

REVISTA DE **INTERÉS PÚBLICO**

Directora:
DRA. M. CARLOTA UCÍN

Año 6/ N° 7
ISSN 2545-8604

EXTENSIÓN



Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**
Universidad Nacional de La Plata

Editor: **Adolfo Brook**

Directora: **María Carlota Ucín**

Consejo Asesor:

ATIENZA, Manuel, Universidad de Alicante, España

BERGALLO, Paola, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

BERIZONCE, Roberto, Prof. Emérito, Universidad Nacional de La Plata, Argentina **BRINKS, Daniel**, University of Texas at Austin, USA

GARGARELLA, Roberto, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

GROSMAN, Lucas, Universidad de San Andrés, Argentina

MAURINO, Gustavo, Universidad de Palermo, Argentina

PAUTASSI, Laura, CONICET, Universidad de Buenos Aires, Argentina

PUGA, Mariela, Universidad Nacional de Córdoba y Entre Ríos, Argentina

SABA, Roberto, Universidad de Palermo, Argentina

SANTIAGO, Alfonso, Universidad Austral, Argentina

SOZZO, Gonzalo, Universidad Nacional del Litoral, Argentina

TARUFFO, Michele, Universidad de Girona, España †

Secretaría de Redacción:

CORIA HOFFMANN, Irina

REDONDO, Vanina Itatí

Diseño gráfico:

PONTI, Marcelo J.

Periodicidad anual Año 6, Nº7

ISSN 2545-8604

ERRATA. El artículo “Justicia multipuertas y tutela constitucional adecuada: autocomposición en los derechos colectivos”, publicado en el último número de la ReDIP (Nº 6 del año 5) pertenece a los Profesores Hermes Zaneti Jr. y Fredie Didier Jr. en coautoría.

Revista electrónica dependiente de la Secretaría de Extensión Universitaria, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, calle 48 No 582 entre 6 y 7.

ÍNDICE REDIP Nº 7

PRESENTACIÓN	3
EXPERIENCIAS DE LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO	6
-Litigio estructural en materia de discapacidad en la Provincia de Buenos Aires. Cuatro casos colectivos que auspician nuevos usos del proceso judicial	
José María Martocci	7
-Coordenadas Ambientales para la protección jurídica del ambiente urbano. El caso del Eje NNO del partido de La Plata	
Gabriela M. Cosentino y Alexis M. Palacios	28
-El ocaso de una pretensión preventiva	
Jorge Pablo Martínez e Ignacio Guillermo De Carli	43
ARTÍCULOS	62
-Identidad de género y derechos previsionales	
Adolfo Nicolás Balbín	63
APÉNDICE MULTIMEDIA	85
-Ante una nueva revolución verde, el caso del trigo transgénico a la luz de la jurisprudencia bonaerense	
Juan Ignacio Moreno	86
-Avances en la etapa de ejecución de sentencia del caso Verbitsky: las nuevas medidas de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires	
Secretaría de Redacción ReDIP.	89

PRESENTACIÓN

Otra vez nos encontramos cerrando el trabajo anual de la Revista de Interés Público y compartiendo con la comunidad los aportes de nuestras autoras y autores. Nuevamente les invitamos al diálogo y a la escucha a través de la lectura que inicia conversaciones silenciosas pero no por eso menos profundas. Toda esta labor se apoya en la convicción acerca de la importancia de difundir la práctica del litigio de interés público. Fomentando reflexiones teóricas y también abrevando en las cavilaciones que surgen a partir del relato de las experiencias de sus actores, que en este caso son los integrantes de las Clínicas Jurídicas que hacen parte de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

Como he dicho en anteriores oportunidades, la revista fue concebida como un foro de opinión pública, en el que distintos diálogos se abren para que lectoras y lectores los puedan continuar en nuevas contribuciones —que recibiremos con gusto— o en otros espacios que esperamos abrir en el futuro. Por ello, esta presentación es también una invitación a ser parte, a incorporarse al diálogo que en este número se desenvuelve a través de las tres secciones que hacen parte de la Revista: la de las *Experiencias de litigio de Interés Público*, la de los *Artículos*, y el *Apéndice Multimedia*. La conexión entre las contribuciones se establece a través del hilo conductor provisto por el enfoque del interés público.

En la primera sección de la revista, dedicada a las *Experiencias de Litigio de Interés Público*, se halla la colaboración de José María Martocci titulada: *Litigio estructural en materia de discapacidad en la Provincia de Buenos Aires. Cuatro casos colectivos que auspician nuevos usos del proceso judicial*. En su texto, el autor nos propone una profunda y sensible reflexión derivada de su práctica como director de la Clínica de Derechos Humanos y Discapacidad de la Secretaría de Extensión de la FCJS de esta Universidad. A partir de la reseña de cuatro casos de tutela de las personas con algún tipo de discapacidad, su trabajo nos conduce hacia la revisión del rol del poder judicial, los magistrados y también el derecho propio del Estado Constitucional de Derecho, centrado en la tutela de los derechos fundamentales.

En una línea semejante, Gabriela M. Constantino y Alexis M. Palacios nos ilustran su experiencia de servicio extensionista brindado a través de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental de la FCJS de esta Universidad. En su experiencia titulada: *Coordenadas ambientales para la protección jurídica del ambiente urbano. El caso del Eje NNO del Partido de La Plata*, los autores nos relatan la experiencia vinculada a la elaboración de un dictamen jurídico ambiental que sirvió de base para la revisión de la Ordenanza 10.703 de la Municipalidad de La Plata sobre el ordenamiento territorial y uso del suelo en dicho partido. Lo interesante de la crónica no se resume en el impacto de dicho instrumento jurídico, el que permitió junto a la activa participación de la Asociación “Defendamos nuestra identidad” la sanción de una nueva ordenanza sobre uso del suelo (Nº 12.044, del 23-12-2020). La reseña desnuda la convicción de quienes hacen parte de la Clínica de que la función de la misma es prestar el saber jurídico para que los actores de la sociedad civil puedan avanzar en sus

reclamos y en la acción dirigida a la protección del medioambiente y el patrimonio cultural. Este ejemplo expone que el enfoque propio del interés público no se agota en la judicialización de los reclamos y sirve a otras áreas de la experiencia jurídica, incluyendo siempre una mirada altruista y tuitiva de los bienes que se ubican más allá de nuestra propia esfera.

Más allá de estos ejemplos virtuosos, no todo se ajusta a los deseos de los actores involucrados en el trabajo de las Clínicas. De ello da cuenta el trabajo de Jorge Pablo Martínez e Ignacio Guillermo De Carli. En su experiencia titulada: *La insoportable lentitud de la justicia y el ocaso de una pretensión preventiva*, los autores exponen la crónica judicial de una experiencia “no feliz” donde la tutela preventiva incorporada a nuestro ordenamiento jurídico con el nuevo Código Civil y Comercial, resta incomprendida por los operadores jurídicos destinados a aplicarla. El caso ilustra una batalla por lograr que los usuarios del servicio público de agua potable puedan acceder a la información adecuada y veraz ante la evidencia de una prestación deficiente de aquel. Se cruzan en el relato la simplicidad procesal de la tutela ejercida, la gravedad del derecho protegido (derecho a la salud y al agua en condiciones de salubridad) y, en contraste, el incomprensible formalismo que vela la respuesta efectiva que un sistema orientado por la tutela de derechos humanos impone.

En la segunda sección de *Artículos*, se encuentra la contribución de Adolfo Nicolás Balbín. En su trabajo, *Identidad de género y derechos previsionales. Aportes desde una mirada crítico constructiva*, el autor presenta un análisis de las leyes 24.241 en el orden nacional y el decreto-ley 9650/80 de la Provincia de Buenos Aires a la luz del derecho a la identidad de género. Propone un debate para la actualización de dicho plexo tuitivo en concordancia con las necesidades de la hora y para que la autopercepción de género no sea un obstáculo para la titularidad de los derechos previsionales.

En la sección tercera, correspondiente al *Apéndice Multimedia* contamos con dos documentos que sirven a la subsección que hemos denominado: *Materiales para el Litigio de Interés Público*. Por un lado, contamos con la contribución de Juan Ignacio Moreno, quien nos habla acerca de la nueva revolución verde a propósito de la resistencia ciudadana a la introducción del trigo transgénico (autorizado por el Estado Nacional por resolución 41/20 de la Secretaría de Alimentos y Biotecnología del Ministerio de Agricultura de la Nación y Resolución 27/2022 del mismo Ministerio). La reseña da cuenta de un planteo realizado por un grupo de actores de la ciudad de Mar del Plata que solicitaron (y obtuvieron) una medida cautelar que en los hechos suspendió temporariamente la utilización del trigo modificado genéticamente en la Provincia de Buenos Aires.

Además, en dicha subsección, añadimos una actualización de la causa Verbitsky, elaborada por la Secretaría de Redacción. El caso da cuenta del progreso de un litigio estructural de largo alcance que pretende la adecuación de las condiciones de detención a los estándares de protección de los derechos humanos. Se ilustra en el caso que la etapa de ejecución de los procesos estructurales pueden tener una importancia equivalente a la etapa precedente, siendo un factor clave para provocar el cambio social perseguido. Esta reseña se

complementa con la realizada en nuestro número anterior a la que pueden acceder en el siguiente [enlace](#).

Hemos dado entonces nuestro primer paso, brindamos junto a nuestras autoras y autores un contenido que espera ser leído y pensado. Un estímulo que procura generar nuevas esferas de comunicación por esta u otras vías que las hayan de canalizar. Hemos aprendido en los últimos años que la distancia puede ser una ilusión si logramos la conexión real, guiada por la intención de encontrarnos para dialogar, aprender y crecer. En este sentido, este año hemos agregado a nuestros canales una cuenta de Instagram que favorece la cercanía descontracturada cuando queremos mantener el contacto a lo largo del año. Es esta también una invitación a seguir comunicados por allí, donde podremos incursionar en los formatos que la plataforma ofrece para generar nuevos encuentros.

Antes de concluir, quiero agradecer en nombre del equipo que conforma la ReDIP, a la Secretaría de Extensión Universitaria de la FCJS, en la persona de su Secretario Adolfo Brook, por darnos el espacio para desarrollar esta idea. Apreciamos especialmente la labor concreta de todo el equipo de la Secretaría y en particular de Marcelo Ponti, a cargo de la edición gráfica de la revista. Personalmente, quiero agradecer el trabajo comprometido y profesional de Irina Coria Hoffmann y Vanina I. Redondo, miembros de la Secretaría de Redacción y pilares fundamentales de la ReDIP. Por último, y no menos importante, agradecemos a cada autor/a que nos ha confiado su trabajo para ser parte de la Revista y a los evaluadores, quienes con su labor silenciosa nos ayudan a lograr la mejor calidad académica.

María Carlota Ucín
Directora

Experiencias de litigio de Interés Público

Litigio estructural en materia de discapacidad en la Provincia de Buenos Aires

Cuatro casos colectivos que auspician nuevos usos del proceso judicial

Structural litigation on disability rights in Buenos Aires

Four collective cases that promote new judicial practices

José María Martocci ¹

“Practicar el pensamiento en su plena función: indisociablemente ética, estética, política, crítica y clínica”

Suely Rolnik²

Resumen: Proponemos abordar en las páginas que siguen cuatro casos de litigio colectivo y estructural en materia de discapacidad, emprendidos en el marco del espacio de Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (FCJS-UNLP) que nos toca dirigir; ello, a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de máximo rango en nuestro país, a partir de los cuales intentaremos presentar sus rasgos comunes tanto como las dificultades que la realidad social, económica e institucional opone y el modo en que debemos, en el tiempo y la experiencia, pensar, profundizar y reelaborar las estrategias de litigio.

En este plano proponemos, también, significar la *praxis* clínica como una experiencia jurídica crítica que cruza intervención y teoría, con alto compromiso de trabajo, que nos hace habitar el modelo de derechos humanos desde dentro de su tensión con el mundo.

Sobre el final recuperamos tres verbos para la acción en derechos humanos: criticar, trabajar y habitar.

Palabras clave: Discapacidad; Convención; Litigio Estructural; Usos del Proceso Judicial

Abstract: In these pages we address four cases of structural litigation in the field of disability rights, led by the Human Rights and Disability Clinic of the School of Law at the National University of La Plata (FCJS -UNLP). Drawing on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, we'll present some of the common features of the cases, as well as the several social, economic and institutional difficulties they reveal. We'll also present some reflections on the importance of re-elaborating our litigation strategies based on past experiences.

¹ Abogado UNLP. Director de la Clínica en Derechos Humano y Discapacidad. Director del Seminario de Derechos Humanos. Director del Seminario en Igualdad, Discriminación y Grupos Vulnerados (FCJS-UNLP). Email: jmmartocci@estudiomartocci.com.ar

² ROLNIK Suely: “Esferas de la insurrección. Apuntes para descolonizar el inconsciente.”, Tinta Limón, CABA 2018

In this way we aim at signifying the clinical praxis as a critical legal experience that connects action with theory, that requires a high commitment to work, and which makes us inhabit the human rights model from within its tension with the world.

So, let's go with three verbs for action: criticize, work and dwell.

Keywords: Disability; Convention; Structural Litigation; Judicial Practices

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE FALTAN

Omissiones que hacen actuar: discapacidad, modelo social y litigio

Cuatro casos

Los casos que presentaremos se forjaron en el campo de la discapacidad y a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la *Convención*), que en nuestro país alcanzó rango constitucional en el año 2014 (art. 75 inc. 22 CN; ley 27.044), que abreva en el paradigma de derechos humanos e incorpora el modelo social de la discapacidad –superador del modelo médico, como veremos- junto con los principios de dignidad, inclusión, no discriminación, accesibilidad, capacidad jurídica y vida independiente, entre otros.

Los cuatro casos emergieron en la unión entre grupos de militancia social en la materia, las propias personas con discapacidad y el espacio que la Facultad de Derecho ofrece a la comunidad como Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad, con la posibilidad concreta de avanzar en reclamos administrativos y procesos judiciales, que involucran diversidad de actores, derechos colectivos, políticas públicas (ausentes) y participación ciudadana.

Se trata de un espacio que hace posible el encuentro con los titulares de los derechos vulnerados de manera histórica y estructural, en una *práxis* que conjuga ese cruce y lo potencia. La dinámica clínica repele la mera teorización, quiere actuar, hacer con ella.

Son, pues, cuatro casos colectivos que vistos en conjunto versan sobre la omisión por parte del Estado provincial de diseñar, ejecutar y sostener políticas públicas en favor de la realización efectiva de algunos derechos fundamentales reconocidos en la *Convención*, a saber: (1) el derecho a la asistencia personal para la vida independiente; (2) el derecho al trabajo; (3) el derecho a la seguridad social y (4) el derecho a la accesibilidad física a las instituciones escolares y a la educación.

La filosofía que ilumina el gran cambio trascendente que significa la *Convención* es el modelo social de la discapacidad que como lo expresa su *Preámbulo* no ubica la discapacidad en la persona sino en las *barreras* de todo tipo que le impiden desarrollar su vida –su potencia de vida-.

De esta manera, supera el modelo médico rehabilitador fundado en la idea de normalidad, patología y salud, para poner en evidencia que la discapacidad es una relación de opresión hacia la PCD que no anida en la propia persona –en su deficiencia- sino en la exclusión que le reserva la sociedad. Pues la discapacidad no es una enfermedad a curar, una patología a clasificar y medicar,

sino imaginarios sociales y obstáculos de todo tipo que separan a las PCD de sus derechos y que deben ser removidos.

La *Convención* politiza esta experiencia de exclusión –y por tanto la resiste- bajo la idea de que si hay opresión, si hay apartamiento y soledad, la discapacidad es política. Es así que la *Convención* propone otra gramática social.

La *Convención* –producto del activismo mundial en discapacidad, lo que nos habla de un documento construido por sus protagonistas- exalta el valor de la vida independiente de las PCD y todo lo que esto implica; en función de la cual el Estado reconoce deberes y obligaciones, que deben ser materia de políticas públicas.

El máximo rango que adoptó la *Convención* en nuestro país activa el principio de supremacía (art. 31 y 75-22 CN.) haciendo que sus términos, su alcance, su base de principios, el modelo que opera en ella y los derechos que consagra no sólo sean deber de realización de la autoridad pública sino también el compromiso social y desafío de que sus políticas presentes y futuras deban superar el *control de convencionalidad*, vale decir, deban ser compatibles con el modelo de derechos humanos.

Las PCD deben poder habitar el mismo mundo de dignidad y no discriminación de modo que todo acto público o privado que no lo haga, ingresa en zona de infracción convencional.

Lejos de una mirada ingenua, no dejamos de ver que en nuestras realidades hay un estado de inconstitucionalidad permanente; que lo común de los derechos humanos es su incumplimiento. Y es importante advertirlo para preguntarse por qué estos derechos no se hacen efectivos sino que siguen siendo materia de reclamo y (re)conquista.

Intentaremos presentar el núcleo de cada caso destacando los derechos en juego, la superficie de conflicto y la forma en que se dirimió o dirime; para lo cual deberemos extraer sus rasgos significativos sabiendo que dejaremos al margen, inevitablemente, aspectos muy relevantes, pero lo hacemos para ganar en claridad, síntesis y transmisión.

Avanzaremos particularmente con cada uno de ellos para luego extraer conclusiones que puedan iluminar nuevos rumbos.

¿Vamos?

Vamos.

PRIMER CASO: Asistencia Personal para una vida independiente.

Caso *Asociación Azul vs IOMA*

1.

El art. 19 de la *Convención* es paradigmático del cambio pretendido –esto es, del cambio en dirección a la dignidad de la diferencia y la eliminación de las barreras que impiden el goce de una vida sin discriminación- pues incorpora el derecho de las PCD a una vida independiente, que es

mucho más que el derecho clásico a la autonomía individual, y que significa, para el Estado, instituciones y sociedad, la obligación de hacer posible esa independencia mediante políticas activas.

Por esto, hay un deber para el Estado de actuar, ya no sólo de abstenerse, como indica la primera tradición en derechos humanos.

Cuando un Estado adopta un *Tratado* en esta materia se compromete a su respeto y cumplimiento, lo cual en muchos casos implica actividad positiva, políticas públicas dirigidas a identificar, descomponer y remediar las desigualdades históricas.

Es la nuestra una Constitución de los grupos vulnerados, postergados o expulsados por el mercado y el capital, que obliga al Estado a actuar, a forjar y sostener políticas públicas de inclusión, de alojamiento en la ciudadanía constitucional. Es, precisamente, en lo que consiste el cambio constitucional del paradigma liberal clásico de la abstención del Estado a su compromiso efectivo y preferente con los colectivos vulnerados y sus derechos humanos.

Entendamos esto y con esto entenderemos la violación estructural a los derechos humanos con la que a diario convivimos, que denuncia la deuda, interna, del Estado.

El derecho a la vida independiente aglutina el sentido emancipador de la *Convención*, pues es la regla a partir de la cual es juzgada toda conducta en relación a la discapacidad, en orden a si esa conducta, actitud o decisión habilita la vida independiente o bien la impide, restringe o reduce.

Es la clave de bóveda del modelo social, pues el nuevo paradigma nace de la crítica al modelo normalizador, de encierro y dependencia, expulsivo, excluyente, desvalorizante, productivista (Silberkasten, 2014, p. 83-128).

La *Convención* nos dice que discapacidad no es destino, y con esto alienta una nueva vida, en comunidad y autonomía, valorizando la diversidad, a partir del repudio de la vida reservada a las PCD por el modelo médico. Como se ha dicho, desde la perspectiva del modelo social la discapacidad no es una enfermedad que se cura, una anomalía a normalizar, una diferencia a poner en regla, sino el reconocimiento de que la discapacidad emerge frente a las barreras de su aislamiento, postergación y falta de derechos efectivos.

La *Convención* valora la diferencia, no normaliza ni uniforma, abre cada existencia a la potencia de ser de cada quien (Fernandez-Siqueira Peres, 2013, p. 17-27). No hay una vida legítima por sobre otras.

2.

La *Convención* es, también, un texto práctico, de manera que no se desentiende de las herramientas necesarias para dar lugar efectivo a los derechos.

Es por esto que el propio art. 19 prevé la figura de la *asistencia personal* como apoyo para hacer posible la vida independiente.

Por tanto, la *asistencia personal* es un derecho tanto como lo es la vida independiente a la que propende y hace posible.

Más allá del vasto material que se encuentre disponible en *web* sobre esta figura (mucho del cual alimentó este proceso), debe quedar en claro que la AP no es una figura del modelo médico (como lo es el acompañante terapéutico, el enfermero, el cuidador o acompañante domiciliario) sino del modelo social, con lo cual se trata, sencillamente, de un *apoyo*, una persona de confianza de la PCD, elegida, conducida y removida por ella, y que hace posible todo aquello que la PCD no puede por sí sola ejecutar. Se trata de un vínculo muy cercano, de extrema confianza, de intimidad compartida, de lealtad, respeto y complementariedad.

Es la PCD quien detenta el control del vínculo, dirige y dispone aquello que el AP debe realizar.

Se advierte, pues, la diferencia con las figuras del modelo médico, instrumentales a una asistencia rehabilitadora o terapéutica, jerarquizante, donde la PCD no deja de ser, en ningún momento, un paciente objeto de atención y cura.

Es muy relevante pensar la discapacidad desde el modelo social, pues desde esta perspectiva se advierten, en contraste, los límites que el propio modelo médico impone en las vidas de las PCD y que rige de un modo paradójico, por no decir perverso, pues se presenta como solución cuando en rigor forma parte del problema y afianza la patologización de la discapacidad; hace de las vidas de las PCD vidas bajo sospecha de imposibilidad, asistidas, tuteladas, limitadas.

