca aisladamente, sino siempre acompañado de una disposición normativa más específica.

Existen varias teorías sobre la conceptualización de los principios, en particular para diferenciarlos de las reglas, que son normas cuya tipología es más cerrada. Estas teorías pueden ser recogidas en Esser, Larenz, Dworkin, Atienza, Zagrebelsky, Ferrajoli entre otros. Hay diferencias entre ellos, pero todos coinciden en que los principios tienen funciones dogmáticas directivas y vinculantes para iluminar la interpretación de las reglas (normas específicas), así como para apoyar la integración del ordenamiento jurídico.

De igual forma, se pretende resaltar en estas breves notas la capacidad del principio de funcionar no sólo como norma directiva, sino también como regla, que, en palabras de Luigi Ferrajoli, pueden ser identificados como principios reguladores (*regolativi*). (Ferrajoli. 2013, 109-122). Esta característica es sumamente importante para comprensión y aplicación más adecuada del principio precautorio.

El jurista italiano señala que todas las formulaciones sobre las reglas (normas específicas) pueden expresarse y formalizarse más claramente a través de la simple referencia empírica de que exigen conductas que presentan observancia o violación de lo que establecen. Así, sostiene que existen principios que, además de funcionar como normas directivas, también pueden ser reguladoras. Entre estos, se pueden destacar los principios que consagran derechos fundamentales, dice el autor.

3.2 El perfil del principio precautorio

El principio precautorio se originó en los años de 1960 en Suecia (Tedesco Wedy. 2015), pero ha ganado fuerza en el derecho alemán en la década de 1970, cuando existía una preocupación por la evaluación previa de las consecuencias de las intervenciones sobre el me-

dio ambiente (Bessa Antunes. 2018). Remontando a la doctrina de Macintyre y Mosedale (1997), Tedesco Wedy aclara que ha llegado a ser considerado como principio consuetudinario internacional y que fue invocado en algunos casos en la Corte de Haya (Nova Zelandia vs Francia. 22 de septiembre de 1995; Hungría vs Eslovaquia. 25 de septiembre de 1997) (Tedesco Wedy. 2015).

De hecho, se puede reconocer que este principio comenzó a cobrar importancia debido al deseo desmesurado del hombre de hacer uso de la tecnociencia para dominar la naturaleza. Como señaló el investigador argentino Andrés E. Carrasco:

“(...) la discusión del principio precautorio aparece en diferentes disciplinas preocupadas por los efectos de la interacción disruptiva de la técnica sobre la naturaleza. En sentido filosófico, el principio precautorio se origina en las incertidumbres generadas por el deseo del hombre de dominar la naturaleza.” (Carrasco. 2021).

Ahora bien, la definición contemporánea del principio precautorio no es uniforme. Asimismo, buscando dar mayor seguridad a su aplicación, la Declaración de Río 92 lo definió en los siguientes términos: “Principio No. 15: Para proteger el medio ambiente, los Estados aplicarán ampliamente el criterio precautorio de acuerdo con sus capacidades. Cuando exista peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para retrasar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para prevenir la degradación ambiental” (nuestra traducción).¹

El principio fue reafirmado por varias normativas nacionales e internacionales. En el caso de Brasil, las diversas normas internacionales acabaron por ser incorporadas al ordenamiento jurídico brasileño. El Decreto N. 4.339, de 22 de agosto de 2002, instituyó la política nacional de biodiversidad, en el cual quedó reafirmado el principio precautorio en su numeral 12.1.2. (Brasil. 2002).

El Decreto N. 5.472, de 20 de junio de 2005, que incorporó el Convenio de Estocolmo en el ordenamiento jurídico brasileño y previó los contaminantes orgánicos, fue explícito al reafirmar el principio de precaución de Río 92 en el artículo 1º del Convenio. (Brasil. 2005).

El Decreto N. 5.705, de 16 de febrero de 2006, a su vez, incorporó el Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad, el cual, de igual manera, reafirmó el Principio N°15 de la Declaración del Río 92 en

¹ La Ley General del Ambiente argentina n.º 25.675 prácticamente reprodujo el texto de este principio descrito en la Declaración del Río 92.

su artículo 1º. (Brasil. 2006).

Con referencia al aporte doctrinal, Paulo de Bessa Antunes (2018) observa que el principio precautorio encuentra su expresión concreta en el §1º del art. 225 de la Constitución Federal brasileña, que enumera varias medidas a ser adoptadas por el Estado y por la comunidad para preservar el medio ambiente y, por lo tanto, mantenerlo ecológicamente equilibrado.²

Considerando la técnica jurídica con que fue redactado, lo dispuesto en el principio N. 15 de la Declaración de Río 92 requiere brevísimos comentarios para que se quede más clara su aplicabilidad.

Dicha disposición normativa señala que la adopción del criterio precautorio debe ser amplia a fin de preservar el medio ambiente. En este punto, no hay ninguna duda al respecto. Pero luego agrega que la falta de certeza científica absoluta sobre la capacidad o no de producir daño ambiental no es suficiente para justificar la omisión en relación con la adopción de medidas preventivas, aun cuando estas presenten costes.

Con esta dicción, se puede concluir que el principio precautorio tiene aplicación cuando no exista certeza sobre la capacidad de una determinada intervención ambiental para producir daño o no. De esta racionalidad puede deducirse que el principio exige que, en

2 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

ausencia de certeza, se adopte una medida negativa, o sea, abstenerse de realizar la intervención ambiental hasta que exista certeza científica de que no causará daño al ecosistema. Esta parte del principio, por un lado, presupone a existencia de incertidumbre con referencia a la realidad factual y, por el otro, es netamente volcado hacia a bloquear acciones.

Pero el contenido del principio va más allá. No se limita a exigir la abstención de alguna acción. Requiere acción concurrente. Impone que se deben adoptar medidas para evitar daños, aunque esta postura presente costos económicos. Lo que se puede deducir es que el principio precautorio de aplicación internacional establece una importante jerarquía axiológica. El criterio económico es superado por el criterio de preservación de la integridad ambiental.

Esta comprensión del sacrificio económico frente a la necesidad de preservar el medio ambiente ya se había diseñado desde 1987 con el Informe Brundtland, que “busca romper el paradigma del desarrollo aliado a la explotación ilimitada de los recursos naturales y la explotación del hombre en las regiones más remotas, los pobres del planeta como medio para lograr el éxito económico” (nuestra traducción) (Cunha, Carvalho Pinto, Martins y Borges de Castilhos Júnior. 2013, 67).

El cambio de paradigma significó que la aplicación del principio precautorio vino a superar el pensamiento político-económico neoliberal que busca convertir todo en mercadería que, por supuesto, presenta valor de naturaleza económica.

Esta corriente de pensamiento, que tiene su cuna más destacada en la Escuela de Chicago, defiende la creencia de que la tecnocracia tiene cierta neutralidad y que es expresión de la libertad económica. (Carrasco. 2021, 81-82).

Inspirado en las lecciones de Bobbio, Ferrajoli es firme al decir que la economía ha colonizado la filosofía del derecho y la política. Agrega que el lenguaje de la economía desconoce términos como “igualdad”, “dignidad de la persona”, “derechos fundamentales” de manera que fueron prácticamente depuestos del lenguaje del derecho. Por ello, ha transformado la política en *tecnocracia*; ha reducido la funcionalidad del derecho a la eficiencia económica, sometiendo las leyes a las técnicas de las leyes de la economía debidamente legitimadas por el mercado y por movimientos teóricos como *Law and Economics*. (Ferrajoli. 2019, 81-82).

No obstante, al profundizarse en la perspectiva preventiva, se verá

que detrás de cualquier algoritmo hay un modelo ideológico. (O'Neil. 2020, 35). No hay neutralidad en la formulación de ecuaciones, ya que todas ellas necesariamente adoptan un criterio de decisión.

Por otra parte, es suficiente observar la devastación del medio ambiente en el planeta para darse cuenta de que, a pesar de haberse convertido el principio precautorio en norma internacional, su aplicación aún sufre resistencia bajo el frágil argumento según el cual las normas ambientales de perfil limitante se presentan como un cerrojo ilegítimo a la libre iniciativa económica. (Carrasco. 2021).

3.3 Ámbito de aplicación del principio precautorio

Históricamente este principio tiene aplicación en el medio ambiente, que constituye todo el universo de mecanismos e interacciones físicas, químicas y biológicas que interfieren en el mantenimiento equilibrado de los seres vivos y su respectivo hábitat.

Es en esta perspectiva amplia, el sistema jurídico brasileño establece el concepto de medio ambiente: “medio ambiente, el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, alberga y rige la vida en todas sus formas” (Artículo 3, I, de la Ley N. 6.938, de 31 de agosto de 1981).

De esta manera, parece que el medio ambiente es lo que nos rodea e interfiere en el bienestar de nuestras vidas por intermedio de factores físicos, químicos o biológicos. Así que los sistemas informáticos y sus equipos conforman la realidad interactuante que se presentan como instrumentos físicos. Y, por supuesto, interfieren directa o indirectamente en el bien estar de los miembros de la sociedad. Por tanto, los mundos económico y digital están totalmente incrustados en lo que se denomina “medio ambiente”, “entorno”.

Como nos cuenta Juli Ponce Solé, el Tribunal Supremo español decidió que el principio [de precaución] también debe aplicarse al ámbito social. En consecuencia, consideraron el entorno digital como si fuese algo fuera del ámbito ambiental, lo que revela una concepción estrecha del entorno. Pero, en todo caso y con independencia del alcance de la expresión dada por el Tribunal español, entendieron que la incidencia de ese principio en el ámbito tecnológico era inevitable. (Ponce Solé. 2019).

Por ende, parece que la utilización de tecnología que pueda afectar la vida humana se ajusta al complejo fáctico que debe alcanzar

el principio precautorio. Más directamente, Carrasco señala que la precaución que impone el principio debe ser vista como una respuesta al mundo en ruptura que se guía por comportamientos que condujeron al desarrollo tecnológico, industrial y económico que se presenta hoy³ (Carrasco. 2021).

4. La gestión de políticas públicas puede hacerse por automatización, pero presenta restricciones para la IA

4.1 Consideraciones generales

La pregunta que se propone en este artículo es la posibilidad jurídica de ejecutar la gestión de las políticas públicas por intermedio de sistema dotado de la IA. Para comprender la naturaleza de la gestión pública es necesario también anotar brevísimos comentarios sobre el ejercicio de la función administrativa y una de sus expresiones más fecundas y democráticas, que es el ejercicio de la competencia discrecional.

Sin pretender poner en discusión este concepto matricial para el Derecho Administrativo, se puede decir, en síntesis, que la función administrativa configura una función pública en la que el administrador es responsable por realizar el interés público mediante la ejecución de las acciones y fines establecidos por el ordenamiento jurídico constituido por un mecanismo democrático y sujeto al control judicial y externo.⁴ (Figueiredo. 2001, 34).

Se puede constatar que la noción jurídica de función administrativa se circunscribe a un deber jurídico sujeto al régimen de derecho público que implica el cumplimiento de los principios de legalidad,

3 “Una primera aproximación es admitir que el principio de precariedad es una respuesta del sistema mundial en ruptura con los valores y normas centrales de conducta que han presidido el desarrollo tecnológico, industrial y económico de la nación moderna. Por ello, el principio de preferencia es válido aunque el riesgo no esté definitivamente establecido en el campo científico o tenga diferentes hipótesis y teorías, ya que ningún resultado científico ha podido deshacer el empate.” (Carrasco. 2021).

4 “*A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob o regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio do Tribunal de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário*” (Figueiredo. 2001, 34).

impersonalidad, moralidad, publicidad, eficiencia, motivación, entre otros, y, como señalado, está sujeto a control propio. El ejercicio de la competencia discrecional es uno de los encargos nobles de este régimen de derecho público.

4.2 La discrecionalidad administrativa como encargo democrático

La discrecionalidad administrativa es una expresión notable de la función administrativa. Se revela como un espacio de toma de decisiones que le queda al gestor público para elegir, entre las posibles alternativas de actuación que son admitidas por la ley, la que mejor satisfaga el interés público. Es un espacio otorgado por el ordenamiento jurídico al agente público y no por un vacío legal. Es un espacio en el que, guiado por la finalidad del orden jurídico, el agente público aplica razonablemente su criterio de conveniencia, oportunidad o incluso la mejor comprensión de un concepto jurídico indeterminado.

Esta concepción de competencia discrecional es inspirada en la del Profesor brasileño Celso Antônio Bandeira de Mello que nos enseña lo siguiente:

“se dice discrecionalidad cuando la disciplina legal hace otorga en provecho y a cargo del administrador una cierta esfera de libertad, frente a la cual le cabrá completar, con su juicio subjetivo personal, el campo de imprecisión normativa, a fin de satisfacer en el caso concreto la finalidad de la ley.”(nuestra traducción) (Bandeira de Mello. 2019, 1021).

Considerando la misión vicarial de la Administración Pública de hablar en nombre de las personas que eligieron a sus representantes políticos para tal fin, no es difícil detectar que el ejercicio de la competencia discrecional se presenta como una verdadera tarea de carácter marcadamente democrático.

En esta senda, es oportuno señalar que el sentido formal de la democracia nunca presentó dificultades para ser definida en virtud de que, desde los griegos hasta la sociedad moderna, se mantuvo lo mismo, pues siempre se ha recurrido al significado etimológico del término: gobierno del pueblo para el pueblo (Bobbio. 1990, 31).

Así, en el Estado democrático corresponde al administrador público manejar los instrumentos técnicos decisorios basados en su ideología, así como su empatía, para la toma de decisiones adminis-

trativas en el ejercicio de la competencia discrecional. No se puede olvidar que – en el sentido republicano más fecundo – el administrador público sea el detentor de la ideología que logró vencer las elecciones. Por consiguiente, al ejercer su competencia discrecional hará materializar el interés público en la realidad, dentro de los límites del ordenamiento jurídico.

De ello se sigue que sería una infracción al principio republicano y democrático que el administrador delegue actos discrecionales para ser ejecutados por terceros “desconocidos” del pueblo, bajo el pretexto de satisfacer la eficiencia administrativa o alguna especie de tecnocracia neutral.

Dicha delegación se traduciría en renuncia no autorizada del agente público a un deber que el orden jurídico y el pueblo le habían encomendado. La infracción de naturaleza constitucional se agrava en la medida en que los criterios discrecionales de la decisión del delegatario no puedan ser conocidos por la autoridad administrativa delegante.

4.3 Por el momento, solo la automatización puede ser utilizada sin restricciones para la gestión de políticas públicas

4.3.1 La aplicación del principio precautorio

Aplicando la racionalidad alineada hasta aquí, la expresión “inteligencia artificial” contenidas en las diversas normativas de materia administrativa, como también la expresión “inteligencia de datos en plataforma digital” prevista en el inciso VII del art. 24 de la Ley Federal Brasileña N. 14.129/2021 debe interpretarse como *automatización*, en el primer momento.

En la automatización, será posible prever todos los criterios resolutivos que aparecerán en la producción del acto administrativo electrónico automático emitido por el sistema de la Administración Pública. El sistema preparado para automatización no es dotado de autonomía para crear nuevas soluciones, pues todas las posibles soluciones deberán encontrarse previstas.

Por consiguiente, creo que, al menos por ahora, debería descartarse la aplicación de IA en los sistemas de la Administración Pública para gestionar políticas públicas cuyas decisiones inherentes presentan la menor posibilidad de causar daños irreversibles, que son materias que, por ejemplo, involucren la vida, integridad física, libertad o derechos fundamentales, en síntesis. Las razones de esta interpreta-

ción se exponen a continuación.