Como frente a todo orden, a todo sentido hegemónico, si cambiamos los anteojos veremos un mundo distinto, con una potencialidad que el modelo médico clausura (Del Cueto, 2014, p. 35-38). Vamos al caso:

3.

La principal operadora sanitaria pública de la provincia de Buenos Aires (hablamos del IOMA), no contaba con la figura que consagra el art. 19 de la *Convención*, y nunca tuvo una política general para incorporarla, para entenderla, ni voluntad de llevarla a cabo.

Ocasionalmente la reconocía, bajo ese nombre, en algún caso aislado y debido a la insistencia de cada familia, pero nunca advirtió sus ribetes significativos ni su contenido convencional, de manera que el nombre de Asistente Personal (AP) no denominaba otra cosa, para el IOMA, que los habituales acompañantes terapéuticos, cuidador o asistente domiciliario, enfermero o análogas figuras tributarias del modelo médico de la discapacidad, que la afianzan. Es decir, otro nombre para lo mismo.

La Asociación Azul –muchos de cuyos miembros con discapacidad son afiliados al IOMA y usuarios de apoyos– venía lidiando con esta situación y con su interés por cambiarla en dirección al modelo social de la *Convención*, con lo cual la problemática ingresa en el espacio de Clínica Jurídica, donde se desplegó escuchando a PCD, asistentes y familiares, todos los cuales narraron el completoostrato que recibían del IOMA y su desconocimiento de la figura y de la *Convención* imperante.

El espacio de Clínica se define por su perspectiva crítica y constructiva, de manera que al tiempo que desarmamos las figuras (instituciones) tutelares del modelo médico construimos un diálogo argumentado sobre las figuras liberadoras del modelo social.

Así es que con el trabajo exploratorio y deconstructivo de varios meses aprendimos el significado y alcance de la asistencia personal en contraste con las figuras del modelo médico, sin cierres concluyentes pero con indicios –señales en el bosque clínico- para empezar a preparar un pedido de información pública sobre el tema, que dirigimos en varias oportunidades a las autoridades del IOMA pidiendo además una audiencia para intercambiar impresiones y habilitar la participación del propio colectivo, nunca respondidas.

Este intercambio silencioso, mudo de parte del IOMA, llevó a la decisión de impulsar una demanda judicial para que esa institución incorpore la figura a través de una política pública con participación del colectivo de PCD (Asociación Azul forma parte de este colectivo que debe ser oído y participado en las políticas públicas que le incumben), reclamando además que sus contornos y contenido respete la *Convención* y las observaciones generales de su Comité de seguimiento o bien de otros espacios sobre discapacidad de Naciones Unidas. Es decir, supere el examen de convencionalidad.

4.

La demanda fue promovida por un frente de actores ante el fuero contencioso administrativo de la ciudad de La Plata en el año 2018 y en el año 2020 obtuvo sentencia favorable. En el mes de junio de 2021 esta sentencia fue confirmada por el Tribunal de Alzada en un pronunciamiento llamado a ser referencia en materia de litigio estructural, judicialización de políticas públicas y derechos de personas con discapacidad a la luz de la Convención.

En el juzgado de origen se desarrolló un proceso innovador donde prevaleció el diálogo, el encuentro de perspectivas, las voces de las PCD, usuarios de asistencia personal, de los propios asistentes, de familiares, conducido por una jueza que abrió su jurisdicción a un espacio de alojamiento, escucha y comprensión. Un verdadero espacio para la tutela judicial preferente –que no abundan pero que el nuevo paradigma de derechos humanos debe construir-. Al cabo, materializó el encuentro efectivo de los derechos vulnerados con sus titulares.

La sentencia ordenó al IOMA incorporar la figura de la asistencia personal con el contenido previsto en la observación general del Comité de la *Convención* tanto como asegurar la participación del colectivo en la elaboración de la política pública al respecto.

Pero para llegar a esto la demanda tuvo que atravesar la fuerte resistencia que opuso el IOMA, que esgrimió diversos argumentos contrarios a la pretensión, varios de los cuales abrevan en la histórica dificultad del litigio en derechos sociales, económicos y culturales.

Las razones de la oposición del IOMA a la demanda, rondaron en torno a los siguientes puntos:

-Que el IOMA cuenta con figuras análogas, que bajo otro nombre ofrecen análogas prestaciones.

-Que el IOMA no tiene por qué elaborar sus políticas públicas consultando a los colectivos implicados, pues cuenta con facultades suficientes autónomas e idoneidad técnica para hacerlo por sí mismo.

-Que los jueces no tienen competencia para ordenar la implementación de políticas públicas y que hacerlo implica invadir facultades propias de la administración pública, su zona de reserva, la división de poderes y la asignación de recursos presupuestarios.

-Que los jueces carecen de elementos técnicos para afrontar una tarea que excede su competencia y experticia.

-Que los recursos públicos son escasos y que una decisión favorable a la demanda producirá un desequilibrio de las cuentas públicas y una crisis general sobre las finanzas del IOMA.

5.

Como se advierte, se trata de los argumentos clásicos opuestos por los tribunales y por la doctrina constitucional y procesal histórica, contra el litigio y la judicialización de derechos sociales, económicos y culturales, que consideran propios de la esfera política administrativa sin exigibilidad jurisdiccional; sujetos, por tanto, a las mayorías contingentes, a la voluntad política de los ocasionales ocupantes del Estado. Olvidan que los derechos humanos marcan un territorio indisputable, un *“coto vedado”* en la feliz expresión de Ernesto Garzón Valdez (Atienza, 2005, p. 39), y la obligación de hacer y de ajustar sus prácticas a la legalidad constitucional.

Es sabido que el impacto de la reforma constitucional del año 1994 con la incorporación del paradigma de derechos humanos empezó a derrumbar estas objeciones, pues ya nadie discute que si bien progresivos se trata de derechos exigibles, incluso inmediatamente en su contenido mínimo, como lo declara la Observación General número 3 del Comité del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Al propio tiempo se sabe que se trata de derechos ligados a las condiciones materiales para una vida digna, y que sobre este concepto –y este objetivo- los derechos humanos hacen síntesis, de manera que es inconcebible la dignidad en la existencia de toda persona si el Estado no asegura todos los derechos y principalmente los DESC, en su contenido mínimo de manera operativa y de modo progresivo en su desarrollo expansivo.

La doctrina nacida al calor del constitucionalismo de los derechos humanos ha sabido replicar uno por uno los argumentos contrarios a la judicialización de los DESC desnudando la visión profundamente ideológica que alimenta aquel rechazo (Courtis, 2006, p. 3).

Desde hace décadas que crece el consenso en el campo jurídico en torno a la exigibilidad judicial de todos los derechos sin excepción, con lo que los argumentos presentados por el Fisco, y que este reitera en todas sus respuestas a demandas estructurales de políticas públicas, se tornan vetustos. Obran como argumentos pero no lo son, por falaces o por sostenerse en premisas inverificables (como por ejemplo que los recursos públicos son escasos o que los derechos sociales

son caros y los individuales clásicos no). Un texto muy citado en la materia desmonta estas objeciones (Holmes-Sunstein, 2011)

Cuando abordemos las conclusiones generales intentaremos retomar estos tópicos, por el momento baste con anticiparlos.

6.

Es de destacar un rasgo que adoptó este proceso muy a tono con el derecho a la participación de los colectivos y personas implicadas, que tuvo a la comprometida actitud de la jueza como puntal de lo que debería ser, en todos los casos, un proceso dialógico y constructivo, que no se agote en la distancia y pugna adversarial, que ha conformado la enseñanza clásica del derecho procesal como litigio y no como conversación, forjando una subjetividad contenciosa.

De este modo el proceso no sólo contó con prueba en sentido clásico (testimonios de usuarios, familiares y asistentes personales) sino que se abrió una audiencia pública para que se expresen *amicus curiae* y expertos/as en la materia tanto en forma oral como escrita, exposiciones sobre la *Convención*, sus principios, la vida independiente y, en especial, el concepto y alcance de la figura de la asistencia personal como apoyo a ese fin.

Esta instancia de participación fue pedida por los actores y resuelta en audiencia por la jueza, donde también se establecieron las condiciones de participación. De este modo el contenido, fundamento y alcance de la figura se construyó en el proceso de manera plural y dialógica.

Todo este material rendido ante el tribunal y las partes quedó incorporado formal y sustancialmente y resultó crucial para el tipo de decisión adoptada en la sentencia de mérito, pues la jueza no sólo ordenó la incorporación de la figura de AP a la cartilla de prestaciones del IOMA con sentido general y la participación efectiva del colectivo interesado en esa tarea, sino que le dio un contenido y alcance preciso, no sujeto a la discrecionalidad de la prestadora pública sino de las opiniones vinculantes del Comité de la *Convención* en la materia.

De esta manera quedó establecida una forma de proceso que aloja diversas voces, fomenta la participación y el compromiso, el intercambio y exposición en forma oral e inmediata, con el órgano judicial habilitando y gestionando la circulación de la palabra, la conversación en paridad, respeto y capacidad de escucha constructiva. Y con todo esto no sólo se conquista un derecho esencial sino que aprendemos a edificar su contenido convencional.

Como se dijo al comienzo, la sentencia fue confirmada por el Tribunal de Alzada, lo que ha dado lugar a la conformación de una mesa de trabajo para su ejecución con participación del colectivo, expertos/as y la autoridad demandada para el diseño y recepción de la Asistencia Personal (AP) con el contenido y alcance que le otorga la *Convención* y la Observación General en la materia.

A su vez, otro impacto de estas decisiones tiene que ver con la renovación del proyecto de ley sobre Asistencia Personal que había perdido en dos ocasiones estado parlamentario en la legislatura local; las dos sentencias hicieron un llamamiento a la legislatura en torno al

incumplimiento inconstitucional del estado bonaerense en el diseño y sostén de una política pública en tal sentido, que esperemos esta vez se concrete.

SEGUNDO CASO: accesibilidad edilicia a las escuelas

Caso Fundación Acceso Ya vs Dirección de Educación PBA

1.

La *Fundación Acceso Ya* es una organización de la sociedad civil dedicada particularmente al derecho a la accesibilidad urbana y arquitectónica –derecho a la ciudad accesible- con sede en la ciudad de Buenos Aires y vasta experiencia en la materia y en su litigio estructural.

Contactaron a la Clínica Jurídica de la UNLP con el objeto de emprender un trabajo conjunto para evaluar la accesibilidad en las escuelas públicas y privadas de la ciudad de La Plata y su región, y verificar el cumplimiento de las normas de accesibilidad y adaptabilidad establecidas por ley.

La Clínica comenzó un relevamiento del estado de las escuelas donde se detectó un altísimo incumplimiento de las reglas de acceso y adaptación, pues no más del 4% de los establecimientos las acataban en su totalidad. Una “*hostilidad arquitectónica*” en términos de Silberkasten, pues las escuelas y el espacio no fueron pensados para la diversidad, menos aún para la discapacidad.

Con esta información elevamos una denuncia a la autoridad educativa del Estado provincial, que nada dijo al respecto.

Frente al silencio y la falta de reacción impulsamos, por tanto, una demanda colectiva dirigida a cumplir con las reglas legales de accesibilidad y con la *Convención*, que la tiene como uno de sus pilares esenciales.

Junto con la demanda judicial pedimos que una vez corrido su traslado se conforme una mesa de trabajo donde confluyan todas las partes y se establezca un mapa de las escuelas a intervenir y un plan de obras para avanzar progresivamente en el cumplimiento de la ley en la totalidad de los establecimientos.

La mesa así conformada estableció un cronograma de obras que se viene desarrollando con un sistema de verificación y control que, de común acuerdo, quedó en manos de la Defensoría del Pueblo provincial, de manera que toda obra que el Fisco afirma haber concluido es verificada por la Defensoría, que eleva un informe técnico al respecto.

En relación con las escuelas y jardines de infantes municipales, el plan de ajuste se encuentra cumplido.

2.

El tipo de proceso colectivo abierto en este caso no busca una sentencia que declare los derechos en juego –cuyo incumplimiento estructural es indiscutible- sino que parte de la aceptación

de la violación estructural a estos derechos fundamentales y avanza con su remediación progresiva, consensuada y verificada en el propio proceso.

De este modo el proceso abandona su clásico sesgo agonal de disputa en torno a hechos y derechos que serán establecidos en una sentencia, para asumir con responsabilidad el estado de cosas inconstitucional que la demanda denuncia y el compromiso de remediarlo en el curso del proceso, antes del pronunciamiento final.

Se trata de un proceso que equipara voces y poderes, que ilumina un estado de cosas inconstitucional y acuerda una solución escalonada basada en asumir compromisos escritos y cumplirlos en un lapso de tiempo razonable. Se trata, por tanto, de un proceso para poner fin a un incumplimiento estructural -y dar lugar a su reversión progresiva-, no para que una sentencia declare un derecho en disputa o su interpretación.

Frente a la aceptación de la vulneración estructural en un caso dado, el proceso obra como espacio remedial, no como lugar para dirimir controversias jurídicas –que no las hay-.

De manera que la dificultad en estos procesos no está en establecer la ilegalidad para formular una demanda, sino que se encuentra en el trabajo que implica avanzar con las obras necesarias que se acuerden en cada mesa. Lo que en un proceso clásico puede suceder en la etapa de ejecución de sentencia aquí sucede en pleno proceso (que en muchos casos lleva más tiempo que el trámite mismo), involucrando a los operadores judiciales y a las partes en forma presencial.

De este modo el proceso es un mecanismo de garantía donde la voz desatendida recobra fuerza para ser escuchada, para que se reconozca una ilegalidad sistémica y el compromiso de remediarla. Con lo cual las demandas sociales y políticas encuentran un canal eficaz donde se le da peso a su palabra y a sus denuncias, el peso que no encontraron antes.

3.

Este proceso sigue abierto y con avances a medida que periódicamente el fisco demandado presenta un plan de obras para nuevas escuelas, cuya ejecución y apego a las reglas de accesibilidad es verificado por equipos técnicos de la Defensoría del Pueblo.

También ha servido para recibir denuncias individuales, vale decir, de familias de niños/as con discapacidad cuyas escuelas carecen de accesibilidad garantizada o baños adaptados y que se sustancia por vía de incidente hasta su solución efectiva.

TERCER CASO: cupo laboral en el Poder Judicial de la PBA

Caso “G.S. y otrxs c/Poder Judicial de la PBA”

1.

El art. 8vo de la ley 10.592, que data del año 1987, estableció el cupo laboral para PCD, en virtud del cual las distintas áreas del Estado provincial en sus tres poderes, tanto como las empresas

concesionarias de servicios públicos, deben contar con un mínimo del 4% de su planta permanente o transitoria de empleados cubierta por PCD.

Este cupo fue reglamentado y se encargó al SECLAS (por sus siglas) la tarea de registrar y seleccionar aquellas Personas con Discapacidad que manifiesten su voluntad de trabajar en el ámbito público.

Una constante en el mundo de la discapacidad es la falta de acceso al empleo público o privado, de manera que el cupo está dirigido a revertir en alguna medida esta subestimación del colectivo, esta verdadera barrera a la inclusión y a la vida en comunidad. La exclusión como destino trazado.

Un motivo de consulta habitual en la Clínica Jurídica es sin duda el de PCD en busca de trabajo y colocación bajo el cupo laboral; toda nuestra historia de atención fue atravesada por esta demanda estructural.

Hace más de diez años intentamos un acercamiento al tema dirigiendo pedidos de información a las distintas reparticiones públicas, tanto de la administración central como de los entes autárquicos o descentralizados y se verificó el incumplimiento sistemático del mecanismo legal y de la inclusión laboral mínima.

Más allá de algunas reuniones con autoridades del SECLAS, la tarea se mostró inabarcable y con poca voluntad por parte del Estado.

Esto nos llevó a que años más tarde reconsideremos el problema y reduzcamos el reclamo, inicialmente, al poder judicial de la provincia, un poder autónomo, con un plantel de empleados más reducido, administrable y cuyos cambios pueden tener impacto simbólico sobre otros poderes.

Como es habitual, nuestra tarea comenzó con un pedido de información dirigido a la dirección de personal de la Suprema Corte provincial, sin respuesta; reiterado luego en dos oportunidades, al cabo de las cuales la Dirección de personal de la SCBA señaló que el poder judicial de la provincia cumplía con el cupo mínimo del 4%. Esto sin ningún tipo de documentación o precisiones: solo la afirmación dogmática –y falsa- del cumplimiento.

2.

Semejante afirmación contrastaba con la información que disponíamos en sentido exactamente contrario.

En una última presentación hicimos saber esto al poder judicial, no sólo la falta de sustento de la respuesta sino su inexactitud.

En este punto comenzamos la preparación de la demanda colectiva en la que sosteníamos el incumplimiento del cupo legal, la incorporación de PCD de manera contraria al espíritu de esta política pública, la falta de reserva del cupo y de un llamado público autónomo para PCD a fin de ser evaluadas y seleccionadas, la falta de relación y cooperación con el organismo encargado del tema –SECLAS-, la irregularidad y discrecionalidad de las designaciones de PCD fuera del sistema del CUPO, entre otras fallas de la autoridad judicial en su rol de superintendencia.

La demanda fue presentada en el mes de agosto del año 2019 y recibió sentencia favorable en el mes de marzo de 2021. El proceso cuenta con la contestación del Poder Judicial, la presentación del Defensor del Pueblo en apoyo de la demanda y los alegatos de las partes previos al pronunciamiento.

Es de destacar que días previos a la presentación de la demanda, el Presidente de la Suprema Corte provincial dictó una resolución reglamentando la aplicación del cupo laboral mediante la apertura de un registro de aspirantes y un mecanismo de incorporación a esos fines.

En su contestación de demanda el poder judicial invocó la existencia de esta Acordada para aseverar el cumplimiento del cupo y la improcedencia de la demanda, pese a que, como señalaron los actores, esa reglamentación omite aspectos relevantes en orden al procedimiento de publicidad y selección de PCD, el sistema de apoyos a ese fin, y precisiones en torno a la evaluación del perfil que se requiere para cada cargo a cubrir de manera que el principio de igualdad e idoneidad en el acceso estén presentes y asegurados. No sólo se trata de cumplir con el cupo legal sino también de hacerlo en forma equitativa, sin los históricos privilegios de acceso al poder judicial.

El frente de actores señaló que la reglamentación para la implementación del cupo, aprobada por acordada en el año 2019, era un buen comienzo pero que debía ser enriquecida en todos los aspectos omitidos o no previstos de manera suficiente en términos constitucionales, y que esta tarea podía cumplirse mediante una mesa de trabajo a implementarse en el proceso o bien en sede de la Defensoría del Pueblo.

El poder judicial demandado se negó, sosteniendo que no había incumplimiento del cupo y que la demanda debía rechazarse.

3.

La sentencia dictada en este proceso es muy relevante, es un hito en el litigio estructural en materia de discapacidad, se asienta de lleno en el modelo social, en el constitucionalismo de derechos humanos y en el carácter vinculante de la *Convención* y de las observaciones generales de su Comité.

Sus rasgos principales son los siguientes:

Ordena un relevamiento general que calcule las PCD empleadas en el poder judicial, destacando si ingresaron como tales o bien adquirieron su discapacidad estando ya empleadas; establezca los porcentajes, comprendiendo el tipo de discapacidad, los cargos que desempeñan y el género.

Ordena proceder a la reserva de cargos y puestos a ser destinados al cupo por discapacidad y a establecer un procedimiento de evaluación que incluya ajustes razonables y apoyos, la participación del SECLAS, pautas de igualdad e idoneidad, evitando la discrecionalidad y las perspectivas médico normalizadoras.

También dispone que debe establecerse primero el perfil del cargo a cubrir y luego la aptitud del postulante y que debe convocarse a integrar el cupo como llamado autónomo y específico, con intervención del SECLAS en la evaluación, registración y asesoramiento.

La autoridad competente debe encargarse de remover obstáculos (que impiden trabajar a PCD), asegurar apoyos y ajustes razonables de conformidad con la singularidad de cada persona, tanto para la evaluación como para el ejercicio de la función en caso de requerirlo.

Debe asegurarse la equidad de género, el acceso a estadísticas e información franca y actual, con participación del colectivo.

Debe adecuarse la ley 10.592 al paradigma convencional reseñado en la sentencia y sus estándares.

En suma, el fallo ordena (i) constituir una mesa de trabajo en 60 días; (ii) en 6 meses adecuar el régimen de ingreso de PCD de conformidad *“con los principios expuestos antes”* y (iii) en 18 meses *“integrar”* el cupo laboral en el mínimo legal.

La sentencia convoca, asimismo, la constitución de una mesa de trabajo con participación del colectivo, del SECLAS, de espacios académicos y/o de expertos de asesoramiento y de la autoridad pública competente a fin de poner a tono el *“régimen de ingreso de PCD”* de conformidad *“con los principios expuestos”* que no son otros que los que constituyen y dan cauce a la *Convención* en la materia, que instaura el modelo social superador del médico rehabilitador.

Estamos frente a una sentencia que consagra, como antes lo hizo *“Asociación Azul y otros vs. IOMA”*, el proceso judicial como ámbito de tutela efectiva y de alojamiento de voces a partir de una solución dialogada, constructiva y con marco convencional.

El proceso, pues, va tomando la forma de un espacio de encuentro, alojamiento y control de la efectividad del paradigma de derechos humanos. Un proceso de comunicación, argumentos y protección.

CUARTO CASO: Derecho a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado.

Caso “Asociación Azul vs. Instituto de Previsión Social PBA”

1.