La primera razón de esta interpretación resulta de la aplicación del principio precautorio. El principio, como hemos visto, determina la abstención de ciertas medidas hasta que se demuestre científicamente que no puedan causar daño. En el caso de sistemas basados en la IA, también como se detectó, no hay control sobre los resultados del sistema, ya que puede producir decisiones inéditas, fuera del control del propio programador. Es decir, no hay posibilidad de conocerse previamente el criterio a ser utilizado en el *output* del programa inteligente. Por ende, hay que reconocer que no existe certeza científica sobre sus resultados, al menos en el estado actual de evolución de la IA.

Para mejor aclarar, cabe señalar que la aplicación del principio precautorio tiene un efecto directivo al delimitar el significado de la expresión *inteligencia artificial* prevista en textos legales destinados a regir la actividad administrativa o más bien *inteligencia de datos en plataforma digital* contenida en la referida ley federal brasileña. No se puede olvidar que la interpretación de las expresiones contenidas en los textos normativos sólo adquiere concreción normativa para afectar la realidad si se la comprende a través de la hermenéutica de la facticidad (Heidegger. 2012, *passim*), por intermedio de la cual se puede llegar a la *ontología fundamental* de cualquier entidad tomada por contacto empírico. En el caso de los sistemas equipados con IA, hoy en día, siguen existiendo como verdaderas “cajas negras”. Y esta constatación debe incorporarse al sentido del texto normativo para conformar la propia norma jurídica que de él se extrae.

Sin embargo, más que un efecto directivo, el contenido del principio precautorio presenta aplicabilidad idéntica a la de la regla, en la medida en que la *hipótesis de incidencia* (hecho-generador registrado en el texto normativo) puede tener densidad suficiente para alcanzar al *hecho imponible* (hecho-generador recogido desde la realidad). En otras palabras, el principio puede ser aplicado *directamente* sobre la intención de la Administración de utilizar un sistema basado en la IA.

El comité de juristas nombrado por el Senado de la República de Brasil, por intermedio del *Ato do Presidente do Senado n.º 4/2022*, anteriormente referido, ha registrado la importancia de la aplicación del principio precautorio. En más de 30 partes del documento se ha puesto la necesidad de inclusión del principio precautorio en el texto del proyecto de ley de regulación de la IA.

Así, en los términos del principio, su uso estaría prohibido debi-

do al estado actual de dichos sistemas dotados de IA para aquellas materias cuyas decisiones puedan generar daños irreversibles o de difícil reparación. Es decir, considerando lo dispuesto en la referida Ley brasileña, la aplicación reguladora del principio impediría hoy el uso de la IA por parte de la Administración Pública para – como ya asignado – los asuntos que involucren la vida, integridad física, libertad o derechos fundamentales.

En este punto, vale comentar el caso del Parlamento Europeo. La propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de abril de 2021, estableció normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. Su artículo 5 instituyó normas prohibitivas sobre el uso de sistemas basados en IA bajo el título de “prácticas de inteligencia artificial prohibidas.” (Comisión Europea. 2021).

Cobra atención el numeral 1, literal “c”, que prohíbe los sistemas de IA destinados a clasificar la fiabilidad de personas físicas, basando en sus características sociales o hasta personales, que puedan generar trato perjudicial o desfavorable “hacia determinadas personas físicas o colectivos enteros en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente (...)” Se trata más bien de una aplicación implícita del principio precautorio. Como se comentó cuando se trazó el perfil del principio, tiene como presupuesto para su aplicación la incertidumbre de la realidad factual.

Fíjese que la técnica de regulación del referido literal “c” se destina a la materia hacia la cual se vale el sistema de IA y no propiamente sobre el sistema de modo directo, lo que se muestra más adecuado desde la perspectiva técnico-legislativa. La verdad es que los sistemas de IA no presentan condiciones para ser tomados como *hecho bruto* por el léxico legislativo, como se hace, por ejemplo, en el ámbito del derecho penal. Disponer sobre el hecho “homicidio” es posible, pues la estructura de este hecho es estable, no cambia con el tiempo.

Con los sistemas inteligentes es distinto. Ellos se presentan con una estructura demasiado inestable, dinámica, lo que conllevaría a una verdadera quimera regulatoria se utilizados como hecho bruto en los textos normativos. Sería la regulación de un hecho que podrá volverse otro hecho a lo largo del tiempo. Así que es francamente ineficaz prever, en normativas que buscan regular la utilización de la IA, que tales sistemas deberán ser transparentes o que no puedan resultar en discriminaciones injustificables o violaciones de dere-

chos fundamentales.

Por fin, es oportuno señalar también que esta aplicación del principio precautorio debe subsistir incluso si fuese posible identificar que el uso de sistemas equipados con IA traería más eficiencia económica. Como se ha destacado, el contenido del principio establece una jerarquía axiológica en la que se prioriza la garantía de la integridad del ecosistema ante otros valores. De esta forma, debe primar sobre los posibles beneficios económicos.

4.3.2 La aplicación de los principios de la publicidad, motivación y democrático, y la delegación de la actividad administrativa decisional a la IA

Hay otro argumento importante para restringir el uso de sistemas de IA en la Administración Pública. Desde ahora es relevante destacar que restringir no es prohibir completamente su utilización. En realidad, la utilización de la IA es hecho irreversible en la sociedad contemporánea. Lo que se quiere decir es que hay espacios de utilización muy útiles y hasta fundamentales. Pero, hay otros espacios o materias en que el riesgo es más grande que los frutos de la eficiencia.

Ahora bien, esta razón para restringir está relacionada con los principios de publicidad y motivación que son pilares del Estado democrático de derecho y verdaderas bases ideológicas del derecho administrativo contemporáneo.

Incluso ha sido común que las organizaciones internacionales y los organismos estatales, que han expresado lineamientos para la implementación de la IA, indiquen la necesidad de transparencia y explicabilidad de los sistemas. (Brasil. 2021)-(Gobierno de España. 2020). El objetivo de tales lineamientos es, por supuesto, que los sistemas informáticos inteligentes puedan ser conocidos, entendidos y controlados en los términos previstos por el régimen de derecho público.

Sin embargo, considerando la etapa actual de desarrollo de la IA, se repite que exigir la transparencia y la explicabilidad del sistema basado en la IA no es suficiente para garantizar la publicidad, tampoco la motivación de los actos administrativos. Este entendimiento subsiste, aunque se haga una explicación detallada en lenguaje común en la redacción del programa-fuente. La verdad es que los criterios de decisión no podrán revelarse en su totalidad, ya que el nivel de autonomía del sistema de la IA le permite crear sus propios criterios a lo largo de su ejecución debido a las inter-

acciones complejas entre algoritmos y datos proporcionados y/o capturados en la realidad.

La única forma posible de conocer el contenido de las decisiones de los sistemas equipados con IA – y sus motivaciones – sería por intermedio del control *ex post*. El control posterior, también recomendado por varios documentos que brindan pautas para la regulación de la IA, es incapaz de evitar daños. Tiene la capacidad solo de identificar a los responsables, pero no de prevenir. Además, cabe observar que la doctrina administrativista sólo admite excepcionalmente la motivación posterior al dictado del acto administrativo.

Además, delegar a los sistemas dotados de IA las decisiones que requieran el ejercicio de la competencia discrecional provocará una vulneración de los principios republicano-democrático, publicidad y motivación. Esto se debe a que, en la etapa actual de desarrollo de la IA, como se dijo, la decisión final y los criterios de decisión no siempre se conocen de antemano y, especialmente, no podrán ser motivados explícitamente en el momento de la ejecución del programa informático basado en la IA.

En otro decir, delegar al sistema dotado de IA sin tener elementos de control sobre la decisión final significa una renuncia al encargo resultante de la función administrativa. También significa cambiar el criterio administrativo del agente público elegido democráticamente por el criterio desconocido de otro agente, el sistema de IA.

En sentido contrario, se podría argumentar que ninguna autoridad delegataria podría de antemano decir cual es su criterio decisorio antes de la situación concreta presentarse ante él. Pero, la elección de la autoridad delegataria supone que el delegante conozca su ideología, especialmente el nivel de su empatía y, por supuesto, de su mirada humanitaria, lo que no es posible en se tratando del sistema informático.

Desde esta perspectiva, creo que se queda prohibida la delegación de competencia discrecional a un sistema dotado de IA no por razones de falta de certeza científica, en aquellas materias en las que existan riesgos de daños irreversibles o de difícil reparación, sino por la certeza de renuncia inconstitucional de un deber jurídico de carácter republicano y democrático.

Creo que hay elementos para decir que la voz que hoy se extrae del orden jurídico vigente en Brasil – y en aquellos países que tienen sistemas jurídico-administrativos semejantes que adoptan principios internacionales – debe ser la que exige que el uso de instrumentos

digitales – y su supuesta eficiencia y posmodernidad – no sea un argumento para el incumplimiento de las normas estructurantes del derecho administrativo y constitucional. De hecho, se puede rematar en el sentido de que el derecho exige lo que la Profesora de la Universidad Federal de Rio Grande del Norte, Dr.^a Mariana de Siqueira, muy propiamente ha llamado como “garantismo digital”, inspirado en el maestro Ferrajoli (Siquiera. 2020).

5. Consideraciones concluyentes

Considerando lo expuesto, existen elementos para concluir que la expresión “inteligencia artificial”, que figura en textos jurídico-administrativos, y la “inteligencia de datos en plataforma digital” prevista en el inciso VII del art. 24 de la Ley Federal Brasileña N. 14.129/2021 debe interpretarse como posibilidad de uso del mecanismo de la *automatización* y no de la IA de modo irrestricto.

Así, por el momento, debe quedarse excluida la aplicación de sistemas dotados de inteligencia artificial (IA) para la gestión de políticas públicas en materias que puedan generar daños irreversibles o de difícil reparación (la vida, integridad física, libertad, discriminación y, en fin, que involucren derechos fundamentales), en virtud del principio precautorio que prohíbe la realización de intervenciones que vengán a repercutir en la vida de los ciudadanos que aún no estén científicamente seguras de que no causen daño.

Dichos sistemas equipados con IA pueden presentar, hoy en día, la producción de decisiones finales inéditas, desconocidas por el propio programador, ya que son el resultado de la interacción autónoma de sus algoritmos y datos de la realidad. Por lo tanto, no es posible conocer su contenido y sus posibles efectos nocivos. De esta forma, queda claro que no existe certeza científica capaz de garantizar que los sistemas equipados con IA no generarán daños.

También se puede concluir que existen otros obstáculos de carácter legal que impiden su uso sin restricciones, como son los principios de publicidad y motivación aplicables a la Administración Pública. Por mucho que se intente explicar qué criterios de la toma de decisiones se utilizarán en un sistema de IA, no sería una tarea ejecutable, por ineficacia absoluta. La razón es simple: el sistema puede, con el tiempo, crear sus propios criterios como se comentó a lo largo de este artículo. Así, ni siquiera se podrá dar publicidad previa a tus criterios decisorios y mucho menos motivarlos previamente

o al momento de su ejecución.

Además, cuando se trate de una decisión que revele el ejercicio de la competencia discrecional, no habrá posibilidad legal y constitucional de delegarla a un sistema dotado de IA – que posee actuación autónoma – en ningún tipo de materia. La discrecionalidad es, como hemos visto, un encargo de carácter democrático que nace de la elección del gestor por los ciudadanos. Esta imposibilidad no se presenta por la falta de certeza científica en aquellas materias en las que presentan riesgos de daños irreversibles o de difícil reparación, sino por la certeza de configurar una renuncia inconstitucional a un deber jurídico de carácter democrático.

Sin embargo, también se puede extraer como conclusión que el uso del sistema basado en la IA no es totalmente prohibido en la Administración Pública. Decir como exactamente se podrá darse requiere espacio propio para reflexión, pues no es objetivo de este artículo. Pero, se puede sintetizar lo siguiente: si no se trata de materia que pueda generar daño irreparable o de difícil reparación o, aún, si no se trata de decisión basada en el ejercicio de competencia discrecional, podrá ser utilizado siempre con la supervisión humana. Podrá ser utilizado también como procedimiento preparatorio para cualquier materia sin que se permita, por supuesto, autonomía para la producción de decisiones en las hipótesis ya indicadas como prohibidas.

Finalmente, cabe señalar que el uso de la tecnología no puede ser un objetivo en sí mismo, sino un instrumento para promover el bienestar de la sociedad y garantizar el respeto de los derechos fundamentales, es decir, una forma de “garantismo digital”. Asimismo, es necesario superar la creencia limitante y peligrosa de que el uso de la tecnología representa una forma neutral de desarrollar la actividad pública, porque detrás de cualquier algoritmo hay un modelo ideológico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bandeira de Mello, Celso Antônio (2021). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- Barcarollo, Felipe. (2021). *Inteligência artificial: aspectos éticos-jurídicos*. São Paulo: Almedina.
- Bessa Antunes, Paulo de. (2010). *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Bobbio, Norberto. (1990). *Liberalismo e Democracia*, trad. Marco Aurélio Nogueira.
- Brasil, República Federativa de. Decreto N° 4.339/2002: Brasília (2002). Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4339.htm. [10/jun/2021].
- Brasil, República Federativa de. Decreto N° 5.472/2005. Brasília (2005). Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5472.htm. [10/jun/2021].
- Brasil, República Federativa de. Decreto N° 5.705/2006. Brasília (2006). Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5705.htm. [10/jun/2021].
- Brasil, República Federativa de. Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovaciones/Despacho del Ministro. Ordenanza GM N° 4.617, de 6 de abril de 2021. Disponible en: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ia_portaria_mcti_4-617_2021.pdf [10/jun/2021].
- Brasil, Senado da República Federativa do, *CJSUBIA*. (2022). *Relatório Final*. Brasília. [en línea]. Disponible en: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2504>, [10.01.2023].
- Carrasco, Andrés E. (2021). “El principio precario en la ciencia argentina” en *Voces em el Fénix*. Disponible en: https://www.vocesenelfenix.com/sites/default/files/pdf/09_0.pdf. [10/jan/2021].
- Comisión Europea, Parlamento Europeo. (2021). *Propuesta de Normas armonizadas em matéria de inteligência artificial (Ley de inteligencia artificial)*. Disponible em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2021:206:FIN>. [10/jan/2023].
- Cunha, Guilherme Farias; Carvalho Pinto, Cátia Regina; Martins, Sergio Roberto; Borges de Castilhos Júnior, Armando. (2013). “Princípio da precaução no Brasil após a Rio-92: impacto ambiental e saúde humana” in *Ambiente & Sociedade*. São Paulo: XVI, n. 3, jul.-set.
- Dreyfus, HL *What Computers Still Can't Do*. (1994). Cambridge MA: MIT Press.
- España, Gobierno de. *Enia – Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial* (2020). Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/president/actividades/Documents/2020/ENIAResumen2B.pdf>
- Ferrajoli, Luigi. (2019). *Manifeso per l'ugualianza*. Bari-Roma: Laterza.