En la provincia de Buenos Aires se encuentra vigente la ley 10.205 desde el año 1984, dirigida a establecer un régimen de seguridad social en favor de los colectivos vulnerables identificados en su art. 1ero, entre ellos, las personas con discapacidad.

Sus fundamentos son muy claros y en lo medular resaltan el objetivo de *“cubrir las necesidades de la vejez e invalidez de aquellas personas que no se encuentran protegidas ...”* con lo que se *“dará posibilidad a los sectores económicamente marginados de atender sus necesidades vitales.”* –énfasis agregado-

Dicho lo cual agrega que de “... esta forma el Estado provincial logrará un doble propósito, como es satisfacer las necesidades de la seguridad social y lograr una más justa distribución de sus recursos.”.

Es pues claro que la ley tiene un objetivo de justicia doble: (i) asegurar las “necesidades vitales” a quienes por su condición no pueden abastecerlas y (ii) distribuir la riqueza social en favor de los sectores económicamente marginados.

En términos de derechos humanos podemos traducirlo como el deber de asegurar mediante políticas activas y propositivas, (i) el contenido mínimo de una vida digna y (ii) el de recomponer o compensar las desigualdades que el azar existencial y el mercado produce en cada vida (FRAZER Nancy, 2016).

En ambos planos hablamos de políticas de igualdad, es decir, en hacer efectivo el pacto de convivencia fundado en la igualdad no sólo legal sino también vital para toda persona, sin distinción. La ciudadanía constitucional importa, como piso mínimo, condiciones materiales de vida digna (art. 75-22 CN; arts. 25 DUDH; 11 PDESC; 28 *Convención*, entre tantos).

Para cumplir con estos objetivos la ley 10.205 estableció una pensión por discapacidad a favor de toda PCD residente en la provincia, que carezca de trabajo y de bienes, y con un rango económico equivalente al “haber jubilatorio mínimo”, reajutable periódicamente a tenor de la depreciación monetaria; y estableció la autoridad de aplicación de la norma en el Instituto de Previsión Social de la provincia.

Para sintetizar el nudo del conflicto diremos que mediante una trama de reglamentaciones que comienza en el Decreto 720 de 2010, el poder ejecutivo y el IPS pagan menos del 10% de lo que por ley corresponde.

Esta violación del mandato legal atraviesa todas las gestiones del Estado provincial y significa que una pensión por discapacidad al presente tiene un monto que ronda los \$6.800 (y un 70% de esta cifra quienes superen los 21 años de edad), es decir, nada. Nada se puede hacer con este importe para asegurar los objetivos esgrimidos por la propia ley 10.205 en su exposición de motivos “... cubrir las necesidades de la vejez e invalidez ...” con lo que se “... dará la posibilidad a los sectores económicos marginados de atender sus necesidades vitales ...” tanto como “... lograr una más justa distribución de sus recursos.”.

Hay, por tanto, una cuestión de ilegalidad manifiesta pero también un conflicto constitucional, pues el poder administrador burla la voluntad del legislador, situación vedada por los arts. 144 inciso 2do de la Constitución local y 28 de la nacional, pues rompe el equilibrio de poderes y atribuciones asignadas.

Vía reglamentación el poder ejecutivo despoja al derecho del contenido económico querido por la norma.

2.

El fuero contencioso platense había admitido reclamos individuales, en virtud de los cuales jueces y juezas ordenaron abonar el contenido patrimonial que marca la ley 10.205 y no lo que fija arbitrariamente la autoridad administrativa.

Sin embargo, al ser la cuestión estructural los reclamos particulares resolvían pocos casos (los de aquellos que podían acudir al sistema judicial) pero no los del grupo de PCD, cuyo acceso a la justicia se encuentra limitado por múltiples motivos: de información, de cercanía, económicos, simbólicos, entre otros.

La única vía procesal que puede resolver una violación estructural de derechos es el proceso colectivo habilitado por el art. 43 de la Constitución nacional con eje en la discriminación estructural, que instituye el derecho a la justicia como una garantía instrumental, de manera que los beneficios de una sentencia de mérito se extiendan a todos los miembros del grupo desfavorecido –aquí, el de PCD titulares de pensiones por discapacidad en la provincia de Buenos Aires–.

Dicho en breve: la respuesta a la demanda por parte del Fisco resistió la pretensión, pese a admitir, en su parte informativa, los antecedentes materiales de la pretensión, vale decir, que al distinguir entre “*haberes mínimos*” y “*compensación especial de los haberes mínimos*”, esto a partir del decreto 720/2010, el IPS paga lo que nombra como “*haber mínimo*” y no lo que marca la ley en su artículo 9no como “*haber jubilatorio mínimo*”. Con lo que admite la ilegalidad y la infracción constitucional de no acatar el mandato legal.

La jueza a cargo de la causa dio intervención al Defensor del Pueblo provincial, conforme lo pedido en la demanda, quien admitió la vulneración estructural del derecho a la seguridad social al tiempo que llamó la atención sobre las implicancias presupuestarias y sobre la necesidad de proveer a una solución en el marco de una “*mesa de trabajo*”, a la que se convocó.

De este modo, el proceso se reconduce bajo la forma del diálogo; un proceso que sirve de espacio para la construcción progresiva y consensuada de una solución común, para un colectivo vulnerado que de otro modo no tendría acceso efectivo a la justicia.

Como resultado de este proceso abierto el IPS propuso en audiencia ante la jueza a cargo un proyecto de *Convenio* con el Estado nacional que implica una serie de movimientos en torno a los derechos en juego y que viene a disparar el intercambio de argumentos institucionales y constitucionales asumiendo que la ley no se cumple y que el atraso en el ingreso económico de cada pensión es real e inaceptable.

El rechazo de esta propuesta por el frente de actores derivó en un nuevo ofrecimiento presentado verbal y formalmente en la segunda mesa de trabajo y que vuelve a resultar objetivamente insuficiente. Pero en el encuentro entre las partes ante la jueza y al ser luego formalizado en el expediente queda a la luz el incumplimiento de la ley así como la infracción constitucional y convencional, emergiendo como único argumento por parte del IPS la cuestión presupuestaria y de escasez de recursos.

Al cabo, estos primeros pasos servirán para que las partes se conozcan, se escuchen y para que se evalúe la convencionalidad de las propuestas en juego.

Como todo proceso dialógico, modalidad que se abre paso en la justicia contenciosa platense, se evitan procesos agonales, se asumen derechos vulnerados y el carácter colectivo de su afectación; y se dialoga a partir de posiciones diversas pero no antagónicas desde que se acepta, bajo la conducción jurisdiccional, que debe arribarse a una solución progresiva.

Por último, no olvidamos decir que este proceso colectivo también sirve para recibir y tramitar planteos individuales de PCD titulares de la pensión, dirigidos a colocar el haber en el rango legal del art. 9no de la ley 10.205. De manera que el proceso es útil también, bajo la vía incidental, como cantera para que PCD reclamen por ellas mismas, que de otro modo no tendrían acceso.

Es de este modo que en un incidente abierto por cuerda del expediente principal la jueza dictó cautelares a favor de casi veinte titulares de pensión, obligando al IPS al pago del “haber jubilatorio mínimo” que marca la ley.

Veamos en lo que sigue, ya para concluir, algunas derivas y conclusiones de la experiencia de litigio estructural reseñada.

CONCLUSIONES

1.

En uno de sus primeros textos Gargarella muestra que el diseño institucional norteamericano, que sirvió de inspiración a nuestra Constitución original de 1853, colocó en el poder judicial la defensa de los intereses minoritarios de los grandes propietarios frente a la amenaza de las legislaturas que articulaban las demandas de la baja burguesía, los pequeños productores y comerciantes. Así, un poder judicial selecto sin origen democrático se pensó como freno al impulso democrático igualitario, en resguardo de los pocos y ricos (Gargarella, 2011, p. 35-63).

De este modo, un derecho diseñado para el litigio patrimonial entre particulares, herencia del constitucionalismo liberal de los siglos XVIII y XIX, se vio conmovido por la reforma constitucional argentina (1994) que superó el paradigma moderno del individuo y su matriz contractual autonómica e incorporó sujetos colectivos, grupos específicos en situación de vulnerabilidad, cuya protección preferente obliga al Estado en orden a sus políticas públicas o, en su defecto o ausencia, mediante una garantía judicial que debe asegurar su efectividad -que la letra se haga realidad.

La Constitución, así, se hizo un campo coral, una carta de viaje que incluye, incorpora, remedia y sostiene la dignidad de toda vida.

Y para no caer en la declamación y espera sin fin ofrece mecanismos de realización donde la doctrina de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos es una fuente habitual de inspiración y normatividad.

Hay, pues, procesos colectivos que se abren frente a la indiferencia o al olvido del derecho a una vida digna sin discriminación, para mujeres, niños y niñas, ancianos y ancianas, pueblos originarios, indigentes y pobres estructurales, migrantes, minorías sexuales y, entre otros, personas con discapacidad -materia que nos ha convocado aquí-, todos grupos que protagonizan el litigio colectivo desde hace décadas y que lo han hecho avanzar tanto como la doctrina que lo piensa, como las organizaciones civiles y de litigio que con su imaginación y *praxis* abren caminos.

Proceso colectivo y políticas públicas en discapacidad son, así, términos de un movimiento trabajoso pero que inspira una vasta potencialidad para aquellos grupos que de otro modo seguirían sin ser vistos y oídos.

Cuando lo corriente es la desigualdad y la exclusión, cuando el mundo es lo que vemos a diario, la inclusión implica acción y trabajo. No basta la denuncia y declamación de derechos sin acción que los haga posibles.

2.

Quienes desde el derecho colectivo enfocado en grupos excluidos nos abrimos a la experiencia del litigio o intervención estructural, sea o no estratégica, nos toca, también, problematizar el campo y nuestro propio trabajo, identificar líneas en sus virtudes conducentes y en sus obstáculos.

Acaso una primera visita nos permita destacar aspectos que se han impuesto como indispensables para emprender este tipo de trabajo, siempre desde una mirada organizada por la *praxis*, es decir, por el compromiso de trabajo persistente y por la experiencia sensible que dispara conceptos, hipótesis refutadas o confirmadas en la imponderable materialidad de un hacer que permite reelaborar la teoría.

3.

Si algo enseña la experiencia posterior a la reforma constitucional argentina es que aun incorporando de manera fuerte el paradigma de derechos humanos y el despliegue internacional de su campo semántico mediante la hermenéutica de sus órganos específicos -que en nuestro país tiene rango constitucional- poco sucede en ese plano sin ser reclamado y sin ser sus omisiones estructurales denunciadas y reparadas judicialmente por colectivos activos en la lucha por sus derechos.

Este trabajo intenta dar cuenta de los primeros ensayos en materia de litigio en discapacidad y de la enseñanza que la *praxis* revela para que nuestra tarea sea más eficaz, sensible, dúctil y emocionalmente propicia.

Así pues nuestras conclusiones son provisorias –el pensamiento abierto y crítico siempre lo es (Eribon, 2019, p. 213)- cautas y modestas.

Trataremos de darle un orden sintético, que sepa esperar futuros desarrollos.

Lo vemos:

-
- El litigio estructural es ante nada, y como venimos diciendo, un inmenso trabajo. Salir del hechizo del derecho, esto es, del hechizo de pensar que su enunciación opera su realización y eficacia y que un Estado atento y sensible conducirá sus políticas públicas hacia el contenido constitucional esperado, es condición primera para advertir las dificultades que nos esperan. Pensar que con una demanda o incluso con una sentencia alcanza para conmover el estado de cosas, también es una ingenuidad.
 - El litigio estructural es un espacio de alojamiento y conversación que equipara voces y poderes. El proceso, así entendido, da voz y rostro a quienes no tienen poder para hacerse oír de otro modo.
 - Es asimismo un proceso de cercanía; acerca, pone cara a cara, aquellas existencias separadas al nacer. Aquellas clases subalternas que no tienen acceso real al poder judicial y al derecho, tienen en este proceso sensible su posibilidad de acercarse.
 - También es un trabajo de previsión y diseño, pues exige construir el objeto posible de un reclamo, escuchando todas las voces implicadas (que hay que buscarlas o dejarse encontrar) estableciendo su alcance bajo la hipótesis de lo realizable; vale decir, que lo que se reclame pueda ser conducido en un proceso de realización progresivo, con marchas y contramarchas pero con estadios de compromiso y avance.
 - Los procesos colectivos en la Argentina han mostrado efectividad pero también su amarga frustración en casos emblemáticos como la causa *Riachuelo* o la causa *CELS* en la provincia de Buenos Aires. Es decir, procesos que implican una conducta múltiple y compleja en el tiempo de las agencias públicas que excede la efectividad de un proceso judicial y de una sentencia; un estado de cosas muy resistente al cambio operado por institucionalidades y poderes opacos tanto como tramas sociales inadvertidas desde fuera o en superficie.
 - Sin perder ambición en el reclamo, el ajuste de las pretensiones en los cuatro casos presentados ha sido una tarea fina que no ha perdido de vista su realización, sea en el camino del proceso como en la instancia de ejecución, aún en tránsito. De modo que la pretensión debe ajustarse al imaginario de su viabilidad, no puede desentenderse de ella y del proceso de realidad y ejecución.
 - Dar con el contenido de lo que se reclama es, también, una construcción trabajosa que debe contemplar las fuentes internacionales e internas del derecho humano en cuestión tanto como su enriquecimiento comunitario y su potenciación social. Todo reclamo se nutre del intercambio, de la construcción común de la materia litigiosa, de la interrogación, de la puesta a punto de lo que se pide bajo una perspectiva realizable.
 - Los derechos humanos, así, son nutridos por las fuentes normativas y su diálogo, pero también por la participación social que terminan de darle su contenido vivo.
 - En la necesidad de dotar a la demanda de legitimación social y de poder frente al Estado, un buen trabajo colectivo debe asegurar una red de actores, horizontalidad de las voces y de los aportes, permeabilidad para aprender, corregir y ajustar, constancia para persistir en el camino, inteligencia y ductilidad para afrontar creativamente los obstáculos. A todo litigio estructural lo precede un

encuentro, una red de conversaciones y acuerdos, una pedagogía de la comunicación auténtica (aprender a escucharse), la construcción de un objetivo que emerge desde lo común.

- Hay un proceso social virtuoso que hace del padecimiento personal algo común, y de lo común una implicancia del Estado y sus políticas públicas.

- En cuanto a la construcción coral de la demanda podemos referir, por caso, el reclamo por la *asistencia personal* como apoyo para la vida independiente implicó investigar y conocer la figura en su contenido, en su fundamento y alcance convencional, escuchando a expertos y expertas, a usuarios, a prestadores, a las familias, consultando fuentes internacionales, todo lo cual nos permitió poner esta figura de apoyo en contraste con las prestaciones del modelo médico sobre las cuales el IOMA argumentó pretendiendo mostrar que cumplía. Entonces vemos que la pregunta, la duda y el intercambio es un proceso de construcción de la materia a litigar, sin el cual resulta imposible o ineficaz hacerlo. El punto cero de este caso nos encontró sin saber, abiertos a aceptarlo y aprender, condición indispensable para construir un camino posible para la acción y la realización del derecho.

- El *test de convencionalidad* nos permite poner en contraste el paradigma constitucional de derechos humanos –sus bienes tutelados, sus principios, estándares y reglas de interpretación- con la realidad social e institucional existente. Este cruce de planos –lo que *debe ser* frente a lo que efectivamente *es*- constituye el procedimiento habitual que enmarca el problema: *¿cómo debe ser lo que es?* Entre lo que *debe ser* y lo que *es* hay un tránsito que debemos recorrer, contrastando ambos planos de manera de identificar el incumplimiento, el poder y la autoridad que lo sostiene, la que debe repararlo, el modo y alcance en que debe hacerlo.

- Entre lo que *debe ser* y lo que *es* hay tramas de poder, de intereses corporativos, de inercia y prácticas repetidas, de disciplina y obediencia, de pereza, desinterés, de ignorancia y prejuicio, miedo o mero descompromiso, de desamor. Este mundo de objeciones y barreras debe ser identificado, comprendido e interpelado en sus fuentes y efectos, corriendo la idea de que el derecho por sí sólo lo hará posible.

- No hay cambio posible sin cambio de los corazones hacia una conciencia de la alteridad. De modo que hay por delante una tarea de formación sensible y de construcción de empatía en los y las operadores. Abrirse a nuevas miradas, nuevas interpretaciones, interrumpir la repetición de lo mismo, situar la dignidad y no discriminación en el centro del análisis y la decisión, hacerse cargo de proteger al más débil y de igualar las relaciones de poder, son pautas imprescindibles en el nuevo paradigma de los derechos humanos.

- Todo este camino es un camino plural y colectivo, de diálogo e intercambio en paridad, de manera que la letra de la ley y el campo normativo abiertos a su interpretación debe ser nutrido por la propia comunidad afectada y por la propia autoridad interpelada en su incumplimiento. Lograr y mantener esta instancia de conversación y lograr que esta se despliegue en el plano de lo progresivamente efectivo es la clave del éxito de la intervención. Esto implica también que cada encuentro sea un nuevo compromiso y que cada compromiso se cumpla o se ofrezcan explicaciones y variantes frente

a su postergación. El encuentro de las partes implicadas en un problema estructural debe ubicar el lenguaje en común –que es la lengua de los derechos- y la clave de avance desde un estado de inconstitucionalidad hacia su remediación. Es un espacio analítico a construir con el respeto de todas las voces y un tiempo de espera determinado por el progreso y el objetivo.

- Todo reclamo, pues, debe tener consistencia argumental incontrovertible –aunque, obviamente, sea respondida por la autoridad pública- que exhiba la vulneración estructural, de manera que se imponga por su propio peso. Así por ejemplo, frente a su amplio incumplimiento normativo, la necesidad imperiosa de escuelas accesibles y adaptadas es inobjetable, frente a lo cual toda resistencia se rinde. La necesidad de cumplir con la ley de cupo laboral también, pues la evidencia de su desacato es vergonzante y moviliza el cambio. Que una pensión por discapacidad no pueda significar un 10% de lo que marca la ley es una evidencia que no podrá encontrar objeción en una mesa de trabajo donde las partes estén frente a frente.

- El espacio judicial –los jueces y juezas- deben cambiar. Deben alojar el sufrimiento que llega a sus estrados, mantener su vitalidad urgente, darle curso, encarnarlo, no dejarlo en un expediente y en la repetición burocrática. Darle prioridad y asegurar su tutela, mediante las “*interpretaciones diferenciadas*” y los “*modos de compensación*” de la desigualdad de las partes, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos incluye dentro de la garantía judicial.

- Jueces y juezas deben nacer al compromiso constitucional con el más débil, con el excluido o postergado. Aprender el compromiso importará desaprender el privilegio, encarnar su protección y dar preferencia a aquellos casos donde la vida está jaqueada y la dignidad olvidada. En suma, despertar a la conciencia de su rol fundamental en la protección del desamparo. No otra cosa es lo que el paradigma de derechos humanos llama garantía judicial o tutela rápida y efectiva: que el proceso se desvele por proteger; que esta sea su razón de ser y no los rituales de la postergación y el desdén.

- Este mandato convencional debe ingresar a la cultura judicial, hacerse hábito y sensibilidad común. El espacio judicial debe ser un espacio de alojamiento que garantice la protección de la persona como su obligación preminente, impostergable, donde el debido proceso es aquél que protege mediante el encuentro de las partes y disuelve el conflicto en favor de la reparación de lo que llega al proceso como estado de indignidad, discriminación y vulnerabilidad. Esta hospitalidad que es, antes que nada, recibir y encarnar la vulneración repele las reglas procesales que alejan el remedio, que no es otro que colocar al juez o jueza en situación y deber de garantía frente al ofendido.

Bibliografía

Atienza, M. (2005), *El Derecho como Argumentación*. EGV: Para ir terminando, Fontamara, Ciudad de México.

Courtis, C. -compilador- (2006), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ediciones Del Puerto, CABA.

Courtis y Abramovich (2006), *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Estudios del Puerto, CABA.

Del Cueto, A. (2014), *La Salud Mental Comunitaria. Vivir, Pensar, Desear*. FCE, CABA

Fernandez, A. y Siqueira Peres W. -compiladores- (2013), *La Diferencia Desquiciada. Géneros y Diversidades Sexuales*, Editorial Biblos, CABA.

Fraser, N. y Boltanski, L. (2016), *Dominación y Emancipación*, Capital Intelectual Ed., CABA.

Gargarella R. (2011), *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter Contramayoritario del poder judicial*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional, Quito Ecuador.

Holmes, S. y Sunstein, C. (2011), *El Costo de los Derechos. Por qué la Libertad depende de los Impuestos*, Siglo XXI, CABA.

Ministerio Público Tutelar CABA (2013) *Implementación de Sentencias Judiciales Colectivas, Derechos Económicos Sociales y Culturales*, Eudeba, CABA.

Palacios, A., Fernandez, S. y Iglesias M. (2020), *Situaciones de Discapacidad y Derechos Humanos*, La Ley.

Rolnik, S. (2018), *Esferas de la Insurrección. Apuntes para descolonizar el inconsciente*, Tinta Limón, CABA.

Silberkasten, M. (2014), *La Construcción Imaginaria de la Discapacidad*, Topía, CABA.

Coordenadas Ambientales para la protección jurídica del ambiente urbano.

El caso del Eje NNO del Partido de La Plata.

Environmental Coordinates for the legal protection of the urban environment.

The case of the NNO Axis of the La Plata.

Gabriela M. Cosentino¹

Alexis M. Palacios²

Resumen: El artículo aborda el desarrollo de una experiencia vivenciada por la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental de la FCJyS-UNLP, respecto a un conflicto urbano-ambiental sobre ordenamiento territorial en el Eje NNO de La Plata. El dictamen jurídico ambiental fue, en esta oportunidad, la herramienta jurídica utilizada para construir una respuesta a la problemática. Los fundamentos giraron en torno a los presupuestos mínimos de protección ambiental, la evaluación de los impactos ambientales acumulativos y los principios ambientales. En particular, el Principio de no Regresión -que a la fecha de la realización del dictamen no se hallaba consagrado expresamente en ninguna norma- se erigió como núcleo y punto cardinal de la solución, con importantes resultados para la protección del ambiente urbano.

Palabras clave: Clínicas Jurídicas; Ordenamiento Territorial; Principio de no Regresión; Conflicto Urbano Ambiental

Abstract: This article discusses a case pertaining to the Legal Clinic of Environmental Law of the FCJyS-UNLP, regarding an urban-environmental conflict on territorial ordering in the La Plata NNO Axis. The environmental legal opinion was in this case the legal tool used to supply a response to the problem. The fundamental aspects revolved around minimum budgets requirements for environmental protection, the evaluation of cumulative environmental impacts and environmental principles. In particular, the Principle of Non-Regression -which at the time of the ruling was not expressly enshrined in any regulation- yet emerged as the core and cardinal point of the solution, with conveyed important results in the protection of urban environment.

Keywords: Legal Clinic; Territorial Planning; Principle of non-regression; Environmental urban conflict

¹ Abogada Coordinadora, desde el año 2008, de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Correo electrónico: gabimc3@gmail.com

² Abogado de Apoyo, desde el año 2013, de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Correo electrónico: alexis-palacios@hotmail.com

1. El abordaje y punto de partida

En esta oportunidad, consideramos de interés compartir uno de los mecanismos de acción que se llevan a cabo en el seno de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP: el abordaje de un conflicto ambiental a partir de la elaboración de un dictamen jurídico ambiental.

La Clínica Jurídica de Derecho Ambiental, forma parte del Programa de Clínicas Jurídicas de la Secretaría de Extensión Universitaria de la FCJyS-UNLP y, además de estar sujeta a un reglamento para su funcionamiento, tiene misiones y funciones específicas.

Hacer real la función social de la Universidad es una de las principales misiones de la Clínica. En concreto, ello se pretende alcanzar a partir de la articulación de los conocimientos no académicos, (es decir los saberes de aquellos que habitan el territorio, biográficos); con los conocimientos académicos (saberes de la universidad, en nuestro caso jurídicos), como bien sostienen Marichal y Berros (2018, p. 9).

En la labor extensionista diaria, el diálogo produce vínculos, y son esos vínculos los que nos permiten crear posibles respuestas jurídicas, junto a quienes forman parte de los conflictos ambientales, y se erigen en voceros del ambiente.

Cuando decimos voceros del ambiente, lo hacemos en consonancia con el pensamiento de Cafferatta (2000, p. 56 y ss.), quien se refirió al “emergente” o al “portavoz”, como aquel que, en un grupo, en un momento determinado, dice algo, y ese algo es el signo de un proceso grupal que hasta ese momento ha permanecido latente o implícito.

En el caso que relataremos, fue una asociación vecinal quien, vinculándose con la universidad, a través de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental, asumió ese rol de “portavoz del ambiente” para decir algo. Ese algo, se traduciría en un importante aporte y antecedente para el abordaje y defensa jurídica del ambiente urbano.

Escuchar a quienes integran el ambiente potencialmente afectado o dañado, entendemos, es una de las cuestiones primordiales, para desentrañar las causas y consecuencias de las problemáticas ambientales, y también para hallar posibles soluciones.

La trascendencia de la tríada, información, participación y acceso a la justicia ambiental, surge con claridad meridiana en la primer Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre el

Medio Humano, celebrada en Estocolmo, en 1972 (Principios 19 y 20 y cctes), y de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, donde se establece que: “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda” (Principio 10).

En la actualidad, esa tríada, se recepta y reafirma de modo expreso en reciente Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, celebrado en la ciudad de Escazú, Costa Rica, en el año 2018 (en adelante Escazú), constituyéndose en primer instrumento jurídico ambiental vinculante de la región, aprobado en nuestro país por Ley 27.566, en el año 2020. Escazú, en línea con el artículo 41 de la Constitución Nacional (CN), la Ley General del Ambiente 25.675 (LGA) y el artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (CPBA), contiene los dispositivos básicos o engranajes fundamentales de la mecánica de participación del público en las decisiones ambientales de los Estados (Falbo, 2020, p. 1).

2. Un conflicto urbano-ambiental

Fueron los integrantes de la asociación DNI “Defendamos Nuestra Identidad” (en adelante DNI) del Partido de La Plata, quienes se acercaron al espacio de la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental, para solicitar auxilio jurídico respecto a una grave problemática ambiental, que, a su criterio, aquejaba al Eje Nor Noroeste del Partido de La Plata -constituido por las localidades de Ringuelet, Gorina, Hernández, Gonnet, City Bell, Villa Elisa y Arturo Seguí- (en adelante Eje NNO).

El centro del conflicto, según DNI, radicaba básicamente en las consecuencias negativas, derivadas de la regulación establecida en el Código de Ordenamiento Urbano (COU) del Partido de La Plata - Ordenanza N° 10.703, sancionada en el año 2010. A su criterio, el citado cuerpo normativo constituía en la práctica un “facilitador del negocio inmobiliario, que anclado en un concepto erróneo de progreso impedía comprender que el desarrollo implica sostener no solo lo económico, sino también lo cultural, social y ambiental.”

Según DNI, “de no reformularse el Código citado, el Eje NNO de La Plata perdería indefectiblemente su identidad, al modificarse y degradarse el paisaje urbano característico de la zona, como también la calidad de vida de sus habitantes.”

En consecuencia, DNI presentó a los integrantes de la Clínica una serie de informes técnicos, con detalles de la problemática ambiental, expresando la necesidad de contar con argumentos jurídicos, para solicitar a las autoridades municipales la reforma de la norma vigente. Su objetivo

era, en definitiva, contar con una herramienta jurídica, para que se dejen sin efecto los artículos de la ordenanza de ordenamiento territorial, que, en los hechos, desprotegían al ambiente urbano (el Eje NNO de La Plata). Esos, insumos jurídico-ambientales, constituirían para ellos, un aporte de vital importancia, pues serían de utilidad para poner en evidencia las falencias de la norma, y someterlas a consideración de los urbanistas y legisladores municipales, e instar de este modo la pretendida modificación de la ordenanza.

3. El Eje NNO, sus características y progresiva pérdida de identidad y afectación ambiental a partir de la sanción de la ordenanza Nº 10.703

Conforme a la documentación acompañada por DNI a los integrantes de la Clínica, el Eje NNO:

(...) se había caracterizado por difundir en su génesis (hacia la década del 40) un ideal de vida originado en la naturaleza ciudades jardín. Estos suburbios residenciales buscaron generar centros cualificados, caracterizados en general por un trazado urbano informal, con lotes amplios que garantizarían la construcción de viviendas aisladas, la baja densidad, y el predominio de las áreas verdes sobre las áreas construidas.

En lo que respecta a las localidades de Villa Elisa, City Bell, Gonnet y Ringuelet, se fueron consolidando más lentamente, caracterizadas por la diversidad en cuanto a la superposición de usos, de sectores sociales que lo habitaron y de imágenes arquitectónicas que se fueron introduciendo a lo largo de un período más prolongado.

A su vez, la fuerte presencia vecinal y de instituciones locales abocadas a promover el desarrollo del lugar, produjo un núcleo definido por su espíritu comunitario antes que por las imágenes de exclusividad social que predominaban en los otros suburbios residenciales.

La instalación de los habitantes fuera del casco fundacional de La Plata, había consolidado el Eje NNO. Lo que en sus orígenes eran quintas productivas, villas de residencia veraniega y quintas de fin de semana se han convertido con el pasar del tiempo, en residencias permanentes que permitían el contacto con la naturaleza y la tranquilidad. Por su parte, el centro de City Bell es una atracción a nivel regional. La existencia de áreas verdes públicas y semipúblicas, como los parques y clubes que caracterizan al sector, son un punto de atracción para la población de La Plata y de parte de la región metropolitana, favorecido por importantes conectores como la autopista la Plata-Buenos Aires y el Ferrocarril Roca, recientemente electrificado.

Esta región posee, además, una serie de grandes espacios verdes que se extienden en un continuum; la República de los Niños, los clubes de Gonnet, el Batallón de Comunicaciones, el Parque Ecológico, culminando en el todo indisoluble, que no reconoce las jurisdicciones creadas por el hombre (...).

No obstante, lo expuesto, en los últimos 10 años, y a partir de la sanción de la ordenanza N° 10.703, las características urbano ambientales del Eje NNO, descriptas estaban siendo menoscabadas de manera negativa y relevante, afectando notoriamente la identidad del lugar. Los miembros de DNI, manifestaron que, observaban con gran preocupación el avance descontrolado de las construcciones, ocupación de suelos inundables y un incremento en la pavimentación, reconociéndose dos causas principales: a) los emprendimientos de los grandes desarrolladores urbanos, b) las iniciativas particulares. En ambos casos, el resultado final era el mismo: el impacto negativo sobre el ambiente, natural y construido, y en la calidad de vida y la salud de la población, agravándose en los sectores más vulnerables.

Los principales impactos negativos sobre el ambiente urbano, que surgían de la información brindada por la asociación fueron los siguientes:

-La impermeabilización de la superficie de la tierra por la suma de construcciones, pavimentos e instalación de invernáculos. Ello modificó dramáticamente el flujo y escurrimiento de las aguas superficiales, resultando en picos más altos e inundaciones más frecuentes, alterando el proceso normal de recarga de los acuíferos.

Asociado a ello aparecía la ocupación de áreas inundables (planicie de inundación) como sucedía en el caso de Villa Castells que, a su vez, generó un proceso de salinización de los acuíferos por sobreexplotación.

-La degradación, pérdida forestal y de espacios acuáticos originarios que, además de poseer un valor como recurso natural en sí mismo, eran áreas de esparcimiento utilizadas por pobladores de la zona y por los habitantes de todo el Partido de La Plata y alrededores.

-La falta de saneamiento: aguas servidas y residuos sólidos urbanos arrojados en cualquier lugar que afectaron en mayor medida a los barrios más vulnerables de localidades como Gorina, City Bell y Arturo Seguí, entre otros. En esta última localidad, destacaban la utilización de las vías del viejo ferrocarril provincial como sitio de vuelco desde hace años.

-Sobrecarga y deterioro de la infraestructura de servicios existente: agua, gas, desagües cloacales, energía eléctrica, calles y caminos.

-Pérdida y deterioro del patrimonio construido: la casa del poeta López Merino, las casonas inglesas del barrio San Jorge, ambas en Villa Elisa, las casonas de City Bell, el Tanque de agua, la antigua Estación del Ferrocarril, etc.

-Pérdida de espacios libres naturales.

Los aportes documentales acompañados por DNI, permitieron a la Clínica comprender con claridad que el Eje NNO se enfrentaba a un proceso de desborde urbano, concepto que como bien afirma López Medina (2015, p. 23 y ss), está en construcción, y nos invita a preguntarnos respecto a las ciudades y sus periferias, no sólo qué es lo que se desborda y cómo, sino para qué y para quién. En el caso, por lo expuesto la Clínica identificó, que el origen del conflicto eran los intereses inmobiliarios, para la maximización de ganancias, que en la práctica se traducían en externalidades negativas con consecuencias urbano ambientales también negativas, proceso intensificado exponencialmente a partir de la sanción de la Ordenanza N° 10.703.

Efectivamente nos encontrábamos ante una situación de relevancia jurídico ambiental. Al respecto siguiendo a Rodríguez Tarducci, R. (et al, 2021, p. 13), consideramos que “esta situación podría revertirse, o al menos controlarse, si se regulara de forma adecuada el mercado de suelo, planificando la expansión de forma ordenada, en áreas determinadas para cada actividad, preservando espacios de reserva y superficies absorbentes”.

4. Los interrogantes medulares a resolver para arribar a una decisión

A fin de brindar una respuesta jurídica, luego de analizar la documentación y las inquietudes planteadas por DNI, como Clínica formulamos una traducción jurídica del conflicto y de este modo, logramos sintetizar los interrogantes a resolver en tres grandes ejes:

1) Si la preservación de las características ambientales actuales del Eje NNO (paisaje urbano ambiental, patrimonio cultural) e incluso su mejoramiento y optimización, constituían un indudable objeto de tutela del derecho ambiental vigente.

2) Si la normativa municipal que actualmente se aplica al Eje NNO, es compatible con el orden jurídico ambiental y en particular si vulneraba los principios ambientales de no regresión y preventivo.

3) Si las autorizaciones administrativas otorgadas para proyectos urbanísticos/inmobiliarios, tenían en consideración los impactos acumulativos ambientales.

5. Las bases jurídico-ambientales del dictamen

El art. 28 de la CPBA, la mecánica de presupuestos mínimos de protección ambiental, prevista en el artículo 41 de la CN, las normas y los principios ambientales, desarrollados en la LGA (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y cctes), sumado a los valiosos precedentes de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA), y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la Opinión Consultiva (OC) 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y la precursora doctrina relativa al principio de no regresión, constituyeron las bases del dictamen jurídico ambiental a elaborar por la Clínica.

Primera coordenada: El art. 41 de la CN, es la norma cardinal de nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la protección del ambiente, y es desde este prisma que el intérprete de las normas ha de analizar un conflicto ambiental. Siendo el art. 28 de la CPBA su reflejo a nivel Pcial. Esa fue entonces la primera coordenada a considerar para analizar la problemática del Eje NNO.

Segunda coordenada: Los presupuestos mínimos de protección ambiental, constituyen una mecánica constitucional de aplicación de las normas en materia ambiental, a la vez son normas y principios, plenamente operativos, de aplicación directa y obligatoria en las provincias y los municipios (en el caso, en el municipio de La Plata). Esa base normativa nacional de protección, puede ser incrementada por las provincias y los municipios, pero nunca disminuida, es tal y como sostiene Quiroga Lavie (et al., 2009, p. 987) una complementariedad maximizadora, la añadidura necesaria para maximizar lo mínimo.

Tercera coordenada: La SCBA, en la causa “Machado” del año 2011 estableció que el “urbanismo” forma parte del derecho ambiental y que, por lo tanto, debe ser analizado desde las normas “ambientales” o “urbano-ambientales” (invocando lo dispuesto por los arts. 41 y 43 de la CN; 28 y 20 de la CPBA y la LGA)

(...) El urbanismo forma parte del ambiente en la medida que establece la preservación no sólo del patrimonio natural sino también del cultural. (...) Tanto la ciudad de La Plata como el ordenamiento urbano que la define es patrimonio cultural y, por ello, ingresa dentro del concepto de ambiente, configurando su defensa un caso ambiental de interés colectivo e intergeneracional que también involucra derechos de particulares (SCBA, “Dougherty”, 2004).

La SCBA afirmó en reiterados precedentes que el ordenamiento positivo impone -ante este tipo de casos en que se invoca el quebrantamiento de la legalidad urbano/ambiental- respuestas más eficaces (SCBA, “Asociación Civil Ambiente Sur”, 2003; SCBA, “Burgués”, 2003; SCBA,

"Dougherty", 2004; SCBA, "Club Estudiantes de La Plata", 2004; SCBA, "Filon", 2007; SCBA, "Rodoni", 2010; SCBA, "Fundación Biósfera", 2011).

Sumado a lo expuesto, la SCBA expresó en la causa "Dougherty" del 2004, citando a MorandDeviller, que la temática del medio ambiente, lejos de ceñirse a la protección de la fauna en peligro, la atmósfera, los cursos de agua o los paisajes sensibles, se conjuga cada vez más en términos estrictamente urbanísticos; y, a la vez, por ello mismo, las regulaciones de las ciudades, las políticas urbanas, en suma, se "ambientalizan".

Cuarta coordenada: El patrimonio cultural (en el caso el del Eje NNO) preserva la memoria histórica de su pueblo y, en consecuencia, resulta un factor fundamental para conformar y consolidar su identidad. Es por ello que su tutela por parte del Estado adquiere vital importancia, puesto que permite preservar los testimonios de civilizaciones pasadas y presentes, los que resultan indispensables puntos de referencia de toda sociedad a la hora de programar sus proyectos sociales futuros. Ello fue puesto de relevancia por la CSJN en el precedente "Zorrilla" del año 2013, destacándose la obligación constitucional, prevista en el artículo 41 de la CN de proveer a la preservación del patrimonio cultural.

Quinta coordenada: El principio preventivo (art. 4 LGA), establece que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir. En materia ambiental, la prevención tiene una importancia superior a la que se le otorga en otros ámbitos, ya que la agresión al ambiente se manifiesta en hechos que provocan, por su mera consumación, un deterioro cierto y en la mayoría de los casos, irreversible.

El principio de congruencia por su parte, ordena que la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental debe ser adecuada a los principios y normas fijadas en la LGA y en caso de que así no fuere, ésta, prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.

En lo que respecta al principio de progresividad -que contiene al de no regresión- obliga a no sustituir los estándares de protección que ya se hubieren logrado por otros inferiores u ostensiblemente ineficaces, aun cuando estos últimos fueran posteriores a los más tuitivos o protectores del ambiente. Es decir, siempre se debe mantener lo ya logrado. De esta manera, el principio de no regresión se sintetiza en el postulado ni un paso atrás.

Sexta Coordinada: conforme surge de la interpretación de la normativa nacional (art. 11 y cctes LGA), y local (art. 28 CPBA), de la jurisprudencia nacional (CSJN, “Salas Dino”, marzo, 2009) y provincial (SCBA, Sociedad de Fomento “Cariló”, 2006), y de la OC 23/17 de la Corte IDH (Párr. 164 y 165), no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes, y los que vayan a generar los nuevos proyectos que se propongan. Pues este análisis es el único que permite concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras implican un riesgo de daño significativo para el ambiente.

En consecuencia, todo procedimiento de evaluación de impacto ambiental (EvIA) que apruebe la ejecución de una obra o actividad en el Eje NNO, debe determinar y evaluar con exactitud cuál es el impacto ambiental acumulado o acumulativo de las autorizaciones ya otorgadas hasta el presente (se hayan construido o no todavía) y de las que están en trámite de autorización, ya sea de proyectos privados y públicos. Al analizar, evaluar y contabilizar lo acumulativo tal como se explica, cada EvIA le permitirá a la Autoridad saber con exactitud cuál es el impacto real de cada nuevo pedido de autorización, en la medida que se le sumará al ya acumulado por todas las autorizaciones ya otorgadas (se hayan construido o no) y a las que estén en trámite de otorgamiento.

6. El principio de no regresión como núcleo del Dictamen Jurídico Ambiental

La Clínica, al analizar la norma cuestionada, concluyó que la ordenanza N° 10.703 (vigente) era regresiva en cuanto a protección en comparación con la anterior ordenanza N° 9.231 (derogada), pues desprotegía lo que antes estaba protegido. La desprotección, surgía patente por varias cuestiones centrales, entre ellas las siguientes:

-La eliminación del Coeficiente de Unidades Funcionales (CUF), pues ello incrementó la densidad por adición de edificios, y trajo aparejado una explotación y un uso indebido e inapropiado del suelo, saturándolo e intensificando el desequilibrio entre el espacio verde y la superficie construida. Esto último, en claro desmedro y perjuicio del ambiente natural y en beneficio del ambiente construido como contrapartida.

-Otra cuestión que modificó la ordenanza N° 10.703 y que afectó particularmente a la zona que se analiza, fue la altura máxima que podrían tener las distintas edificaciones. Esta nueva ordenanza regulaba tal altura a través de niveles y no de metros como se hacía anteriormente. El límite pasó a ser entonces de 3 niveles, sin un máximo en metros (artículos 70, 83 y art. 90, Ord. N°

10.703). Como consecuencia se habilitaba la edificación en volúmenes de hasta 18 mts. de altura (3 dúplex superpuestos) lo cual distorsionaba gravemente la morfología del Eje NNO.

Es decir, la ordenanza sólo tomaba como criterio la cuestión de unidades, y no el impacto producido por una tipología que nada tiene ver con el entorno en el cual se va a insertar. Dicho en términos urbano ambientales hay un desmejoramiento, una regresión y un empeoramiento del patrimonio cultural, natural, social y artificial.

Sumado a lo expuesto, las modificaciones previstas en la ordenanza N° 10.703 se traducían en un aumento de la densidad poblacional, lo cual implicaba el incremento en la demanda de servicios (redes de cloacas, energía eléctrica, gas por cañerías), incremento no contemplado en el proceso de urbanización del Eje NNO.

Todo el enfoque desarrollado precedentemente halló fundamento normativo, doctrinario y sustento jurisprudencial. En ese sentido, la SCBA, en el caso “Fundación Biósfera” (2011) se pronunció sobre la legalidad de la Ordenanza N° 10.703, estableciendo que:

(...) desentenderse de los efectos que sobre el ambiente urbano y el patrimonio cultural pueda provocar la iniciativa de reformas normativas estaría reñido con el principio de progresividad vigente en esta materia (art. 4, ley 25.675; CSJN, Fallos 329:2316) que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente ineficaces.

Este precedente fue precursor y de gran relevancia, por cuanto se refirió al principio de regresión, como contenido dentro del principio de progresividad (art. 4 LGA), antes de su expresa consagración normativa. Fue recién en el año 2018, cuando el Acuerdo de Escazú (Ley 27.566), incorporó, en su artículo art. 3, inciso c), a la No Regresión como un nuevo Principio Ambiental, como lo sostiene Cafferatta (2020, pág. 3), es decir 7 años después del dictado del precedente “Biósfera”.