- Ferrajoli, Luigi. (2013). *La Democrazia Attraverso i Diritti*. Roma-Bari: Editori Laterza.
- Figueiredo, Lúcia Valle. (2001). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- Frazão, Ana; Goettenauer, Carlos. (2021). “Black box e o direito face à opacidade algorítmica” in Barbosa, Mafalda Miranda, en *Direito Digital e Inteligência Artificial*. Indaiatuba: Editora Foco, Edição do Kindle.
- Heidegger, Martin. (2012). *Ontologia: hermenêutica da facticidade*, trad. Renato Kirchner. Petrópolis: Editora Vozes.
- La Comisión Europea. Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial. “Una definición de IA: principales capacidades y disciplinas”. (2019). [en línea]. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/ai-definition.pdf>. [10/jun/2021].
- MACINTYRE, Owen; MOSEDALE, Thomas. (1997). “The precautionary principle as a norm of customary international law” en *Journal of Environmental Law*, n. 9/2.
- Mulholland, Caitlin; Frajhof, Isabella Z. (2021). “Entre as leis da robótica e a ética: regulação para o adequado desenvolvimento da Inteligência Artificial”, en N Barbosa, Mafalda Miranda. *Direito Digital e Inteligência Artificial*. Indaiatuba: Editora Foco, Edição do Kindle.
- O’Neil, Cathy. (2020). *Agoritimos de destruição em massa. Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça à democracia*, trad. Rafael Abraham. Santo André: Editora Rua do Sabão.
- Ponce Solé, Julio. (2019). “Inteligencia Artificial, Decreto Administrativo y Reserva de Humanidad: Algoritmos y Procedimiento Administrativo del Déficit Tecnológico” en *Revista General de Derecho Administrativo n. 50*. Yustel. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509505>. [10/jun/2021].
- Real Academia Española. Diccionario. (2019). [en línea]. *Inteligencia artificial*. Disponible en: <https://dle.rae.es/firma?m=formulario>.
- Siqueira, Mariana de. (2020). *A inteligência artificial no Judiciário brasileiro - Vamos falar sobre garantismo digital?*, sitio web de Jota. [en línea]. Disponible en: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoва-e-acao/a-inteligencia-artificial-no-judiciario-brasileiro-28072020>.
- Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Albert Einstein. (2020). [en línea]. São Paulo. Disponible en: <https://www.einstein.br/sobre-einstein/imprensa/press-release/einstein-promove-workshop-de-machine-learning-e-inteligencia-artificial-na-saude>
- Tedesco Wedy, Gabriel de Jesus. (2015) “Os elementos constitutivos do princípio da precaução e a sua diferenciação com o princípio da prevenção”, en *Revista de Doutrina TRF4*. [en línea]. Disponible en: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Gabriel_Wedy](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Gabriel_Wedy)

[html](#) [10.01.2023].

Tedesco Wedy, Gabriel de Jesus. “Os elementos constitutivos do princípio da precaução e a sua diferenciação com o princípio da prevenção”, en *Revista de Doutrina TRF4*, 2015, disponible en: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Gabriel_Wedy.html
Aceso: 10.01.2023.

Vercelli, Ariel Hernán. (2009). *Repensando los Bienes Intelectuales Comunes: análisis sociotécnico sobre el proceso de coconstrucción entre las regulaciones de derecho de autor y derecho de copia y las tecnologías digitales para su gestión*. Buenos Aires: el autor, 31, nota N.º 16.

ESTRATEGIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN URUGUAY

Transparencia algorítmica, acceso a la información pública y protección de datos personales

BÁRBARA MURACCIOLE¹

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2023 | Año 7 N° 9 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 281-295

Resumen: La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) monitorea los avances de la Inteligencia Artificial a nivel mundial a través de su Observatorio de Políticas sobre Inteligencia Artificial (IA). En el marco de sus estudios sobre gobernanza pública, ha elaborado junto con la Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) el informe denominado “Uso estratégico y responsable de la inteligencia artificial en el sector público de América Latina y el Caribe”, en el cual destaca a Uruguay como el único país de América Latina y el Caribe que posee una estrategia específica de reestructuración del sector público por medio de la IA (OECD/CAF, 2022). Este artículo pretende analizar la estrategia de inteligencia artificial uruguaya en el contexto normativo nacional, particularmente de la Ley N° 18.381, de 17 de octubre de 2008 sobre acceso a la información pública y N° 18.331, de 11 de agosto de 2008 de protección de datos personales. Ello, a efectos de determinar si es

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Máster en Protección de Datos, Universidad UNED, España. Profesora del Máster sobre el Reglamento Europeo de Protección de Datos para Iberoamérica, Universidad UNED, España. Docente de Derecho Informático e Informática Jurídica I y II, Facultad de Derecho, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Integrante de la Asesoría Jurídica de la Presidencia de la República Oriental del Uruguay. Consultor privado en temas de su especialidad.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Argentina

posible su aplicación práctica en términos de transparencia activa y pasiva y del derecho de las personas de conocer los procesos utilizados en la toma de decisión de los organismos públicos, en tanto la estrategia plantea el doble rol del Estado que debe, a la vez, rendir cuentas y controlar los procesos algorítmicos, al menos públicos.

Palabras clave: Inteligencia Artificial, Uruguay, estrategia, transparencia.

Abstract: The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) monitors the advances of Artificial Intelligence worldwide through its Artificial Intelligence (AI) Policy Observatory. Within the framework of his studies on public governance, he has prepared, together with the Development Bank of Latin America (CAF), the report entitled “Strategic and responsible use of artificial intelligence in the public sector of Latin America and the Caribbean”, in the which highlights Uruguay as the only country in Latin America and the Caribbean that has a specific strategy for restructuring the public sector through AI (OECD/CAF, 2022). This article intends to analyze the Uruguayan artificial intelligence strategy in the national regulatory context, particularly Law No. 18.381, of October 17, 2008, on access to public information and No.18.331, of August 11, 2008, on the protection of personal data. This, in order to determine if its practical application is possible in terms of active and passive transparency and the right of people to know the processes used in decision-making by public bodies, while the strategy proposes the double role of the State which must, at the same time, be accountable and control algorithmic processes, at least public ones.

Keywords: Artificial Intelligence, Uruguay, strategy, transparency.

I. ESTRATEGIA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DEL ESTADO URUGUAYO

En el año 2018, los países integrantes del Digital 9 (D9) conocidos como los países más avanzados digitalmente, entre los que se encuentra Uruguay, pautaron una serie de objetivos generales sobre la aplicación y el uso de la IA por parte de los gobiernos que integran (AGESIC, 2018). A partir del 2019 conformaron un grupo de trabajo para compartir y generar conocimientos sobre la temática, tales como, marcos de referencia para un uso responsable y análisis de impacto ante el desarrollo de algoritmos y modelos.

Concomitantemente, a nivel nacional, se trabajó en la elaboración

de una estrategia que permitiera al Estado uruguayo utilizar la IA como herramienta para la transformación digital y que promoviera su uso responsable en la Administración Pública. Así nace la Estrategia de Inteligencia Artificial para el Gobierno Digital (la Estrategia) conjugando miradas éticas, normativas, técnicas y sociales, que se traducen en cuatro dimensiones de abordaje (AGESIC, 2019).

Según el documento, la **dimensión ética** reposa sobre “... *la transparencia en el accionar de la Administración Pública. Esta transparencia no sólo implica un conocimiento completo de la información gestionada, sino también de las estrategias aplicadas, sus fines y contenidos. Al mismo tiempo, mediante la introducción de reglas de transparencia se mitigarán las posibilidades de sesgos y discriminaciones no deseadas*”.

Por su parte, la **dimensión legal** importa el respeto del marco jurídico preexistente, especialmente de los Derechos Humanos consagrados en instrumentos internacionales “*lo que asegura el equilibrio entre los derechos de las personas y la limitación del ámbito de actuación estatal*”. La dimensión técnica refiere al cumplimiento de los marcos técnicos y normativos que garanticen la solvencia y solidez de los sistemas de IA y la **social se expresa en** generar soluciones orientadas a las personas.

Asimismo, la Estrategia enuncia los siguientes principios rectores: a) la finalidad, potenciadora de las capacidades humanas para mejorar la calidad de vida de las personas, facilitar procesos y aportar valor agregado a la actividad humana, b) el interés general, garante de la inclusión y la equidad, c) el respeto de los Derechos Humanos, las libertades individuales y la diversidad, d) la transparencia de las soluciones utilizadas en el ámbito público, e) la responsabilidad de personas físicas o jurídicas determinadas, f) la ética, g) el valor agregado y h) la privacidad por diseño y por defecto.

II. TRANSPARENCIA

A los efectos de presente trabajo nos centraremos en el reiterado concepto de transparencia de la actividad administrativa y los procesos algorítmicos, utilizado como fundamento de la dimensión ética y como principio rector de la Estrategia.

En Uruguay, la transparencia en el obrar de la Administración se encuentra plasmada en la Ley N° 18.381, de 17 de octubre de 2008, cuyo artículo 1° establece: “*La presente ley tiene por objeto promo-*

ver la transparencia de la función administrativa de todo organismo público, sea o no estatal, y garantizar el derecho fundamental de las personas al acceso a la información pública.”