El principio de no regresión es un principio que opera tanto en la faz normativa como en la faz material, lo normativo incluye lo legal, lo administrativo y lo judicial, mientras que lo material opera sobre un bien ambiental. Se trata, tal y como lo expresa Ricardo Lorenzetti (et al., 2018, p. 131 y ss.) de un principio que impone mantener lo logrado, tanto en el área normativa, como en la fáctica o material y obliga a decidirse por la opción más favorable a la tutela ambiental. En concordancia a lo dicho, Esain (2007, p. 12) agrega que este principio es entonces una clara limitación para el Poder Ejecutivo, dentro del cual queda incluido el Poder Municipal.

Finalmente, el dictamen tuvo en consideración las enseñanzas del doctrinario francés Prieur Michel (2011, p. 61), quien sostiene “la hipótesis de un derecho ambiental no regresivo y, por lo tanto, de un derecho que sea obligatoriamente progresivo, en la consagración del medio ambiente como un nuevo derecho del hombre”. Según el autor, el derecho ambiental ha pasado a convertirse en un derecho fundamental, se beneficiará de las teorías existentes cuyo objetivo es aumentar aún más la eficacia de los derechos humanos, lo que impide retroceder y de esta manera garantizar la no regresión de este derecho que ha sido reconocido como fundamental, y por ello, irreversible.

7. Conclusiones, repercusiones, proyecciones

Atendiendo a las razones expuestas, en los títulos anteriores, la Clínica Jurídica de Derecho Ambiental dictaminó lo siguiente:

-Efectivamente la situación de conflicto detectada en el Eje NNO configuraba una cuestión urbano ambiental, aplicándose en consecuencia el ordenamiento jurídico ambiental.

-La aplicación de la Ordenanza N° 10.703 en el Eje NNO vulneraba los principios ambientales, en particular, el principio preventivo, el de no regresión y el de congruencia. Como resultado, hasta tanto se adecuara la norma al ordenamiento jurídico ambiental, correspondía la aplicación ultraactiva de la Ordenanza N° 9.231 (derogada por la Ordenanza N° 10.703). Es decir que la norma derogada (Ordenanza N° 9.231) volvía a cobrar vigencia en los casos en que sus previsiones normativas (artículos, incisos o párrafos) protegieran de manera más amplia al ambiente, en comparación con la norma que la sustituyó (Ordenanza N° 10.703).

-La autoridad municipal estaba obligada a analizar, contemplar, describir, determinar y evaluar los impactos ambientales acumulativos.

-Aunque el procedimiento de EvIA previsto en la Ordenanza N° 10.703 no lo contemplara de manera expresa, al realizarse la EvIA de cada nuevo pedido de autorización de obras o construcciones privadas o públicas, la autoridad municipal estaba obligada a analizar, contemplar, describir, determinar y evaluar los impactos ambientales acumulativos o acumulados. De no hacerlo se estaría afectando la tutela debida y protección básica en el Eje NNO, del ecosistema, de la calidad de vida de sus vecinos, de su biodiversidad, de su verde público y privado, de sus valores culturales y ecológicos, de su paisaje, de su identidad y, por sobre todas las cosas, de los derechos de sus generaciones futuras.

En mayo de 2020, la Asociación DNI, presentó el dictamen emitido por la Clínica a las autoridades del Municipio de La Plata, como parte de una propuesta de reforma para la elaboración de un nuevo Código Urbano en el partido. El documento, como explicaremos fue un elemento decisivo para las modificaciones que se propusieran a la Ordenanza N° 10.703/10.

En diciembre del 2020, el Municipio de La Plata sancionó la ordenanza N° 12.044. La nueva ordenanza hizo lugar a la modificación de la norma regresiva que desprotegía el eje NNO (Ordenanza N° 10.703) y como resultado volvió a cobrar vigencia la anterior regulación -que establecía una protección más amplia para el ambiente urbano-, en los puntos señalados.

El dictamen jurídico elaborado por la Clínica Ambiental, se constituyó en la base y principal argumento para la reforma propuesta por la asociación DNI, pues, las modificaciones propuestas fueron aprobadas por unanimidad por el Concejo Deliberante.

El aporte fue de gran trascendencia, pues, entre otras cuestiones, la nueva norma repuso el CUF (cantidad de Unidades Funcionales por lote) lo que acotó la densidad poblacional y la tala de las del verde privado, por la dimensión de los edificios resultantes, y la del verde público, diezmado hasta el momento por las entradas a garaje e iniciativas particulares para facilitar el proceso de construcción durante las obras.

Las coordenadas jurídico ambientales, contenidas en el dictamen elaborado, permitieron y permitirán a futuro, defender con sólidos argumentos el ambiente en el Área NNO de potenciales embates regresivos de distintos sectores de interés. Por otra parte, consisten en un importante antecedente, que puede ser de gran utilidad para otros partidos urbanos que estén atravesando similares problemáticas.

La difusión del dictamen, de sus argumentos y sus resultados prácticos en el Partido de La Plata, son de relevancia en los tiempos que corren (la era del antropoceno³), ante el avance desmesurado de los proyectos que solo tienen en mira los beneficios económicos a corto plazo para unos pocos. Ello por cuanto, las coordenadas básicas, contenidas en el documento se erigieron como una herramienta o insumo jurídico, aplicable en la realidad, para asegurar un volumen de bienes para las generaciones futuras, como afirman los autores Berros y Sozzo, (citados en Peña

³ El concepto, propuesto por el profesor Paul Crutzen, premio Nobel de Química (2015), hace referencia a una nueva era geológica, la actual, en la que el ser humano tiene un rol protagónico.

Chacón, 2013, p. 253) haciendo efectiva la idea de progreso como perdurabilidad, con base en el patrimonio común de la humanidad y de la responsabilidad para con las generaciones futuras.

8. Bibliografía.

Cafferatta, N. (2000). La legitimación para obrar y los intereses de grupo. El emergente como legitimado para obrar en causas ambientales. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año II N° IV.

Cafferatta, N. (2020). Nuevos Principios del Derecho Ambiental. AR/DOC/3533/2020. Recuperado de Revista Digital La Ley Uruguay. Thomson Reuters Uruguay. <https://laleyuruguay.com/blogs/novedades/nuevos-principios-del-derecho-ambiental>.

Esain J. A. (2007). El principio de Progresividad en materia ambiental, en Revista de Derecho Ambiental, Cafferatta Néstor (Director) Editorial Lexis Nexis número 2, Buenos Aires.

Falbo, A (2020) Acuerdo de Escazú (ley 27.566): una maquinaria eficaz, concreta y sofisticada para la participación ambiental de los habitantes. Rev. La Ley.

López Medina, J. (2015). Des-Bordes urbanos: un concepto en construcción. Hábitat y Sociedad.

Lorenzetti, R.L. y Lorenzetti, P., (2018). Derecho Ambiental. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.

Marichal, M. E., & Berros, M. V. (2018). La articulación de conocimientos en la producción jurídica sobre riesgos controvertidos. Ciencia, docencia y tecnología.

Peña Chacón, M. (2013). El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano. Universidad de Costa Rica.

Prieur, Michel (2011). “El Nuevo principio de no regresión en el Derecho ambiental”, Acto de investidura del grado de Doctor en Honoris Causa, en Prosas Universitaria de Zaragoza.

Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. Á., & de las Nieves Cenicacelaya, M. (2009). Derecho Constitucional argentino, segunda edición actualizada. TII. Rubinzal Culzoni.

Rodriguez Tarducci, R., Cortizo, D., & Frediani, J. C. (2021). Problemáticas urbano-ambientales en torno a la expansión urbana en el Partido de La Plata, Buenos Aires, Argentina. Revista Universitaria de Geografía, 30(2).

Jurisprudencia.

SCBA, causa A. 70.106, "Machado, Raúl Horacio y otro contra Municipalidad de La Plata. Amparo -Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley-", sent. 30 de noviembre de 2011.

SCBA, causa B. 64.464, "Dougherty", sent. de 31-III-2004.

SCBA, causa B. 65.259, "Asociación Civil Ambiente Sur", res. de 19-III-2003.

SCBA, causa B. 65.158, "Burgués", res. de 30-III-2003.

SCBA, causa Ac. 90.941, "Sociedad de Fomento Cariló contra Municipalidad de Pinamar. Amparo", res. de 08-III-2006.

SCBA, causa B. 64.413 "Club Estudiantes de La Plata", sent. de 4-XI-2004.

SCBA, causa I. 68.164, "Filon", res. de 18-IV-2007.

SCBA, causa A. 68.965, "Rodoni", sent. de 3-III-2010.

SCBA, causa I. 71.446, "Fundación Biósfera", res. de 24-V-2011.

CSJN, "Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa", Buenos Aires, 27 de agosto de 2013.

CSJN, Salas, Dino y otros c/Salta, Provincia de y Estado Nacional s/amparo, Fallo 332:663, Buenos Aires, 26 de marzo de 2009.

Instrumentos normativos citados

Argentina. Constitución de la Nación.

Argentina. Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Organización de las Naciones Unidas. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992).

Argentina. Presupuestos Mínimos para el logro de una Gestión Sustentable y adecuada del Ambiente, la Preservación y Protección de la Diversidad Biológica y la Implementación del Desarrollo Sustentable. Ley 25.675 (2002).

Argentina. Aprobación del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (acuerdo de Escazú). Ley 27.566 (2020).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 (24 de noviembre de 2017).

Notas periodísticas

(23 de mayo del 2020). Plan de conservación. Analizan nuevas zonas y formas para urbanizar en City Bell y Villa Elisa. 0221. <https://www.0221.com.ar/nota/2020-5-23-10-21-0-analizan-nuevas-zonas-y-formas-para-urbanizar-en-city-bell-y-villa-elisa>

(26 de mayo del 2020). Repercusiones Del Dictamen Jurídico Elaborado Por La Clínica Jurídica Ambiental. *Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. <https://www.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/extension/item/822-repercusiones-del-dictamen-juridico-elaborado-por-la-clinica-juridica-ambiental.html>

(28 de mayo del 2020). Los aportes de la Clínica Jurídica Ambiental de la UNLP en la discusión sobre el ordenamiento territorial. *Clip Urbano*. <https://clip-urbano.com/2020/05/28/los-aportes-de-la-clinica-juridica-ambiental-de-la-unlp-en-la-discusion-sobre-el-ordenamiento-territorial/>

(23 de diciembre de 2020). Rezonifican más de mil hectáreas en La Plata y regularizan lotes para vivienda. 0221. <https://www.0221.com.ar/nota/2020-12-23-20-39-0-rezonifican-mas-de-mil-hectareas-de-la-plata-y-regularizan-lotes-para-viviendas>

La insoportable lentitud de la justicia¹ y el ocaso de una pretensión preventiva.

The unbearable slowness of justice and the decline of a preventive claim

Jorge Pablo Martínez e Ignacio Guillermo De Carli²

Resumen: El trabajo busca repasar un caso patrocinado por la Clínica Jurídica de derecho de Consumidores y Usuarios en el que se intentó, mediante una acción judicial preventiva, proteger el derecho a la salud y a la información adecuada y veraz de un grupo de consumidores/as / usuarios/as del servicio de agua potable en un barrio de la ciudad de La Plata. El repaso de los hechos da cuenta de las múltiples e inconducentes barreras judiciales que dicho colectivo intentó, sin éxito, derribar.

Palabras clave: Clínica Jurídica; acción preventiva; derechos humanos; agua potable

Abstract: The work seeks to review a case sponsored by the Legal Clinic of Consumers, in which an attempt was made, through a preventive legal action, to protect the right to health and to adequate and truthful information of a group of consumers/users of the drinking water service in a neighborhood of the city of La Plata. A review of the facts reveals the multiple and inconsequential legal barriers that the group tried, without success, to break down.

Keywords: Legal Clinic; preventive action; human rights; drinking water

1. En este discurso, que busca escuchar y recoger la voz de los hechos, se presenta un caso que habla a las claras de ciertas comprensiones e interpretaciones teñidas por la falta de compromiso, por la conservadora miopía, por la insensibilidad. Con el propósito de mostrar lo anticipado en el epígrafe se exponen, en primer lugar,

¹ Arazí, Roland (2019) en "Revista de Derecho Procesal, Nuevas estructuras procesales", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2019, pp. 39-46. Las razonables críticas del autor a la lentitud de la justicia se desvanecen cuando postula una competencia muy reducida para los máximos tribunales expulsando de su órbita a los fallos absurdos y/o arbitrarios. En tal caso, el texto del autor podría denominarse "La insoportable ligereza de la injusticia"

² Director y Sub Director, respectivamente, de la Clínica Jurídica de derecho de Consumidores y Usuarios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. (correos: jorge3712@hotmail.com, igdecarli@gmail.com).

los hechos de uno de los casos impulsados por la Comisión de Derecho de Consumidores y Usuarios de la Clínica Jurídica³. Después, la estrategia judicial que fuera desoída por el judicante de grado y que muestra, a la postre, el rotundo fracaso de la pretensión preventiva promovida.

2. Los hechos y las medidas informativas solicitadas

Tres usuarios del servicio público de agua potable que presta la empresa ABSA en el Partido de La Plata de la Provincia de Buenos Aires promovieron, en el mes de diciembre de 2016, una pretensión preventiva autónoma y solicitaron, para evitar el daño –su continuación o agravamiento–, diversas medidas informativas⁴. Ocurría que, sin que nadie los advirtiese (ni la empresa prestataria, ni algún organismo o funcionario público), detectaron que varios vecinos de esta localidad sufrían afectaciones en su salud, encontrando como único denominador común el consumo de agua de la red, situación que, tal como se expondrá, fue comprobada con posterioridad mediante los estudios técnicos correspondientes.

Refirieron, en el escrito de demanda, que intentaban hacer efectivo el derecho fundamental que receptan los arts. 42 de la Constitución Nacional y 38 de la Constitución Provincial, es decir el derecho a recibir una “información adecuada y veraz” sobre la provisión de agua (no) potable que suministra la empresa demandada.

En tales condiciones, solicitaron que la información se suministre mediante avisos en las facturas de cobro y, asimismo, a través de anuncios en los medios radiales, televisivos y prensa gráfica locales⁵.

³ Nos referimos así, de forma abreviada, al Programa de Clínicas Jurídicas de la Secretaría de Extensión Universitaria, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

⁴ Las pretensiones tramitaron en el Juzgado en lo Civil y Comercial número 8 de la ciudad de La Plata, en juicio caratulado como “Ruiz Díaz María Andrea Altamirano y otro/a c/ Aguas Bonaerenses s.a. s/ Acción Preventiva - daños-”

⁵ Sugirieron, sin perjuicio de lo que el Poder Judicial considere adecuado (conf. art. 1713, CCCN), la manera de cumplir con la aludida obligación de informar. Propusieron, en consecuencia, lo siguiente:

(*) Que en las facturas de cobro se agregue, mes a mes –hasta que cese el hecho denunciado–, con letra clara, resaltada (en rojo), y con un tamaño mayor al utilizado en la factura por cualquier concepto, la leyenda “peligro: el agua de red suministrada no es apta para el consumo. Su ingesta puede producir daños en su salud”.

(*) Que en diversos medios radiales, etc. –que se individualizaron– deberá ser reproducida al menos una vez cada una hora entre las 7hs. y las 22 hs. la enfatizada información. También en los diarios locales de circulación de la zona (“El Día”, “Hoy”, “El Plata”), durante todos los días y hasta que cese el hecho que se denuncia, mediante el uso de la leyenda anteriormente citada, y haciendo referencia a la zona afectada.

Las circunstancias fácticas relevantes del caso, pueden presentarse, en apretado resumen, así:

Las personas afectadas denunciaron a la demandada ABSA ante la “Dirección Operativa de Defensa del Consumidor” de la Municipalidad de La Plata y el Sr. Juez de Faltas dictó, originariamente instado por la aludida Dirección, cuatro resoluciones esenciales (medidas preventivas) en relación al caso⁶, que fueron también dadas a publicidad por los medios periodísticos locales.

Se desprende, de las resoluciones dictadas, el reconocimiento del grave problema por la propia empresa proveedora, y, también, por el “Instituto Biológico Dr. Tomás Perón” (organismo dependiente del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires), que –a pedido del Juzgado de Faltas– analizó diversas muestras de agua de la red de la zona afectada que certificaron la no potabilidad del agua⁷.

Esto último hizo aún más visible el negativo impacto de la adulterada provisión del servicio en la vida/salud de las personas consumidoras/usuarios. En efecto, en las nuevas constancias agregadas al expediente, obra la respuesta del “Hospital Interzonal General de Agudos ‘San Roque’” (fs. 100/128), que acompaña copia certificada de los libros de guardia que exhibe la atención de pacientes con dolencias o enfermedades relacionadas con la ingesta de agua.

En resumen, los actores destacaron que las constancias objetivas del expediente administrativo que acompañaron evidencian que la demandada provee agua no potable a los usuarios/as que viven en la zona señalada. Esta lamentable situación exige, debido al riesgo que presenta para la vida y para la salud de la población consumidora/usuario, que la proveedora informe en forma “cierta, clara y detallada” sobre las características

(*) Otras medidas: solicitaron también la colocación de carteles en la zona afectada (en la Estación de Ferrocarril; en la Iglesia; en el Centro de Fomento de Gonnet; en las propias oficinas de atención al público de la demanda ubicadas en City Bell; colegios; jardines; en la República de los Niños; en las paradas de colectivos; en los pozos de toma de agua de la empresa; en las calles de mayor circulación comprendidas dentro de la zona denunciada; etc.) que muestren que el agua suministrada, a través de la red, no es apta para el consumo.

⁶ Los hechos que nutren la pretensión autónoma promovida se desprenden de la causa administrativa caratulada “Vecinos de Manuel B. Gonnet s/Denuncia Colectiva c/ABSA (calidad del agua) -Expediente nº 4061-1002925/2016-”, que tramitó ante el Juzgado de Faltas nº 2 de la ciudad de La Plata.

⁷ Allí se indica la realización de un muestreo en seis lugares de la zona, llevado a cabo en domicilios particulares, en el propio Centro Comunal y en la plazoleta de ese lugar. Los estudios realizados por el “Instituto Biológico” ponen de relieve los excesos en los valores correspondientes a “cloruros”, “sulfatos” y “sólidos disueltos”; mientras que los restantes presentan “exceso de Sodio”. En todas las muestras se indica al pie que el producto es “NO POTABLE”.

esenciales del servicio que les provee. Esto es, precisamente, lo que se solicitó a través de la pretensión preventiva autónoma promovida por la Clínica.

3. Propósito y trámite de la acción autónoma preventiva

Usuarios y usuarias anclaron su pensar en la realidad y advirtieron, en esencia: (a) que la demandada no suministra agua potable; y (b) que no informa, a los usuarios, sobre tal esencial circunstancia. De ahí que consideran imprescindible que todas las personas afectadas estén informadas en forma adecuada y veraz acerca de tal relevante y probada circunstancia. La demandada, no está de más aclararlo, a pesar de impugnar las decisiones del Juez de Faltas, comenzó a suministrar agua potable por medios alternativos.

En apoyo a su pretensión, alegaron que el esencial carácter preventivo del derecho de los consumidores y usuarios explicaba –y justificaba– la tutela preventiva promovida que intenta, mediante el cumplimiento de la obligación de informar que pesa sobre la demandada, anticiparse al agravamiento del daño a la vida/salud que padece el colectivo de usuarios. Ello así, frente al daño grave y actual que provoca la demandada ABSA al suministrar agua no potable. Solicitaron, por lo tanto, se ordene “en forma provisoria” e *inaudita parte* las medidas reseñadas en el acápite anterior (conf. arts. 1713 y conchs., CCCN; 198 CPCC).

El Poder Judicial, en sus primeras resoluciones, honró su compromiso social mostrándose muy activo. En efecto, la demanda se presentó el día 26 de diciembre de 2016 y, luego de una excusación –el Juez se domicilia en la zona afectada–, el señor Juez interviniente ordenó, el día 28 de diciembre de 2016, el pase al agente fiscal quien rápidamente contestó la vista e, inmediatamente, el día 29 de diciembre el judicante decidió: (i) la tramitación del proceso por las normas del proceso sumarísimo; (ii) el traslado a la contraria por el término de cinco días; y (iii) requerirle con carácter URGENTE, “...en aras de resguardar de manera primordial el derecho personalísimo a la vida y a la salud que asiste a los usuarios y consumidores (...)”, “para que en el plazo de dos -2- días brinde con carácter provisional y de modo cierto, claro, adecuado, detallado y veraz un informe sobre las características del servicio de agua de red que provee a los usuarios y consumidores que se domicilian en la zona (...)”.

La empresa contestó la demanda en tiempo oportuno. Y presentó, asimismo, fuera del plazo fijado en la resolución, el aludido informe. El juez interviniente decidió, en abril de 2017, que el informe y las pruebas aportadas no eran suficientes para evaluar la procedencia de las medidas solicitadas por el colectivo actor, requiriendo un informe a la Asesoría Pericial⁸.

Las personas usuarias, frente a la medida ordenada, aclararon y se permitieron insistir que el suministro de agua no potable es un hecho que no podía ponerse en tela de juicio. Más aún: resultaba un hecho notorio en la ciudad de La Plata (anuncio y realización de obras mediante) que había sido admitido, en su respuesta al pedido de informes, por la propia demandada. Se suministra –enfataron– agua no potable⁹.