La transparencia refiere a un concepto más amplio que el de la publicidad, en tanto no sólo implica publicar, sino visualizar el actuar y la gestión de la Administración. Su faceta activa se relaciona con los datos publicados por los organismos obligados, mientras que la pasiva corresponde a las respuestas brindadas por la Administración ante solicitudes de información que le son formuladas.

Estamos ante *“uno de los valores más preciados en la actualidad. Muchos factores están convergiendo para que esto ocurra. Uno de ellos, indudablemente, es el debilitamiento que se ha producido en el mundo occidental de los autoritarismos, los que, por definición, están reñidos con la libre movilidad de la información. La revalorización consiguiente de la democracia y en especial de la libertad, ha traído consigo la rebeldía con el hecho de que sean otros los que decidan qué cosas debe conocer la ciudadanía. América Latina no ha sido ajena a este movimiento. Es más, buena parte de las leyes que en la región expresamente garantizan el libre acceso a la información pública han sido promovidas por organizaciones de la sociedad civil, en particular, de medios de comunicación que reivindican la circulación de la información como vehículo de libertad”* (Grau, 2006).

Al respecto, recientemente, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno, parafraseando a la Suprema Corte de Justicia Uruguaya, sostuvo: *“tanto el derecho a la información como la libertad de prensa son derechos tan trascendentes que pueden ser ubicados en un plano superior al de otros derechos civiles, pues de ello depende la estructura de las relaciones entre el poder y la libertad”* (Sentencia N° 20/2023, 2023).

De lo dicho resulta, que la Estrategia no aporta valor en términos sustantivos, puesto que enuncia un actuar ya reglado para la Administración nacional, limitándose a reafirmar un concepto previamente recogido por el legislador patrio y ampliamente recibido por nuestra jurisprudencia.

Relacionado con los algoritmos, la Estrategia establece que las soluciones de IA utilizadas en el ámbito público deben ser transparentes, lo que se logra: a) poniendo a disposición los algoritmos y datos utilizados para el entrenamiento de la solución y su puesta en práctica, así como las pruebas y validaciones realizadas, y b) visibi-

lizando explícitamente, a través de mecanismos de transparencia activa, todos aquellos procesos que utilicen IA, ya sea en la generación de servicios públicos o en el apoyo a la toma de decisiones.

Significa que la Estrategia le impone al Estado la obligación de publicar (transparencia activa) los datos, procesos y validaciones aplicados por las soluciones de IA que utilice en el ejercicio de sus funciones.

¿Es esto viable? ¿Pueden los organismos públicos en Uruguay comunicar datos o publicar información relativa a las licencias de software que utilizan?

Sí es posible, siempre que se trate de datos personales que no estén sujetos al previo consentimiento informado de sus titulares, que su publicación no vulnere normas de propiedad intelectual ni cláusulas contractuales de confidencialidad, porque en dichos supuestos, estaríamos ante excepciones al derecho de acceso a la información pública y la Administración no sólo no podría entregar dichos datos, sino que estaría impedida de hacerlo.

En efecto, en Uruguay toda persona física o jurídica puede acceder a la información pública en poder de los organismos públicos, sean estatales o no (artículos 3° y 13 de la Ley N° 18.381). Por información pública se considera la que emane o esté en posesión de dichas entidades, salvo la exceptuada por ser secreta, reservada o confidencial (artículos 2°, 4° y 8° de la citada Ley).

Siguiendo a Carlos Guariglia: *“Sabemos, que los derechos humanos no sólo tienen un carácter universal, son indivisibles, complementarios, inalienables o inviolables, sino que por imperio de la alteridad humana, ellos obedecen a límites generales, normales, ordinarios, como también existen circunstancias en que es menester el reconocimiento de límites excepcionales como extraordinarios ... los límites externos son los que impiden el conflicto entre los derechos fundamentales, tendiendo a armonizar el derecho de que se trate con otros derechos y con otros bienes constitucionales”* (Guariglia, 2007).

La información secreta es aquella definida por ley que no requiere un acto de la Administración para serlo, ya que representa la voluntad del legislador. Es el caso del secreto profesional, bancario, tributario, estadístico, entre otros.

Por su parte, la información reservada se relaciona con los cometidos esenciales del Estado, tales como el orden y seguridad internos, la defensa nacional, las relaciones exteriores y la actividad financiera, económica y científica del Estado, cuya revelación podría afectar

la integridad y los derechos de las personas, las libertades, el orden y la paz pública, así como la actuación del Estado como sujeto de Derecho Internacional. La Administración puede reservarla mediante un acto de clasificación, siempre que “*demuestre la existencia de elementos objetivos que permitan determinar que la divulgación de la misma genera un riesgo claro, probable y específico de daño al interés público protegido*” (artículo 9° de la Ley N° 18.381).

La confidencialidad, refiere a la información de las personas físicas y jurídicas en poder de la Administración. Esta excepción protege directamente el derecho a la vida privada, los datos personales, el patrimonio de las personas, así como los datos comerciales de éstas que pudieren ser útiles para su competencia, motivo por el cual puede ser clasificada (artículo 10 de la Ley N° 18.381).

Al decir de la Unidad de Acceso a la Información Pública -organismo garante del derecho de acceso en nuestro país-, resguardando este tipo de información: “*se busca proteger una serie de conocimientos técnicos que poseen valor comercial, desarrollados por sus empresas y que pueden ser útiles para sus competidores. Esta serie de conocimientos técnicos deben mantenerse fuera del alcance de terceros, pero sobre todo fuera del alcance de los competidores de esas empresas, como forma de evitar la competencia desleal*” (Unidad de Acceso a la Información Pública).

Dentro de este marco tasado de excepciones, encontramos, sin duda, información relativa a los desarrollos de software que utilizan IA y que los organismos públicos contratan, los cuales, en su mayoría, se encuentran sujetos a licencias de uso que determinan restricciones en la revelación de información. Esto, debido a que las empresas y personas físicas legítimamente amparadas en normas de propiedad intelectual y en cláusulas de confidencialidad, resguardan sus productos (algoritmos) y su *know how* de otros competidores.

Recordemos que el inciso final de la Ley N° 9.739, de 17 de diciembre de 1937 sobre Derechos de Autor, en la redacción dada por el artículo 3° de la Ley N° 17.616, de 10 de enero de 2003 protege: “*Programas de ordenador; sean programas fuente o programas objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual. Esta protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación. La expresión*

de ideas, informaciones y algoritmos, en tanto fuere formulada en secuencias originales ordenadas en forma apropiada para ser usada por un dispositivo de procesamiento de información o de control automático, se protege en igual forma. Y, en fin, toda producción del dominio de la inteligencia”.

También son pasibles de ampararse en dichas excepciones los datos personales sujetos al consentimiento, los que no deben comunicarse (publicarse, dar acceso) sin autorización previa, expresa e informada de sus titulares (artículos 9° y 17 de la Ley N° 18.331, de 11 de agosto de 2008), o se afectaría el derecho a la protección de datos personales de los involucrados.

Vemos entonces, al contrastar la Estrategia con el marco normativo imperante en materia de transparencia, acceso a la información pública y protección de datos personales, que sus recomendaciones coliden con disposiciones normativas expresas y la tornan inaplicable para los organismos públicos que son los destinatarios. Ello, debido a que la transparencia solicitada no reposa en información pública y, por tanto, la Administración no sólo no estaría obligada a revelarla sino que estaría impedida de hacerlo.

Paradójico y sin salida se presenta el camino de la transparencia algorítmica elegido por la Estrategia de Inteligencia Artificial del Estado uruguayo.

¿Cómo proteger a las personas si las normas vigentes no permiten transparentar la actividad algorítmica de la Administración y acceder a la información detrás del funcionamiento de la IA utilizada por el Estado? Quizás la salida se encuentre en un cambio de enfoque ¿será la transparencia algorítmica la solución, la única alternativa?