Recordaron, asimismo, que el “Instituto Biológico ‘Dr. Tomás Perón’” analizó diversas muestras del agua de la zona afectada y concluyó, en todos los casos, que el agua es “no potable”. Insistieron respetuosamente, y postularon que el juez estaba habilitado, sin otro trámite, para ordenar “en forma provisoria” que la demandada cumpla con la obligación de informar cabalmente al colectivo afectado (“obligaciones de dar/hacer”, conf. art. 1713, CCCN) sobre las características esenciales del servicio que provee (conf. arts. 42, CN; 38, C.Prov.; 1100, CCCN; 4, 25 y concs. LDC).

Desde tal perspectiva, señalaron con acritud, que la diligencia ordenada por el juez resultaba inconducente y, lamentablemente, “demoraba” la decisión provisoria que se le requiere, con urgente insistencia, al Poder Judicial. La ineficacia de la medida ordenada (informe pericial) resultaba, a esta altura del proceso, evidente¹⁰.

⁸ La parte de la resolución, que hemos intentado resumir, dice en su literalidad “teniendo en especial consideración la índole de los derechos que se alegan afectados y que el informe que se ordenase (...) brindado a fs. 87 se advierte insuficiente para evaluar la procedencia de las medidas solicitadas en forma preventiva en el escrito de inicio, de conformidad con lo previsto por el art. 36 inc. 2 del CPCC remítanse las presentes actuaciones a la Asesoría Pericial Departamental con el objeto de realizar un informe pericial en el que el profesional que resulte designado a tales efectos comunique, en base al análisis de muestras de agua de red obtenidas en los domicilio de los actores, si su ingesta puede producir daños en la salud de las personas, detallándolas en caso afirmativo (...)”

⁹ El énfasis de los usuarios abreva en las constancias indubitables que exhibe el expediente administrativo que acompañaran; a saber: (i) resolución –medida preventiva– del Juez de Faltas Municipal que ordena, el día 9 de septiembre de 2016, entregar agua potable (fs. 27/43) y cuyo cumplimiento lo destaca la propia demandada (fs. 67; fs. 166/167 y fs. 174.); (ii) “Informe situación calidad del agua en zona gonnet” de la propia demandada ABSA (fs. 69/71); y (iii) ampliación de la medida precautoria, el día 15 de septiembre de 2016, haciéndola extensiva a la zona de Villa Castells (fs.82/98) y ulteriormente, el día 19 de octubre de 2016, a la República de los Niños.

¹⁰ *Primero*, porque las aludidas constancias objetivas muestran que se suministra agua no potable y que ello, por lo tanto, “hace previsible la producción de un daño”. *Segundo*, porque los actores (dimensión individual del conflicto) están informados acerca de lo anterior, de ahí que la acreditación de tales extremos no tendrá, más allá de su redundancia, ninguna virtualidad. En fin, el colectivo actor estaba persuadido que el juez interviniente estaba legal y constitucionalmente habilitado a resolver, sin otro trámite, lo solicitado.

No obstante la insistencia, el juez remitió las actuaciones a la Asesoría Pericial departamental para la producción del informe pericial.

Hemos aquí, en esta última decisión, el giro de la causa hacia el reino de lo inaudito, de la incoherencia, de la sinrazón. Hemos aquí, sin tanto énfasis, una decisión ineficaz que resultó, a la postre, el primer eslabón de un proceso lamentablemente inconducente.

El perito químico analizó el agua que les suministra ABSA a los actores y presentó el informe pericial requerido por el Juez. Los actores solicitaron explicaciones y el experto las contestó. Frente a tal respuesta, impugnaron la experticia en tanto alegaron que la evidente ineficacia –así lo habían anticipado– de la medida (informe pericial) se tiñe, a la luz del des–informe pericial, del color de la inesperada paradoja.

Es que el magistrado ordenó la medida para que el experto “(...) comunique, en base al análisis de muestras de agua de red (...) si su ingesta puede producir daño en la salud de las personas, detallándola en caso afirmativo (...)”.

Sin embargo, el experto de la Asesoría Pericial pasó por alto, insólitamente, lo requerido por el Juez interviniente y sugirió –sin mayor tacto–:

A fin de ahondar en el tema (...) podría consultarse a la Sociedad Argentina de Hipertensión Arterial sobre la incidencia de riesgo hipertensivo o aumento de la presión sanguínea asociado a la ingesta de altos niveles de sodio en agua para consumo humano.

Las personas usuarias, en el pedido de explicaciones, le recordaron al experto oficial lo esencial, esto es: que debía informar acerca de si la ingesta del agua suministrada por ABSA puede producir daño en la salud de las personas. No obstante ello, el experto contestó sin ruborizarse: “...debo aclarar que la incumbencia del suscripto no permite determinarla” –y se estaba refiriendo a si la ingesta de agua puede producir daños a la salud–.

¿No es de su incumbencia? ¿Y lo afirma ahora? ¿Cómo pudo, entonces, aceptar el encargo del juez sin advertirlo? Preguntaron, perplejos, los usuarios.

Entonces –impugnaron–: lo más benevolente que puede escribirse es que resulta notable la inoficiosidad del informe pericial. He aquí, por lo tanto, la razón

que nutre la inevitable impugnación del des–informe pericial presentado. No es posible, señalaron sin arrogancia, otra conclusión.

4. La resolución de primera instancia¹¹

La tutela provisoria, pasados dieciocho meses, exhibía su fracaso, la urgencia se había desvanecido en el lento tiempo procesal o, mejor dicho, los tiempos muertos del proceso prevalecieron cuando el expediente fue remitido a la asesoría pericial. Sin embargo, el día 12 de junio de 2018, el juez interviniente resolvió, acogiendo parcialmente lo pretendido, la insistente solicitud de la parte actora. Para así resolverlo, enhebró, luego de encuadrar normativamente el caso y de reseñar el material probatorio recolectado (constancias del expediente administrativo, experticia producida), las siguientes conclusiones:

(*) Primero, que

...es indudable que ABSA no se encuentra prestando el servicio en condiciones adecuadas; el agua analizada tampoco podría ser catalogada sin más –como pretende la accionada– como "Agua Corriente" en los términos del art. 8 del Marco Regulatorio, por cuanto no obra constancia que permita afirmar que la ingesta de esa agua en las condiciones vistas hubiere sido autorizada por organismo o período alguno, requisitos éstos necesarios para asignar aquél carácter al agua en cuestión.

(*) Segundo, que

tampoco demostró haber cumplido en debida forma con el mentado deber de información a los consumidores acerca de tal circunstancia, lo que justifica adoptar medidas a fin de que se cumplan las obligaciones pertinentes, pero considero que no con el alcance que pretende la parte actora.

Destaca, en tal sentido, que “...la acción propuesta por los actores se encuentra (...) dirigida a que la demandada cumpla con el deber de informar acerca de los daños en la salud que según afirma podrían sufrir los consumidores del agua de red que aquella provee (...)”.

¹¹ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, La Plata, “Ruiz Díaz María Andrea Altamirano y otro/a c/Aguas Bonaerenses S.A., s/Acción preventiva –Daños–”, 12/06/2018.

Y, al compás de tal valoración equívoca (no se solicitó –como erróneamente coligió el juez– que se informe sobre los daños en la salud sino, antes bien, sobre el riesgo, peligro o amenaza, de daños) del escrito de demanda, concluyó:

(*) Tercero, que “...no existen elementos fehacientes que demuestren que la ingesta del agua en las condiciones vistas pueda resultar perjudicial para la salud; se reitera, que el agua no sea agradable en su sabor, olor o apariencia es otra cuestión”.

Y agregó:

(l)ógicamente, cualquier valor que exceda los parámetros previstos por las normas descriptas, determinará que no nos encontremos frente a agua potable, pero no por ello debe calificarse a esa agua como dañina para la salud. Debe obrarse con prudencia para no generar un problema mayor, realizando alertas sobre la salud que no posean debido respaldo científico.

Es decir, informar lisa y llanamente que el agua de red no es potable sin mayores especificaciones, razonablemente podría generar en el común de las personas un temor que los hará abstenerse no sólo de su consumo, sino también de otros usos de la misma (como por ejemplo, higiene personal).

Pero si se brinda adecuada información, indicando las razones por las cuales el agua no puede ser considerada potable y realizando las aclaraciones pertinentes, entiendo que los consumidores contarán con los elementos de convicción suficientes para poder discriminar y decidir a conciencia la utilización que darán a ese imprescindible fluido, inclusive su consumo si les resulta aceptable, sin tener que recurrir a los costos que demanda la adquisición de agua en comercios o a la tarea de hacerse de los bidones que provee la demandada (...).

Ello no importa –así finalizó su línea argumental- justificar en modo alguno el incumplimiento verificado por parte de la demandada en la prestación del servicio, pero se procura con esto no agregar conflictividad a la cuestión, brindando una respuesta adecuada al requerimiento actuarial.

El judicante de grado, por las razones reseñadas en el cuadrante anterior, decidió –en apretada síntesis– intimar a la demandada para que informe¹² a los usuarios, hasta tanto se acredite que han cesado las causas que originaron la presente acción

¹² “Tal información deberá ser brindada en forma clara y destacada a través de las facturas de cobro, en el frente de la misma, en letra de un tamaño mayor al utilizado en la misma por cualquier concepto; en los diarios “El Día” y “Hoy” de esta ciudad, los días sábados y domingos, en aviso que no ocupe menos de un octavo de página; a través de las emisoras radiales Red 92, Radio 99.1 y Radio Provincia, una vez cada tres horas entre las 7 hs. y 19 hs. Asimismo, deberá colocar carteles indicativos en la zona afectada y en los establecimiento detallados a fs. 15 vta., y facilitar a través de dichos medios un teléfono de contacto específico para que los usuarios puedan evacuar las dudas que el consumo les pudiera ocasionar. Todo bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de imponer una

que el agua de red de las zonas denunciadas (...) contiene niveles excesivos de ciertos componentes que pueden afectar su sabor y por tal razón no puede ser considerada ‘agua potable’ en los términos del marco legal, dejando constancia que no existen estudios científicos que permitan afirmar que su ingesta resulte dañina para la salud.

Decidió también, en lo que aquí importa, “(r)equerir al perito interviniente que realice idénticos análisis a los ya practicados en autos (...)”.

5. La impugnación de la insólita sentencia.

Las desilusionadas personas usuarias del servicio apelaron la decisión, y argumentaron que se nutría de dos circunstancias esenciales y decisivas: (i) que ABSA no presta adecuadamente, al no suministrar agua potable, el servicio sanitario; y (ii) que no ha informado acerca de tal circunstancia al colectivo usuario.

Se destacó, en apretada síntesis, que el origen del error que anida en la resolución en crisis, y evidencia el desvío conceptual del judicante, resulta esencialmente de derecho. Es que éste ignoró olímpicamente que el colectivo afectado promovió la novedosa “acción” preventiva o, lo que es similar, que puso en juego a la responsabilidad civil preventiva (conf. arts. 1710/1713, CCCN).

La sola lectura de lo decidido y su comparación objetiva con el reseñado escrito de demanda pone de relieve lo expuesto. Ello así, desde que no se cita en la sentencia una sola de las normas que regulan a la acción preventiva. En rigor, el vacío no es solamente formal –ausencia de citas– sino, antes bien, el juez no analizó ni valoró el caso desde tal esencial perspectiva, de modo que ha infringido, al así razonar, los arts. 1710/1713 del CCCN en paralelo con los arts. 163, 384, 474 y conchs. del CPCC.

Recordaron, en tal sentido, la autorizada voz de Cossio (1967, p. 97) quien ha enseñado que los elementos constitutivos de la sentencia son: (i) la estructura legal: la Ley dada *a priori*; (ii) las representaciones contingentes: circunstancias del caso; y (iii) la vivencia del juez: valoración jurídica.

En pocas palabras, el déficit valorativo que exhibe la línea argumental del sentenciante enraíza en la falta del respaldo normativo que emerge de la pretensión

multa diaria de sesenta mil pesos (\$ 60.000,00), sin perjuicio de pasar las actuaciones a la justicia penal (...)”. Así lo decidió.

preventiva. Ello explica, naturalmente, cómo con las mismas “representaciones contingentes: circunstancias del caso” se enhebró una decisión contraria a la razón.

En efecto, esta Ley dada *a priori* (arts. 1710/1713, CCCN) abre una valoración radicalmente distinta a la criticada –resolución judicial–. Es que se ha probado el doble rostro del incumplimiento de ABSA en tanto suministra “agua no potable” y, además, no informa al colectivo usuario sobre tal relevante circunstancia. Su comportamiento antijurídico resulta, ello mostrado, notable (conf. art. 1711, CCCN).

Ahora bien, dicho comportamiento, la acción (proveer agua no potable) y la omisión (no informarlo), hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento desde que la experiencia de la vida, la previsibilidad, enseña que consumir agua no potable puede resultar ciertamente perjudicial para la salud.

Un abismo ontológico separa la posibilidad (amenaza, probabilidad de daño) que se hace visible en el “puede”, de la realidad (concreción del daño) que actualiza, precisamente, esa “potencia” o “posibilidad”. Las nociones aristotélicas de “potencia” y “acto”, en otros términos, muestran, desde una perspectiva filosófica, el error incurrido por el Juez pues confunde posibilidad (riesgo, amenaza de daño) con realidad (existencia de daño).

En tal sentido, se ha dicho que “por encima de la realidad está la posibilidad” (Heidegger, 2016, p. 58). Es decir: el error del juez, su decisión *extra petita* –en infracción de los arts. 163 y conchs. CPCCEBA–, se nutre de este fundamental olvido ontológico que, en relación a la responsabilidad civil, pone de relieve la diferencia entre la función preventiva y la resarcitoria. Esta última función se hubiera puesto en juego –también– si existieran estudios científicos que prueben el daño a la salud –estaría, por ende, todo el colectivo concretamente dañado–.

Insistieron: el propio “ser” agua no potable, no apta para el consumo humano, habla a las claras de la posibilidad/probabilidad, de la inminencia (amenaza) del daño.

El consumo de agua no potable –como lo hacen los usuarios desinformados; no, claro está, los informados actores–, puede resultar, previsibilidad mediante, perjudicial para la salud y ello debió valorarse, inexorablemente, en la decisión en crisis.

Vale decir: acreditado los requisitos de la pretensión preventiva, a saber: (i) interés razonable para promoverla (conf. art. 1712, CCCN); (ii) antijuridicidad que hace previsible la producción de daños (art. 1711, CCCN); (iii) violación del deber de

prevención al no informar en forma adecuada y veraz a los usuarios que suministra agua no potable, el judicante debió imponerle a la demandada la obligación de informar con el sentido y alcance aquí propuesto.

La decisión contraria del *a quo* (al abrir la posibilidad de que el colectivo usuario la consuma si su sabor no les resulta desagradable, en tanto puso el acento en el “puede” del sabor y no del perjuicio) porta un efecto paradójal notable: se impone la obligación de informar para que el usuario/a pueda consumir, si lo desea, el agua no potable que, a la postre, puede dañarlo/a.

Las personas afectadas señalaron, también, la sorpresa que ocasiona el giro hermenéutico realizado por el juez en tanto, al hundir su razón en un ligero e inconducente dictamen pericial, pasó del probado suministro de agua no potable –y la ineludible obligación de informar sobre tal circunstancia– a la posibilidad de que la presencia de ciertos elementos en el agua suministrada pueda afectar el sabor y por tal motivo, dice, es no potable.

La contradicción incurrida y la violación de la congruencia del juicio se exhibe patente. Se han menoscabado, ello sentado, los arts. 163, 384, y 474 del código de procedimiento en paralelo con los arts. 1710, 1711, 1712, 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación. Así lo destacaron.

En efecto, una dramática situación que roza la tragedia colectiva (¿hipérbole?) fue irrazonablemente minimizada por el experto designado y tal desacierto impregnó, lamentablemente, la sentencia cuestionada. Ello así, en tanto la crisis sanitaria que padecen los usuarios/as de Gonnet y Villa Castels quedó reducida a una insignificante cuestión de sabor del agua que habilitaría hasta su consumo. ¡La propia decisión en crisis trae en su seno, al inducir el consumo de agua no potable, la posibilidad del daño!

Sorprende, también, la línea argumental que so pretexto de prudencia (no alarmar a la población, no ocasionar temor) le da la espalda a la realidad del suministro de agua no potable y su peligrosa consecuencia: la desinformación que padecen las personas usuarias del servicio. Se destacó con todo respeto: quizás, para evitar el desatino del sabor y de su posible consumo, debe informarse sobre una irrefragable verdad: el agua suministrada es no potable y, por lo tanto, no puede ser consumida. Nada más.

En fin, los usuarios solicitaron, por todo lo expuesto, modificar lo decidido e imponerle a la demandada la obligación de informar, a través de los modos señalados por el *a quo*, acerca de que suministra agua no potable y que, por lo tanto, el colectivo de usuarios/as debe abstenerse de su consumo pues puede resultar perjudicial para su salud.

6. La sentencia de la Cámara departamental¹³

La Cámara de Apelaciones departamental revocó el reseñado fallo de primera instancia. En resumen, señaló que:

se perciben incongruencias de naturaleza lógica (...) tales como sentar – sin apoyo en medidas probatorias concretas– ‘que no existen estudios científicos que permitan afirmar que su ingesta (la del agua provista por ABSA) resulte dañina para la salud’, limitar básicamente la información a propagarse por medios audiovisuales a hacerles saber a los usuarios que los niveles de sulfuros, nitratos, sólidos, cloruros, sólidos, cloruros o sales del agua ‘no potable’ pueden afectar su sabor (...), apoyarse en una experticia –la cual inexplicablemente ordena repetir en el punto 3* de la parte dispositiva del pronunciamiento (...)– confeccionada por un experto en bioquímica que admite no poseer conocimientos para expedirse acerca de si la ingestión del agua puede eventualmente generar daños en la salud (...), o subrayar que en el ‘sub examine’ la competencia del magistrado se halla justificada –en un aspecto– por una acción dirigida a que la accionada cumpla con el deber de informar acerca de los daños que en la salud de los consumidores podría ocasionar el agua de la red que esta provee (...).

En segundo lugar, después de destacar las reseñadas incongruencias, afirmó que:

La principal deficiencia de la sentencia en crisis se halla en no haberse expedido sobre una pretensión fundamental introducida en el escrito de demanda (‘citra petita’), receptada favorablemente por el Sr. Juez de Primera Instancia¹⁴, incluso ordenando prueba de oficio a su respecto

¹³ Cámara Primera en lo Civil y Comercial, Sala I, La Plata, causa M.G. 266.870, “Ruiz Díaz María Andrea Altamirano y otro/a c/Aguas Bonaerenses S.A., s/Acción preventiva –Daños–”, 26/02/2019.

¹⁴ Este tramo del discurso se exhibe, lectura ligera mediante, contradictorio. Podría preguntarse ¿cómo la principal deficiencia de la sentencia consiste en “no haberse expedido sobre una pretensión fundamental (...) receptada favorablemente (...)”? Es decir, si la pretensión fue receptada favorablemente, de más está decir que existió

(...). En efecto –argumentó–, en la acción preventiva promovida por los actores (...) se solicita del juzgador de primera instancia que ordene a Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima (ABSA) informar sobre la ‘no potabilidad’ y los perjuicios que podría provocar en su salud el agua que provee a los usuarios de la zona delimitada (...) Y en autos –concluyó– no se ha atendido a esa pretensión de los actores de que se esclarezca e informe sobre ese contingente perjuicio que para la salud podría provocar la ingesta de agua presuntivamente ‘no potable’.

En tercer lugar, luego de describir el impacto de tal omisión desde la perspectiva del derecho humano fundamental a la salud, colige que

en la especie constituía una cuestión esencial dilucidar, a través de informes de la misma empresa accionada –no cumplidos en debida forma– o del ejercicio de la facultad que al ‘a quo’ le concede el art. 36 inc. 2 del CPCC, si la ingesta del agua corriente que provee ABSA en la ya indicada área de la localidad de Gonnet puede resultar perjudicial para la salud de los consumidores, y en caso afirmativo, en qué consistirían esos eventuales perjuicios.

En síntesis, propone

revocar la prematura resolución (...) máxime cuando en ella se invocan los arts. 982 del Código Alimentario Argentino (ley nacional 18.284) y 8 del Marco Regulatorio Provincial para la Prestación de los Servicios Públicos de Agua Potable y Desagües Cloacales, cuyas claras normas (...) no admiten la dispensa de la omisión incurrida.

Tales normas –señaló–

establecen que el agua no deberá contener sustancias o cuerpos en tenores tales que la hagan peligrosa para la salud, y que el agua corriente (no potable) puede ser autorizada para su consumo sólo por períodos limitados (...). Y reiteró: “(c)orresponde, en consecuencia, revocar el resolutorio (...) a fin que en la instancia de origen se dicte un nuevo pronunciamiento que incluya entre las cuestiones a tratar, previa producción de la prueba pertinente, la dilucidación de si el agua que provee ABSA en la región de la localidad de Manuel B. Gonnet (...) eventualmente puede generar daños en la salud de los consumidores, especificando los mismos en caso afirmativo.

7. La perplejidad: eco ruidoso de la nueva pericia recolectada en la causa

pronunciamiento expreso sobre la cuestión. Ahora bien, se disipa la confusión si aclaramos que, en rigor, la pretensión fue “despachada” (no “receptada”) favorablemente “incluso ordenando prueba de oficio a su respecto (...).”

La sentencia revocatoria (anulatoria) de la Cámara ordenó, en pos de dilucidar “si el agua que provee ABSA (...) eventualmente puede generar daños en la salud de los consumidores –especificando los mismos en caso afirmativo–”, la “producción de la prueba pertinente”. En otras palabras, el nuevo fallo del juez de grado debe pronunciarse, “entre las cuestiones a tratar”, sobre los posibles daños a salud de los consumidores por la ingesta del agua que provee ABSA; y para ello, dispuso la alzada, debe producir la “prueba pertinente”.

La producción de “prueba pertinente” se impuso como primera cuestión a decidir cuando el expediente regresara a la instancia de origen. Es esencial, naturalmente, determinar cuál es esa prueba pertinente. En tal caso, las facultades del judicante de grado tenían solamente un límite que se desprende, también, de la sentencia anulatoria de la Alzada.

Es de hacer notar, en tal sentido, que la Cámara había “percibido” en la sentencia de primera instancia diversas “incongruencias de naturaleza lógica”, entre ellas, en lo que en este tramo importa,

apoyarse en una experticia –la cual inexplicablemente ordena repetir en el punto 3* de la parte dispositiva del pronunciamiento (...)– confeccionada por un experto en bioquímica que admite no poseer conocimientos para expedirse acerca de si la ingestión del agua puede eventualmente generar daños en la salud (...).

Por ello, precisamente, el juzgador de origen remitió, nuevamente, el expediente a la Asesoría Pericial

a fin de que el o los profesionales **con incumbencia y conocimientos en la materia**, informen si el agua que provee en la región de la localidad de Manuel B. Gonnet individualizada (...) eventualmente puede generar daños en la salud de los consumidores, especificando los mismos en caso afirmativo.

Y el mismo perito –sí, el mismo que manifestara carecer de incumbencias– presentó un nuevo dictamen pericial luego de evaluar una sola muestra de agua (en el domicilio de uno de los actores pues en el otro no se encontraban presentes). Y concluye que “los parámetros químicos analizados cumplen con lo requerido por el C.A.A.”. Las palabras, desorientadas en el laberinto de la Asesoría Pericial, escogen el silencio en la valoración de lo ocurrido.

Los actores impugnaron, por un lado, la aludida experticia; y reiteraron, por otro, que existen en el expediente pruebas suficientes para acreditar la plataforma fáctica que nutre a la pretensión preventiva. Sugirieron, por lo tanto, que el judicante ordene el libramiento de un oficio al “Instituto Biológico ‘Dr. Tomás Perón’” para que informe si las muestras oportunamente analizadas (su resultado: agua no potable) *“eventualmente puede generar daños en la salud de los consumidores, especificando los mismos en caso afirmativo”*. Habían pasado tres años desde las primeras medidas ordenadas por el Juzgado de Faltas municipal.

Así es que el juez de grado, el día 23 septiembre de 2019, recordó que la Asesoría Pericial había indicado que la labor requerida sería llevada a cabo por el Dr. Pedro M. Brignoles y por la Dra. Débora Miguel; mientras que el informe ha sido suscripto sólo y únicamente por el primero de ellos. Por ello, entonces, ordena que “vuelvan los autos a dicho órgano con el objeto de integrar el dictamen (...) y mediante la toma de muestras en casa de todos los actores”. La integración requerida evidencia la suerte adversa de la pretensión autónoma promovida cuya dimensión colectiva luce ignorada, nuevamente, en la resolución reseñada.

8. La sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires¹⁵ que tornaría procedente la pretensión autónoma promovida.

El/la lector/a atento/a puede asombrarse frente a la aparición, en este tramo del discurso, de una sentencia de la Suprema Corte provincial. Pero ¿el expediente no está, en el instante de este relato, en primera instancia, en plena tramitación? preguntaría con razón. ¿Cómo, entonces, la Casación provincial dictó una sentencia que evidenciaría la procedencia de la pretensión autónoma promovida?

Esta máxima presencia, de la Suprema Corte provincial, impone aclarar su incidencia significativa en este giro del discurso. Es que las resoluciones que dictara el Juez de Faltas municipal no solamente fueron impugnadas por ABSA –quien aún hoy suministra agua potable por los medios alternativos que le impuso el aludido Juez–. La

¹⁵ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, B. 74.380, "Fiscal de Estado c/ Juzgado de Faltas N° 2 de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de La Plata en autos 'Vecinos de Manuel B. Gonnet s/ denuncia c/ ABSA Conflicto de Poderes' (arts. 161 inc. 2 y 196, Const. prov.)", 6/11/2019.

Fiscalía de Estado provincial promovió un conflicto de poderes en los términos de los arts. 161 inc. 2° y 196 de la Constitución bonaerense alegando que el Juez municipal habría invadido potestades propias de la Provincia, en particular del órgano de control (OCABA).

El conflicto de poderes abrió, por lo tanto, la competencia de la Suprema Corte de Buenos Aires. Ésta, por mayoría de votos¹⁶, hizo lugar a la demanda entablada por el Fiscal de Estado y dispuso, en consecuencia, la nulidad de las resoluciones impugnadas. Sin embargo, el alto tribunal quedó atrapado, admirablemente, por la primacía de la realidad del dramático caso.

Es que dictó, al respecto, una medida cautelar espejándose en las resoluciones anuladas.

Destacó, en tales circunstancias, que:

...cuadra disponer la medida cautelar consistente en la continuidad de la provisión de agua potable a los vecinos amparados por aquélla, en los términos y condiciones originariamente establecidos por el órgano incompetente, mientras subsista la situación de hecho que originó dicho proceder, hasta tanto se acredite la efectiva regularización del servicio público afectado [...]¹⁷

Y, en lo que aquí importa, renglones más arriba había argumentado:

...no exime –lo decidido– al Tribunal de valorar la grave situación que originó aquella actuación. Obran en el expediente constancias y elementos elocuentes en cuanto al riesgo a la salud a la que se ve expuesta la población de usuarios de la zona en conflicto. Acaso una actividad más eficaz tanto de la prestataria como del ente de control provincial hubiera evitado el requerimiento de intervención dirigido al titular del Juzgado de Faltas municipal. La autoridad fiscalizadora se habría limitado a intimar a la empresa Aguas Bonaerense S.A. para que realice y ejecute obras para superar este inconveniente, con ausencia de resultados.

¹⁶ La mayoría la integran el voto del ministro Soria al que adhieren: Kogan, Genoud y Torres. En minoría quedaron los magistrados Pettigiani (según su voto) y Negri (adhiera) quienes propiciaron, con un despliegue argumental admirable en relación al rechazo del conflicto de poderes, su recepción parcial. El solitario voto del doctor de Lázzari postuló, al impregnarse de los mejores argumentos, el íntegro rechazo del conflicto de poderes.

¹⁷ Y citó en su apoyo a los arg. arts. 36 inc. 8, 38 y 15, Const. prov.; arts. 196, 232, CPCC; doct. arts. 22 y 23, ley 12.008, texto según ley 13.101, aplicables por analogía, y doct. causas C. 89.298, "Boragina", sent. de 15-VII-2009 y A. 70.011, "Conde", sent. de 30-XI-2011; y CSJN, "Kersich", Fallos 337:1361)

Es decir, en pocas palabras, para el más alto tribunal bonaerense “(o)bran en el expediente constancias y elementos elocuentes en cuanto al riesgo a la salud a la que se ve expuesta la población de usuarios de la zona en conflicto”. Existe, por lo tanto, “riesgo a la salud” que afecta al colectivo de usuarios. Y si ello es así, ¿el riesgo se disminuye suministrando agua potable por medios alternativos?

Sí, desde luego. Pero ¿no será imprescindible también informar al colectivo de usuarios sobre tal esencial circunstancia? La pretensión preventiva informativa se promovió, hace tres años, con tal finalidad.

La comprometida mirada del Alto Tribunal abre la posibilidad de que el judicante interviniente, conforme lo vienen solicitando insistentemente los usuarios actores, disponga que la demandada cumpla, sin otra prueba, con su obligación de informar. Las personas usuarias, por lo tanto, impulsadas por la autoridad (doctrina legal) que emanan de los fallos del máximo tribunal provincial decidieron denunciar tal circunstancia en el proceso judicial de marras. Así, efectivamente, lo hicieron el día 13 de diciembre de 2019 en el escrito titulado “Hacen saber significativo fallo de la Suprema Corte provincial”.

9. El fracaso de la pretensión preventiva promovida. La percepción de la Clínica.

Explicaron las personas usuarias, en el escrito de marras, la decisiva gravitación del precedente de la Corte provincial en la pretensión preventiva promovida. Ello es así desde que –destacaron– hace visible lo reiteradamente manifestado, esto es que las actuaciones administrativas acompañadas muestran la ineficacia de las medidas ordenadas en pos de obtener un dato (riesgo a la salud derivado del consumo de agua no potable) que se desprende, objetivamente, de tales constancias. Así lo explicitaron.

En otras palabras, las personas afectadas estuvieron siempre persuadidas que el juez de primera instancia estaba legal y constitucionalmente habilitado para resolver, sin otro trámite (es decir, sin el dictamen pericial requerido), la tutela anticipada planteada. Y ello, adunaron, se confirma con las enseñanzas que emergen del fallo de la Casación provincial cuya línea argumental relevante –en lo que aquí importa– se presentó en el punto anterior. Es que si existe “riesgo a la salud” que afecta al colectivo ¿no será imprescindible informar al grupo afectado sobre tan esencial circunstancia?

Ahora bien, frente a la exposición del significativo hecho sobreviniente, esto es el reconocimiento de la plataforma fáctica denunciada en la pretensión preventiva por el más alto tribunal provincial, el judicante interviniente decidió, el día 18 de diciembre de 2019

...Sin perjuicio de los términos de la resolución del Tribunal Superior de esta provincia a la que se hace referencia, es preciso destacar que a mérito del estado de las actuaciones y de lo dispuesto por la Excm. Cámara de Apelación a fs. 207/211, deben obrar en autos las probanzas pertinentes a los fines de contar con evidencias científicas que justifiquen la pretensión actoral. En consecuencia, téngase presente lo manifestado.

Tal decisión evidencia que no luce exagerado el título de este punto. Pasaron más de tres años y el colectivo de usuarios no ha sido informado acerca de las características del servicio que presta la demandada. La violación de las normas denunciadas en la pretensión preventiva resulta, de más está decirlo, notable.

El descenso del discurso al relato pormenorizado de una frustrada pretensión preventiva intenta mostrar las dificultades que conspiran –además de su anodina regulación– en contra de la recepción de esta noble y prioritaria función de la responsabilidad civil. La dimensión colectiva del caso evidencia el cambio de paradigma y, también, la resistencia de los conservadores operadores jurídicos. He aquí la importancia de abrirse a lo nuevo, al viento fresco de la insoslayable prevención.

Por último, no es posible pasar por alto que durante el tiempo que tomó el trámite del expediente, hasta el dictado de la última resolución que sellara el paradójico destino adverso de la pretensión (pese a que las sentencias de las instancias superiores reconociesen un “falso triunfo” al colectivo usuario), las personas que integraban el grupo de Clínica (los/las estudiantes, las/los profesionales y también quienes participamos ya con algún grado más de experiencia) no dejaron de percibir, de meditar –de “sentipensar”– en la enorme injusticia y falta de efectividad de la intervención del juez de primera instancia, del auxiliar de justicia interviniente (el desinteresado perito), y del proceso judicial en general.

Cierto es que desde el punto de vista del método clínico, que invita a incorporar conocimiento a través de la teoría y la aplicación práctica de saberes en pos de la tutela

colectiva de situaciones de interés público, la experiencia relatada se encuentra cargada de aprendizajes, desafíos, dificultades y sinsabores que son propios de esta faena. Los asuntos y litigios estructurales que intentan proteger derechos fundamentales, muchas veces desatendidos, banalizados y desmerecidos por la comunidad jurídica son, en definitiva, el campo de trabajo de la Clínica Jurídica.

El tránsito de los y las participantes por este proceso de enseñanza/aprendizaje, el diálogo con las -también indignadas- personas afectadas (¿cómo explicarles lo inexplicable?), resultó también un desafío demostrativo de la polarización de emociones que conlleva el ejercicio profesional en la búsqueda de la protección de los derechos de la persona que habita la insensible e insalubre sociedad de consumo.

Dar publicidad a esta experiencia, visibilizarla, es también -así lo entendemos- una forma más de protesta, de reivindicación de los derechos de las personas afectadas. Una declamación de resistencia que busca equilibrar la balanza en la búsqueda de un ideal de justicia que cobije a la situación denunciada por el colectivo de personas usuarias.

Bibliografía

Arazi, R., (2019). *Revista de Derecho Procesal, Nuevas estructuras procesales*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Cossio, C. (1967). *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires: Abeledo Perrot;

Heidegger, M. (2016). *Ser y tiempo*, 2da. Reimpresión. Madrid: Editorial Trotta.

Artículos

Identidad de género y derechos previsionales

Aportes desde una mirada crítico constructiva

Gender identity and pension rights

Contributions from a constructive critical approach

Adolfo Nicolás Balbín¹

Resumen: En el presente trabajo, vertebrado a partir de la combinación de aportes provenientes de la seguridad social, el derecho constitucional, la sociología y la materia de género, escribo algunas líneas vinculadas con la problemática existente en el marco de la ley nacional 24.241 y el decreto ley de la Provincia de Buenos Aires nro. 9650/80, en lo que hace a la regulación acotada que tienen ambos cuerpos normativos respecto de quiénes pueden acceder a las prestaciones de jubilación y pensión. En dicha senda, planteo como hipótesis no solo la desactualización de aquellas normas en lo referente al derecho de identidad de género, sino también su contradicción con prerrogativas de raigambre constitucional, como la igualdad y la no discriminación. Así, busco explicitar la problemática antes aludida, proponiendo, desde una mirada constructiva, posibles reformas que tiendan a receptar de mejor forma las realidades de género en el cuadro de las leyes previsionales apuntadas.

Palabras clave: identidad de género; seguridad social; igualdad; no discriminación.

Abstract: In the present paper, structured from the combination of contributions from social security, constitutional law, the sociology and gender matters, I write some lines related to the existing problem in the framework of the national law 24.241 and the decree law of the Province of Buenos Aires no. 9650/80, regarding the limited regulation that both regulatory bodies have regarding who can access retirement and pension benefits. In this path, I propose as a hypothesis not only the obsolescence of those legal norms regarding the right to gender identity, but also its contradiction with rights of constitutional roots such as equality and non-discrimination. Thus, I seek to explain the aforementioned problem, proposing, from a constructive perspective, possible reforms that tend to better accept gender realities in the context of the pension laws mentioned.

¹ Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Social -del trabajo y la previsión- (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Especialista en Docencia Universitaria (UNLP). Profesor Adjunto en Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Correo electrónico: nicolasbalbin@hotmail.com

Keywords: gender identity; social security; equality; non-discrimination.

1. Introducción, breve marco teórico, objetivos e hipótesis

En el presente trabajo voy a escribir algunas cuestiones atinentes al derecho de la seguridad social, en especial al derecho de jubilaciones y pensiones, vinculando aquellas con otras pertenecientes al campo de género, a la sociología y al derecho constitucional, a fin de problematizar la regulación que respecto del alcance subjetivo tenemos en algunos cuerpos normativos que forman parte de la primera de las ramas de la ciencia jurídica mencionadas.

En función de ello, como base de estudio y análisis del tema seleccionado, explico mi adhesión a la denominada teoría de análisis crítico, respecto de la cual se ha escrito que “(...) es una teoría que al mismo tiempo que aspira a una comprensión de la situación histórico-cultural de la sociedad, aspira, también a convertirse en fuerza transformadora en medio de las luchas y las contradicciones sociales” (Osorio, 2007, p. 104).

En su complemento, aludo que el tratamiento que voy a efectuar del tópico seleccionado lo realizaré desde una perspectiva que, además de crítica, resulta interdisciplinaria. Desde ese aspecto, ha planteado Enrique Zuleta Puceiro que

La teoría general del derecho se perfila así como aquel aspecto del saber jurídico que desde una perspectiva interdisciplinaria asume la tarea de un análisis crítico de los diversos aspectos del fenómeno jurídico en la vida social y de las diversas formas del análisis y conceptualización de él.

A lo cual agregué, algunos párrafos más adelante, que

Precisamente porque la interdisciplinariedad es una respuesta a exigencias sociales ineludibles para la ciencia y el trabajo práctico de los juristas, la nueva teoría del derecho se ve obligada a ampliar su marco teórico abarcando e incorporando sectores y enfoques científicos que en la tradición positivista fueron desplazados hacia otros campos disciplinarios (1987, p. 27 y 28).

En la misma senda, explico, respecto de la postura constructiva apuntada tanto en el título como en el resumen, y otras partes de este trabajo, que adhiero a la posición de Cáceres Nieto, quien ha escrito que

Con el término constructivismo jurídico designo el enfoque teórico cuyo objeto de estudio son el discurso jurídico positivo y sus metadiscursos, en tanto parte de los insumos cognitivos que contribuyen a la generación de los estados psicológicos (incluyendo estados mentales y esquemas representacionales)

determinantes de la forma en que se percibe jurídicamente la vida social y con base en los cuales tienen lugar las conductas jurídicas mediante cuya realización los agentes jurídicos inciden en los procesos de construcción de la realidad social (2002, p. 19).

Dentro de ese terreno, en el estudio y análisis del derecho se contraponen, entre otras, la visión normativista -o normativismo jurídico, que supone al derecho como presuposiciones lingüísticas, entendiendo a las normas como entidades autónomas y abstractas-, y la propia del constructivismo jurídico -que, asumiendo el normativismo, ve a las normas como insumos cognitivos y pone en contacto a aquellas con los sujetos cognoscentes, analizándose así las conductas sociales y las modificaciones de la realidad social en base a dichas conductas, todo desde una postura interdisciplinaria (Cáceres Nieto, 2002, p. 20).

En cuanto a ello, mas ahora referenciado a Pierre Bourdieu, agrego que para el mismo “solo un nominalismo realista (o fundado en la realidad) permite rendir cuentas del efecto mágico de la nominación, golpe de fuerza simbólico que no triunfa sino porque está bien fundado en la realidad” (2000, p. 200); lo cual sirve de basamento para la perspectiva teórica que asumo en este trabajo, y que, en línea con la mirada constructivista que explicité más arriba, me permite direccionarme en el sentido de entender, en línea con el autor de referencia, que para la eficacia de una norma (Bourdieu vincula la eficacia con “la fuerza propiamente simbólica de la legitimación”), se debe considerar, no solo su forma escrita, sino también, y más propiamente, el reconocimiento social de aquella, cimentado en un acuerdo social originado en que la norma responde a intereses y necesidades sociales (Bourdieu, 2000, p. 201).

Afincado en el anterior marco teórico, explico que mi objetivo general es contribuir a visibilizar la desactualización que en materia de género tenemos tanto en la ley nacional 24.241² como en el decreto ley 9650/80³ de la Provincia de Buenos Aires, sus contradicciones respecto a algunos derechos constitucionales de las personas, y, como lógica consecuencia, pensar y explicitar posibles futuras reformas que ambas fuentes normativas de seguridad social necesitan en orden al actual progresivo reconocimiento del derecho a la identidad de género, y otras prerrogativas esenciales de las personas.

² B.O. 18/10/1993.

³ B.O. 30/12/1980.

Seleccioné las fuentes legales antes referidas porque considero que son dos de las que mayores personas alcanzan en nuestro país, y también a fin de resaltar que la temática de género y derechos previsionales resulta transversal en Argentina, no circunscribiéndose exclusivamente a una sola jurisdicción ni legislación.

Para ello, partiendo de la posición crítica y constructivista de la que hice mención más arriba (y que, en resumen, conforma las base para el estudio de ciertas normas previsionales, no solo en cuanto hace a su redacción y alcances escritos, sino adicionando también las proyecciones que las mismas tienen en su aplicación a la sociedad en los tiempos que corren), y en línea con el análisis interdisciplinario del que también hice alusión, tomando como fuentes los aportes que el derecho constitucional, la sociología y la perspectiva de género efectúan, busco explicitar la contradicción de las leyes previsionales referencias en el párrafo anterior, e incluso el anacronismo jurídico (es decir, la pérdida, al menos parcial, de lógica en lo que hace a redacciones sancionadas hace tiempo, en relación a nuevas apreciaciones jurídicas vigentes en la hora que corre), respecto de derechos actuales como la igualdad y no discriminación, y el derecho a la identidad de género.

En ese tramo, planteo como hipótesis general que el alcance subjetivo⁴ de los derechos de jubilación y pensión existente tanto en la ley 24.241 como el decreto ley 9650/80 (en lo que hace al acceso a aquellas prestaciones) resulta contrario a los derechos cimeros a la igualdad y a la no discriminación, mediando en la especie una clara desactualización entre la regulación que tenemos en esos dos cuerpos normativos de alcance puramente previsional, y nuevas regulaciones que, implementando políticas de género, han sido sancionadas en Argentina en los últimos años, imponiendo ello una necesaria modificación de aquellos cuerpos nacional y provincial.

Parto para ello de que es usual que cuando se estudia el derecho de jubilaciones y pensiones en combinación con las cuestiones de género, se focalice el análisis básicamente en la disparidad que existe en algunas regulaciones (específicamente en la ley 24.241, o bien en otras similares) en lo que hace a la edad para poder acceder a una prestación previsional, elaborándose así un conjunto de argumentos que atraviesan posturas a favor y en contra de

⁴ Es decir, cómo se encuentra regulado el reconocimiento de derechos de jubilación y pensión, respecto de quienes pueden reclamar, en las leyes referenciadas, el otorgamiento de aquellos créditos.

aquella expresión jurídica, y los alcances sociales de la misma; o bien combinando aquel tópico etario con elementos relacionados con el mundo del trabajo⁵. Sin embargo, considero que no se encuentra trabajada de manera acabada (al menos no con la misma amplitud que aquel punto atinente solamente a la edad), la consideración, inclusión y tratamiento de otros tópicos que hacen a la identidad de género, y que de hecho impactan en el reconocimiento de los derechos previsionales y, en definitiva, en la vida social de las personas titulares de derechos.