III. GUBERNAMENTALIDAD ALGORÍTMICA

La opacidad de los procesos algorítmicos sumada a su omnipresencia, han desencadenado opiniones críticas que sugieren que estamos gobernados por los algoritmos en tanto aceptamos la utilización de sistemas que no sabemos cómo funcionan y, por ende, no somos capaces de controlar. Así, es usual leer o escuchar que estamos ante un imperio o gobierno de los algoritmos, o ante una algoritmocracia.

Personalmente, encuentro interesante el abordaje realizado por la filósofa del Derecho Antoinette Rouvroy quién, partiendo del concepto de gubernamentalidad de Michel Foucault –que refiere a la idea de una articulación entre formas de saber y relaciones de

poder que establece un gobierno sobre los sujetos—, explica este fenómeno como un nuevo modo de ejercicio del poder que ya no reside en las normas impuestas por el Estado, sino en el análisis de las innumerables trazas digitales sobre las actitudes y comportamientos de las personas, al que denomina: gubernamentalidad algorítmica (Muracciole, 2018).

Su mirada, no sólo ha sido crítica ante los riesgos de estos desarrollos, sino también ante las soluciones planteadas. Así, desde los inicios de las discusiones, Rouvroy discrepó con la elogiada transparencia algorítmica por considerar inviable explicar y comprender el procesamiento de información que estos desarrollos son capaces de lograr en microsegundos.

En el año 2018 no coincidía en este punto con Rouvroy. Al igual que la doctrina técnica y jurídica mayoritaria, consideraba que la revelación y puesta a disposición del funcionamiento de los algoritmos (incluidos los de IA) era la mejor forma de proteger los derechos y libertades. Me parecía que democratizar la información generaría un control social y una sensibilización sobre los impactos, empoderando a las personas usuarias.

Hoy, comparto la discrepancia y la considero más vigente que nunca. La realidad ha demostrado que las exigencias de transparencia en materia algorítmica no prosperaron. Por un lado, porque chocan con normas de propiedad intelectual, por otro, porque aun en conocimiento de toda la información relativa a un algoritmo basado en el uso de IA, los usuarios no serían capaces de comprender el funcionamiento y tampoco de medir las consecuencias al momento de prestar su consentimiento o incluso de adquirir un desarrollo que utilice IA.

Entonces ¿de qué sirve más información que no se puede comprender? ¿Simplemente con informar al usuario se evitan los riesgos que el uso del desarrollo de IA le puede acarrear? A la luz de los avances actuales, la prudencia señala que no. No basta con informar, mucho o poco, para evitar lesiones y vulneración de derechos (discriminación, estigmatización). Esto no implica que no se deba informar, esto significa que con sólo hacerlo no basta, que la realidad le muestra al jurista que otras acciones de protección son necesarias. En este sentido, la legislación internacional avanza en modelos preventivos y no reactivos.

Sin perjuicio, el escenario jurídico nacional continúa transitando el camino de solicitar más información como forma de tutela.

Recientemente fue modificada la normativa de protección de datos personales a fin de disponer que, cuando se recaben datos para utilizarlos en tratamientos automatizados, se deberán informar: “*los criterios de valoración, los procesos aplicados y la solución tecnológica o el programa utilizado*” (literal G) del artículo 13 de la Ley N° 18.331, de 11 de agosto de 2008, en la redacción dada por el artículo 62 de la Ley N° 20.075, de 20 de octubre de 2022).

El artículo 16 de la Ley N° 18.331, que regula el derecho de las personas a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos que las afecte de manera significativa, ya preveía que se pudiera obtener dicha información. El cambio legislativo resulta en que ya no será necesario pedirlo, sino que deberá ser previamente informado/publicado por el responsable del tratamiento de los datos. Valen en esta instancia los comentarios vertidos en torno al posible amparo de tal información en normas de propiedad intelectual.

Una solución similar al citado artículo 16 se encuentra en el artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 de la Unión Europea (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 2016).

No obstante, según mencionara, la Unión progresa y complementa su normativa de protección de datos personales. Así, la Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de un Reglamento en materia de Inteligencia Artificial “*sigue un enfoque basado en los riesgos y únicamente impone cargas normativas cuando es probable que un sistema de IA entrañe altos riesgos para los derechos fundamentales y la seguridad. A los demás sistemas de IA que no son de alto riesgo tan solo se les imponen obligaciones muy limitadas en materia de transparencia; por ejemplo, en lo que se refiere a la presentación de información para comunicar el uso de un sistema de IA cuando este interactúe con humanos*” (punto 2.3 de la exposición de motivos). Recordemos que este proyecto fue publicado en abril de 2021 por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea (Propuesta de Reglamento IA, 2021).

Según dicha propuesta normativa, los sistemas de IA se clasifican en: riesgo mínimo (mayoría de IA y serán de uso libre, por ejemplo: filtros de spam), riesgo limitado (los ciudadanos deben ser conscientes que interactúan con IA, por ejemplo: chatbot), alto riesgo (tendrán obligaciones estrictas, como supervisión humana y el uso de datos de alta calidad para evitar la discriminación, por ejemplo: sistemas para otorgar créditos) y riesgo inaceptable (estos sistemas

estarán prohibidos, por ejemplo: puntuación social de los gobiernos).

IV. NUEVOS CAMINOS Y PARÁMETROS

A nivel nacional, la Academia también señala la necesidad de explorar nuevos rumbos. Con fecha 10 de marzo de 2023, en el marco del Encuentro Latinoamericano de Inteligencia Artificial (Khipu) en la Facultad de Ingeniería de la Universidad de la República, se produjo la “Declaración de Montevideo sobre Inteligencia Artificial y su impacto en América Latina” (Declaración de Montevideo, 2023).

Este documento introduce nuevos parámetros a considerar en la investigación y desarrollo de las tecnologías en general y los sistemas de Inteligencia Artificial en particular. Coincidentemente con lo que venimos analizando, la transparencia algorítmica no se menciona, en su lugar se exhorta a:

- respetar y representar las diferencias culturales, geográficas, económicas, ideológicas y religiosas, entre otras, y no reforzar estereotipos o profundizar la desigualdad,
- no dañar a las personas y minimizar el impacto ambiental,
- suspender tecnologías con riesgos inaceptables, atender la problemática del empleo, atender la diversidad cultural desde el diseño reposicionando el acervo cultural latinoamericano,
- integrar las particularidades latinoamericanas, valorando su participación en investigación y desarrollo, y no sólo como meros productores de datos en bruto o anotaciones manuales con bajo valor agregado, y
- fortalecer la soberanía de los países latinoamericanos con respecto a las cuestiones estratégicas y regulatorias de la IA.

La declaración finaliza con una propuesta para “desarrollar criterios y estándares que permitan calificar estas tecnologías según sus riesgos, para avanzar en políticas públicas que protejan el bien común sin obturar los beneficios del desarrollo tecnológico”.

Luego de la propuesta, la Declaración menciona que desde “la concepción de una solución tecnológica basada en IA y no después de creada, debemos preguntar cuál es el valor social que aporta y los riesgos que conlleva, con una mirada informada de la idiosincrasia latinoamericana. También es necesario analizar y comunicar honestamente sus limitaciones, sin exagerar sus capacidades ni hacer promesas inconducentes”.

Indudablemente, ya no basta con hablar de privacidad o seguridad

desde el diseño o por defecto, pretendiendo que las normas sobre protección de datos personales sean la respuesta a todos los problemas del mundo digital, la mirada debe ser más amplia e integradora, debe ser social.

El documento culmina expresando: “No hay valor social en tecnologías que simplifican tareas a unas pocas personas generando alto riesgo para la dignidad de muchas otras, limitando sus oportunidades de desarrollo, su acceso a recursos y sus derechos”.

Al igual que el Parlamento Europeo, la Declaración de Montevideo parte del riesgo intrínseco en el uso de IA, el cual nuestra legislación ya no debería ignorar, sino determinar y reglar.

Si el riesgo aparece como una variable evidente en el uso de la Inteligencia Artificial ¿qué respuesta jurídica proactiva y no reactiva podríamos utilizar para contenerlo? La doctrina regional promueve la aplicación del principio precautorio a tales efectos.