De tal forma, si cotidianamente son estudiados la regulación y el alcance de los derechos previsionales desde el binarismo mujer y hombre, y puramente en lo que hace a la edad de ambos, como operadores de la ciencia jurídica debemos ser conscientes de que es importante que también incluyamos en la agenda la existencia de otras temáticas cruciales que necesariamente deben ser estudiadas y trabajadas, para que, de esa forma, desde el rol jurídico antes señalado, y como personas ciudadanas, podamos actuar en consecuencia, partiendo del paradigma tendiente al reconocimiento de derechos, y no a la restricción de los mismos (Pautassi, 2010; Abramovich y Pautassi, 2009).

En ese íter, intentaré al menos abrir la puerta para que, de base, podamos reflexionar respecto de las eventuales incidencias del derecho de identidad de género en la consagración y en la actuación de los derechos de jubilación y pensión, aclarando que en este trabajo me voy a focalizar puntualmente en la adquisición de aquellos.

2. Básico señalamiento de los recaudos para acceder a la jubilación y a la pensión en Nación y en Provincia de Buenos Aires

Reiterando que en este trabajo me abocaré a un análisis crítico constructivo de los derechos previsionales en el marco normativo señalado más arriba, cabe señalar a su respecto qué regula la ley 24.241 y el decreto ley 9650/80.

Focalizado a ello, he de señalar que para poder acceder a una jubilación, en ambos cuerpos normativos se requiere la conjunción de dos requisitos, uno de raigambre objetiva -

⁵ Ver, a modo de ejemplo, la siguiente bibliografía: Rossi, Patricia, “Seguridad Social y Género”, *Revista Argentina de Derecho de la Seguridad Social*, nro. 1, Julio 2018; ANSES, “Impacto de las brechas de género en el acceso al derecho a la seguridad social”, *Serie Estudios de la Seguridad Social*, Dirección General de Planeamiento – Observatorio de la Seguridad Social, mayo de 2021; Bázquez Agudo, E. M., “Seguridad Social y discriminación intersectorial: la edad y la discapacidad desde la perspectiva de género”, publicado en *Los ODS como punto de partida para el fenómeno de la calidad del empleo femenino* (E.M. Bázquez Agudo, directora), editorial Dickinson, Madrid, año 2018.

atinente a la cantidad de años de servicios con aportes, que mientras en la ley nacional es de treinta años, en el segundo cuerpo jurídico es de treinta y cinco, si son servicios comunes (es decir, no determinantes de vejez o agotamiento prematuro, situación que, materializada, da lugar a una regulación especial, pero que ahora no trabajaré por resultar demasiado alejada del objeto del presente)- y otro de esencia subjetiva. En orden a la te tesis de este aporte, es importante que me aboque a brindar un mayor detalle del último, lo que haré a continuación, trayendo a cuenta los preceptos que entiendo procede observar con cierta atención.

En ese cuadro, la ley nacional establece en su artículo 19

Tendrán derecho a la prestación básica universal (PBU) y a los demás beneficios establecidos por esta Ley, los afiliados: a) Hombres que hubieran cumplido sesenta y cinco (65) años de edad. b) Mujeres que hubieran cumplido sesenta (60) años de edad.

Por su parte, en el decreto ley 9650/80, la Provincia de Buenos Aires establece, para el mismo campo subjetivo, lo que a continuación se transcribe en lo que hace a su artículo 24

Tendrán derecho a la jubilación ordinaria los afiliados que acrediten como mínimo veintidós (22) años de servicios con aportes en uno o más regímenes jubilatorios comprendidos en el sistema de reciprocidad, mínimo que el Poder Ejecutivo queda facultado para elevar cuando el lapso de la vigencia de esta Ley lo justifique, y que reúnan las siguientes condiciones: a) Hubieran cumplido sesenta (60) años de edad y treinta y cinco (35) años de servicios. b) Hubieran cumplido cincuenta (50) años de edad y veinticinco (25) años de servicios docentes como maestros al frente directo de alumnos o profesores con veinte (20) horas cátedra, en cualquiera de las ramas de la enseñanza.

A su vez, en materia de derecho pensionario, el decreto ley provincial establece en su artículo 34

En caso de muerte o fallecimiento presunto declarado judicialmente del jubilado o del afiliado en actividad o con derecho a jubilación, se otorgará pensión a las siguientes personas: (...) 2) (Texto según Ley 10413). Los hijos y nietos de ambos sexos en las condiciones del inciso anterior.

Sobre la base de los anteriores preceptos, continúo trabajando en orden a los objetivos trazados al inicio.

3. Breve análisis ontológico sobre el sexo y el género

En el cuadro trazado, resulta esencial que clarifique de base el alcance conceptual de dos términos que son de gran y profundo alcance, soliendo a su vez ser confundidos en las conversaciones cotidianas, y también en la actividad jurídica.

En ese tramo, se ha definido al sexo como el

(...) conjunto de características biológicas que determinan lo que es un macho y una hembra en la especie humana. Al nacer se le asigna un sexo a la persona teniendo en cuenta, principalmente, la apariencia de los órganos genitales primarios (genitales externos). Si la asignación del sexo no responde a las dos formas socialmente reconocidas (varón o mujer) se suman otras variables biológicas para hacer esa asignación

mientras que, paralelamente, el género es conceptualizado como el

universo sociocultural atribuido al ser masculino y al ser femenino y a las relaciones entre los géneros, que abarcan relaciones de poder. Implica el conjunto de atributos, prácticas, valores y comportamientos que determinan cómo “debe ser” un varón y cómo “debe ser” una mujer en una sociedad determinada. Es decir, sobre la base de las diferencias biológicas se divide el mundo social y simbólico en “lo femenino” y “lo masculino”. Por su condición social, cultural y, por lo tanto, histórica, implica que puede ser transformada de acuerdo al contexto (VV.AA, 2015, p. 13).

Respecto a los conceptos precedentemente apuntados, a mi modo es útil efectuar adicionales precisiones ontológicas. Así las cosas, al hablar de sexo, si bien tenemos que tomar en consideración las características biológicas, físicas, fisiológicas y anatómicas de una persona, cabe apuntar que aquel concepto no se encuentra basado únicamente en la genitalidad, ello puesto que la morfología de los órganos sexuales de algunas personas a veces no encaja ni en lo femenino ni en lo masculino, arribándose así a lo que se denomina intersexo.

A su vez, en cuanto al género, cabe subrayar que el mismo hace referencia a un término cultural y sociológico que apunta a individualizar la forma como la sociedad razona que tenemos que vernos, pensar y actuar, dejando sentado que cada sociedad tiene sus creencias y reglas informales direccionadas a vertebrar la manera en que las personas deben comportarse en relación a su género.

4. Identidad de género y orientación sexual en el elenco de derechos de raigambre evolutiva dentro de los ámbitos nacional e internacional

En este apartado, voy a complementar los dos términos básicos cuya ontología referí en el punto anterior.

Afincado en ello, y tomando como pauta elemental lo que surge de la Ley de Identidad de Género 26.743⁶ (fuente interna), y de los Principios de Yogyakarta y la Opinión Consultiva nro. 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también la CIDH), ambas fuentes de corte internacional, resulta esencial referir a lo que se ha denominado como identidad de género, definida como la

vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente 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 medios médicos, quirúrgicos 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 (conf. el art. 2 de la ley 26.743, y la nota número 2 de los Principios de Yogyakarta);

en tanto que, siguiendo los lineamientos del primer instrumento internacional referenciado (dejando sentada, en este punto, la ausencia de prescripción en la ley 26.743) se conceptualiza a la orientación sexual como

la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas (nota 1 de los Principios de Yogyakarta).

De ambas expresiones se desprenden, como características legalmente distintivas (al menos desde una primera visión), el carácter interno de la identidad de género, vinculada con la autopercepción que de la misma siente cada una de las personas, en absoluta libertad, e independientemente de las variadas expresiones del género que se puedan dar (y que dependen, por ejemplo, de la vestimenta o el uso de otros enseres cotidianos, intervenciones quirúrgicas, entre muchas otras), pudiendo o no coincidir esa autopercepción con el sexo reflejado a partir del nacimiento; en tanto que, paralelamente, la orientación sexual supone para las fuentes normativas antes referidas, una capacidad de sentir atracción hacia uno o más sexos determinados (pudiendo coincidir o no con el que se porta), así como de intimar sexualmente con una persona en tales condiciones.

⁶ B.O. 24/05/2012.

Pero más allá de aquellas distancias señaladas, observo como similitudes que ambas nociones resultan derechos inalienables de las personas y son, como tales, centrales para el pleno y democrático desarrollo de las mismas. Por ende, ello impone un respeto civil permanente, y también una obligación público estatal de cumplimiento fundamental.

En cuanto a ello, partiendo del derecho nacional, mas proyectándome nuevamente al ámbito internacional, a fin de ampliar el entendimiento de las nociones que precedentemente referencié, cabe reparar en otra de las expresiones centrales que involucra el presente y que se relaciona íntimamente con los conceptos anteriores, al calor del verdadero alcance y amplitud de los derechos de las personas respecto a la identidad de género y a la orientación sexual con incidencias en el derecho de la seguridad social.

Me refiero a los derechos de raigambre evolutiva, es decir a aquellos que necesariamente varían con el paso del tiempo, en orden a las nuevas interpretaciones y realidades que nacen en el terreno en que los mismos se desenvuelven, y que la norma no puede apartar o dejar de regular so pretexto de no haber sido receptada la o las nuevas situaciones en el texto originario de la misma. En esta línea, ha dicho la CIDH, en referencia a los tratados internacionales, que los mismos “son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 69).

Desde ese aspecto, cabe tomar en cuenta que los tratados internacionales (junto a las demás normativas que involucran, en lo que hace a este trabajo, aunque no de manera exclusiva, a nuestras Constituciones Nacional y de la Provincia de Buenos Aires), permiten que la legitimación proveniente de los mismos pueda ser invocada por personas a las que inicialmente pudo no habérselas considerado, más con seguridad, en los tiempos que corren, se han transformado en verdaderos titulares de derechos frente al Estado responsable del mantenimiento de la paz e igualdad social, y frente a toda la población. Corresponde aquí traer a cuenta el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷ y el

⁷ Que dice: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de

artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸, como simple referencia para poder comprender, primero, la doble fuente de enriquecimiento en el campo de los derechos humanos (la nacional y la internacional), y, segundo, el carácter cultural de los derechos, que lejos están de poder ser considerados como construcciones fijas, sino más bien como receptores de los nuevos mensajes provenientes del contexto y la época.

En este terreno atinente a la raigambre evolutiva de los derechos, explico mi completa adhesión a tal interpretación de las creaciones jurídicas que, por su carácter eminentemente cultural, avanzan en la medida en que la sociedad incorpora nuevos intereses y nuevas necesidades, siendo ello, a su vez, una imperativa consecuencia del carácter antes apuntado, y dándose lugar así a la constitución de elementos defensivos de la paz social y la dignidad de las personas.

Se abre de esa forma el panorama para referenciar algunos derechos vigentes en nuestro sistema constitucional, tales como el de igualdad y no discriminación. En cuanto a los mismos, si bien el primero tuvo un enraizamiento más tempranamente en nuestro sistema jurídico (en relación al derecho a la no discriminación), lo cierto es que ni uno ni otro fueron ideados originariamente para proteger a todas las personas en vinculación a su identidad de género; ello sin perjuicio de que, por la cualidad viva que antes referí, hoy día resulta indudable que sí permiten una amplia protección del anotado derecho identitario.

5. Sexo y género en el cuadro de la ley 24.241 y el decreto ley 9650/80

Aquí, cabe explicitar la forma con la que se regula el acceso a los derechos previsionales de jubilación y pensión en el marco de los dos cuerpos normativos que han sido seleccionados analíticamente para este aporte, para luego ensamblarlos con algunos elementos ya trabajados, y con otros que se pondrán sobre el tapete en lo sucesivo.

Afincado en ello, cabe reparar en que la comparación entre la ley 24.241 y el decreto ley 9650/80, en lo que hace a la adquisición de un derecho de jubilación, explicita una diferencia crucial anidada en la edad previsional, ya que mientras la primera establece que los

gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁸ El mismo prescribe: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

hombres deben tener sesenta y cinco años de edad, las mujeres, en cambio, tienen que reunir sesenta años, con el paralelo reconocimiento del derecho a extender su prestación laboral ordinaria hasta los sesenta y cinco años a fin de igualar su situación con la de los hombres; por su parte, en la Provincia de Buenos Aires se ha regulado la equiparación del recaudo etario para poder acceder a la jubilación, puesto que, además de exigirse treinta y cinco años de servicios con aportes comprendidos en uno o más regímenes abarcados por el sistema de reciprocidad (en Nación son 30, dentro del mismo campo objetivo), en cuanto a la edad se establece que la persona debe reunir sesenta años.

En ese cuadro, superando el debate atinente a la igualdad o diferenciación de edades para la jubilación (aunque vinculado a dicho tópico), afincándome ahora en el sistema nacional, considero que media en ese terreno una actual cuestión jurídica que no ha sido aún tomada en cuenta por el legislador, como lo es la temática de género, radicando allí, a mi modo, una serie de problemas que a continuación individualizo.

Primero, cabe señalar que en el acceso a la prestación básica universal (PBU), el artículo 19 de la ley 24.241 se circunscribe en un terreno exclusivamente binario direccionado puntualmente en relación al sexo. Así, hay que reparar que no solamente la ley habla de hombre y mujer, sino que, en ese tránsito distintivo, regula que mientras el primero puede acceder a la prestación básica con sesenta y cinco años, la segunda podrá hacer lo propio pero con sesenta. Observo así que el binarismo sexual apuntado se afinca en lo que ya ha sido trabajado muchas veces en este campo en cuanto a la existencia o ausencia de fundamentos para que las mujeres se puedan jubilar más tempranamente en relación a los hombres, sobre la base de algunos ítems tales como las mayores cargas sociales y familiares, los prejuicios de que son foco en el desarrollo del mundo laboral, y las discriminaciones emanadas del mismo, entre otros.

Segundo, que en el terreno anterior, al encontrarse tan vinculado el binarismo al sexo como rasgo fisiológico de la persona, no permite entrever otras realidades de género que, aún afincadas en el binomio hombre mujer, no se encuentran delimitadas por aquellos rasgos definitorios, sino por otros de corte más psicológico e igualmente hábiles para delimitar la identidad de las personas.

Tercero, que a su vez la regulación del acceso a los derechos previsionales en el ámbito nacional entra en colisión con el derecho a la identidad de género de las personas que no se logren identificar ni con el género masculino ni con el femenino, entrando esas realidades en el campo de las identidades no binarias.

En lo que hace al decreto ley 9650/80, tal como antes lo expuse referenciando a la mentada normativa, media una diferencia con el orden nacional traído a cuenta en este trabajo, afincándose la misma en la ausencia de distinción etaria entre hombre y mujer para poder delimitar el campo del acceso al derecho de jubilación. De tal forma, la normativa previsional apuntada, mientras como requisito objetivo exige treinta y cinco años de servicios, en el subjetivo requiere sesenta años sin distinción de hombre o mujer, eso más allá de la redacción en masculino respecto a “los afiliados” o bien los “maestros” o “profesores”, que en todo caso, más allá de alguna crítica atinente a la lingüística (y al simbolismo emanado de la misma) no tiene la repercusión que, en el acceso a la jubilación, sí tenemos en la ley nacional en donde como escribí la distinción es mucho más tajante.

Sin embargo, el decreto ley provincial sí incurre en una redacción crítica en materia de acceso al derecho de pensión, al regular en el artículo 34 que en caso de muerte o fallecimiento presunto del original titular (jubilado o afiliado en actividad o con derecho a jubilación -nuevamente encontramos acá una redacción en masculino y con una terminología binómica, tramo en el que remito a lo que dije arriba-) se otorgará pensión a “Los hijos y nietos de ambos sexos en las condiciones del inciso anterior” (inciso 2, texto según ley 10.413).

Advierto en este terreno que, al igual que lo que acontece en la ley 24.241, aquí se incurre en la diferenciación distintiva sobre la base de un binarismo sexual, hombre o mujer, sin que se efectúen las necesarias distinciones en lo que hace al derecho de identidad de género que, aclaro, también resulta esencial que se tenga en cuenta en el ámbito provincial dentro del campo atinente al acceso al derecho de jubilación. Ello puesto que, aunque el decreto ley no establece allí diferenciación en lo que hace al género de la persona, a mi modo resultaría mucho más útil y justo efectuar desde un inicio las aclaraciones pertinentes, a fin de que la persona que inicia el trámite no se vea atravesada por recaudos burocráticos que, antes que tender a la igualdad de tratamiento, conduzcan a convalidar procedimientos discriminatorios.

6. Derecho a la identidad de género, igualdad y no discriminación, y las contradicciones acacidas y sus posibles reformas

La regulación de los derechos previsionales forma parte de una amalgama normativa en la que se insertan también otros derechos, y, en su conjunto, deben por supuesto ser tenidos en cuenta y estudiados de manera ensamblada o vinculada, tal que de la aplicación de dicha metodología puedan surgir los dispositivos y sus mejores interpretaciones, con miras al pleno reconocimiento de derechos para las personas.

En ese tránsito, orbitando este trabajo en el campo del reconocimiento de derechos previsionales en orden a la prerrogativa identitaria de género, cabe tomar en cuenta que no alcanza estudiar de manera aislada las leyes de seguridad social (en este caso, una nacional y otra provincial), si no se lo hace en combinación con los derechos y regulaciones complementarias.

Así, en son de los objetivos explicitados en la introducción del presente aporte, se deben considerar los derechos a la igualdad y la no discriminación que, como adelanté en el apartado cuarto, responden a una naturaleza evolutiva.

En un breve desarrollo conceptual, diré que el derecho a la igualdad, desprendido del derecho a la libertad, y consagrado de base en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en el artículo 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, implica que todas las personas participen de un similar estatus en cuanto a su calidad de individuos jurídicos, importando a su vez “un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres” (Bidart Campos, 2013, p. 529) agregando seguidamente el mismo autor que “el derecho a la identidad y el derecho a ser diferente obligan, desde la igualdad, a tomar en cuenta lo que en cada ser humano y en cada grupo social hay de diferente con los demás (...)”.

En la misma arena, la CIDH ha dicho en reiteradas ocasiones que

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e

idéntica naturaleza (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A Nro. 17, párr. 45; Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A Nro. 18, párr. 87).

Alineado a ello, resulta imperativo tomar en cuenta la consagración de ese fundamental derecho en la normativa internacional, afincándose allí, entre muchos otros, los siguientes preceptos: artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante también DADDH), artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en lo sucesivo también DUDH), artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante también PIDESC), artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo siguiente también PIDCP).

Por su parte, existe una íntima vinculación entre el derecho a la igualdad y el de no discriminación, apareciendo como una de las bases legales para tal elemental prerrogativa, entre otras, la ley de Actos Discriminatorios (más conocida como Ley Antidiscriminatoria) número 23.592⁹, cuyo artículo primero obliga tanto al Estado como a los particulares a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización, así como a reparar en su caso los daños ocasionados, derivados que fueran aquellos actos criticables del ejercicio o el dispensamiento arbitrario, en contra de otra u otras personas, sin fundamento razonable o legítimo derecho; en ese tránsito, se regula puntualmente allí la afectación al ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías reconocidos en la CN, entre las que se encuentra claramente la igualdad como prerrogativa cimera, que ha sido antes brevemente tratada (Gelli, 2018).

En cuanto a ello, la CIDH ha señalado que

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados [...], al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”; agregando luego que “El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir

⁹ B.O. 05/09/1988.

en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias” (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A Nro. 18, párrafos 83 y 88).

La clara importancia del derecho a la no discriminación también ha sido reflejada en diversa normativa internacional, mencionándose a continuación algunos instrumentos: DADDH, artículo II; DUDH artículos 2 y 7; PIDESC, artículos 2 y 3; PIDCP, artículos 2.1 y 26; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 11.1 y 24; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2; entre muchas otros.

A su vez, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, también a nivel constitucional, nos encontramos con el artículo 11 que, combinando naturalmente la igualdad con la no discriminación, establece

Los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley, y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en esta Constitución. La Provincia no admite distinciones, discriminaciones ni privilegios por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, lengua, ideología, opinión, enfermedades de riesgo, características físicas o cualquier otra condición amparada por las normas constitucionales. Es deber de la Provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social.

Como consecuencia de los derechos cimeros a la igualdad y a la no discriminación, en lo que hace a la materia de género, nuestro país en los últimos tiempos ha sancionado importantes normativas que lo han puesto realmente a la vanguardia de la defensa de aquellas prerrogativas, sobre todo en materia civil y del trabajo. Entre ellas, y sin agotar su número, contenido y alcance, señalo las siguientes: ley 26.618¹⁰ de Matrimonio Igualitario, ley 26.743¹¹ de Identidad de Género, ley 26.862¹² de Reproducción Asistida (específicamente en su artículo 8), ley 26.522¹³ de Comunicación Audiovisual (puntualmente su artículo 3 “Objetivos”, inciso m), ley 27.636¹⁴ de Promoción del Empleo, decreto 476/2021¹⁵

¹⁰ B.O. 22/07/2010.

¹¹ B.O. 24/05/2012.

¹² B.O. 26/06/2013.

¹³ B.O. 10/10/2009.

¹⁴ B.O. 08/07/2021.

¹⁵ B.O. 21/07/2021.

(determinante del derecho a incluir en las nomenclaturas a utilizarse en los