V. PRINCIPIO PRECAUTORIO

Según la Real Academia Española, riesgo proviene *del ant. riesco 'risco', por el peligro que suponen, se trata de una contingencia o proximidad de daño.*

Siguiendo las enseñanzas del Profesor Marcus Filgueiras, estamos ante un principio que se originó en el Derecho alemán en la década del 70, cuando existía una preocupación por la evaluación previa de las consecuencias de las intervenciones sobre el medio ambiente, cobrando importancia debido al deseo desmesurado del hombre de hacer uso de la tecnociencia para dominar la naturaleza (Filgueiras, 2022).

De histórica aplicación en la protección del medio ambiente, su definición pacíficamente aceptada es la proporcionada en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: “Principio 15: Con el fin de proteger el medioambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente” (Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992).

En palabras del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, su “contenido implica inhibir tanto al Estado como a los particulares de

desarrollar conductas cuya potencialidad dañosa para el medioambiente, no ha sido científicamente descartada. Tal temperamento encuentra respaldo en los arts. 3, 4 y 6, lit. B), de la Ley 17.283, art. 1 Ley 16.466, art. 11.2 Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador” aprobado por Ley 16.519, y, se compadece con la línea trazada por el constituyente en el art. 47 de la Constitución de la República” (Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 2021)

Citando a Ricardo Lorenzetti, la Corporación señala: *“El principio precautorio reconoce que demorar la acción hasta que exista una completa evidencia de la amenaza, a menudo significa que será muy costoso o imposible evitarla. También se produce un traslado del riesgo de la demora en actuar, lo que tradicionalmente fue un elemento neutro que generaba costos para el ambiente. Cuando surge una duda en la regulación, normalmente se pospone para buscar mayores seguridades o bien hasta que surja algún elemento nuevo que permita apreciar los hechos con mayor claridad. El principio precautorio introduce una excepción en esta materia al comparar los costos de la demora con los de la conducta proactiva, y postula que siempre es menos grave actuar que demorar en hacerlo. Avanzando sobre las dudas y sin demoras, importa que los riesgos de la actuación precipitada los soporta el peticionante” (Lorenzetti, 2008).*

En este contexto, Filgueiras entiende: *“que la utilización de tecnología que pueda afectar la vida humana se ajusta al complejo fáctico que debe alcanzar el principio precautorio”* por lo que sería trasladable a la utilización de la IA (Filgueiras, 2022). Posición que comparto.

Pero no todas las voces resultan coincidentes. Esta solución despierta críticas que señalan que: *“todos los aspectos del Principio Precautorio son discutibles: el grado de certeza científica necesario para proscribir una actividad riesgosa; si la autoridad debe limitarse a la evidencia científica disponible o puede seguir las máximas de la experiencia y el sentido común; si el Principio Precautorio opera más allá de los riesgos tecnológicos que amenazan la vida, la salud humana y el entorno; si la gravedad e irreparabilidad del daño son requisitos copulativos o alternativos; si las medidas de precaución deben suprimir o solo reducir el riesgo a un nivel razonable; si es un principio programático, preceptivo, político, interpretativo o un mero argumento jurídico” (Banfi, 2019).*

VI. REFLEXIONES

La Estrategia de Inteligencia Artificial en Uruguay le impone al Estado exigencias que no podrá cumplir. La transparencia algorítmica solicitada reposa, en su mayoría, en información exceptuada del acceso público que impide a la Administración su revelación. De todas formas, la fallida práctica de la transparencia algorítmica ha demostrado que más información no resulta en mayor protección de los derechos y libertades frente a los desarrollos de la Inteligencia Artificial.

La realidad le impone al jurista transitar otros caminos y aportar una mirada amplia e integradora, desde una lógica social. No bastan las normas en materia de privacidad y protección de datos personales para abarcar los problemas que presenta el mundo digital. El riesgo aparece como una variable intrínseca y evidente en el uso de la Inteligencia Artificial que no es posible evitar ni valorar a *posteriori*. Es necesario trabajar en respuestas legislativas proactivas para contenerlo, cuando así sea necesario.

El principio precautorio se abre camino en la doctrina regional y nos propone inhibir conductas cuya potencialidad dañosa no ha sido científicamente descartada. Legislar en supuestos de inhibición o prohibición de sistemas de Inteligencia Artificial con riesgos inaceptables, es una posibilidad que debe ser explorada a nivel nacional y regional.

“Aun cuando no lo parezca, dice Sadin, la inteligencia artificial termina por limitar la capacidad de juicio, reemplazándola. Pero la cuestión, está, cabe decir, en si esto es en sí un antivalar. Cabe pensar que la “ayuda” es bienvenida; mas, el “control” y reemplazo de lo humano, así como la determinación de la vida por tales controles, no lo parece. Tampoco se trata de la idea según la cual lo digital terminará por “destruir” lo humano; más bien el punto es que, sin destruir nada, sí habría el peligro de mayor sometimiento a las decisiones tomadas por programas, por algorítmicos procesos, más allá del juicio humano. Un nuevo derecho, pues, ya no divino sino digital” (Ramírez, 2021).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGESIC. (2018). *Uruguay asumió la presidencia del D9*. Obtenido de <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/noticias/uruguay-asumio-presidencia-del-digital-9>
- AGESIC. (2019). *Estrategia de Inteligencia Artificial*. Obtenido de Estrategia de Inteligencia Artificial para el Gobierno Digital: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/sites/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/files/documentos/publicaciones/Estrategia%20IA%20-%20versi%C3%B3n%20espa%C3%B1ol.pdf>
- Banfi, C. (2019). Riesgos en la aplicación del principio precautorio en responsabilidad civil ambiental. *Revista Chilena de Derecho*.
- Declaración de Montevideo*. (10 de marzo de 2023). Obtenido de Declaración de Montevideo sobre Inteligencia Artificial y su impacto en América Latina: https://docs.google.com/document/d/1maoIc9BKkJbM_iv1QXvbU0DofgmmO-Qne3qjmQb0rFHM/edit
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. (junio de 1992). Obtenido de <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Filgueiras, M. V. (2022). La Inteligencia Artificial en la Administración Pública Barsilera: la interpretación legal a la luz del principio precautorio y democrático. *Electronic Journal of Sadio*, págs. 70-86.
- Grau, N. C. (2006). La transparencia en la gestión pública ¿Cómo construirle viabilidad? *Revista Chilena de Administración Pública*, 22 a 44.
- Guariglia, C. (2007). Límites, delimitación o restricción de los derechos fundamentales. En *El conflicto entre los Derechos Fundamentales* (pág. 191). Amalio Fernández.
- Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. La Ley.
- Muracciole, B. (2018). El derecho en tiempo de algoritmos. En C. Cobo, *Jóvenes, transformación digital y formas de inclusión en América Latina* (pág. 275 a 286). Montevideo: Penguin Random House.
- OECD/CAF. (2022). *Uso estratégico y responsable de la inteligencia artificial en el sector público de América Latina y el Caribe, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública*. Paris: OECD Publishing.
- Propuesta de Reglamento IA*. (21 de abril de 2021). Obtenido de Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial del Parlamento Europeo y del Consejo: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75e-d71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF
- Ramírez, A. (2021). Éric Sadin. La inteligencia artificial o el desafío del siglo. Anatomía de un antihumanismo radical. *Revista de Filosofía, Universidad de Chile*.

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo*. (27 de abril de 2016). Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02016R0679-20160504&from=ES>
- Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. (2021). Unión Europea.
- Sentencia N° 20/2023 (Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno 23 de febrero de 2023).
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 30/2021 (Tribunal de lo Contencioso Administrativo 9 de febrero de 2021).
- Unidad de Acceso a la Información Pública. (s.f.). *Guía e instructivo práctico para clasificar información como reservada o confidencial*. Obtenido de <https://www.gub.uy/unidad-acceso-informacion-publica/comunicacion/publicaciones/guia-instructivo-practico-para-clasificar-informacion-reservada>

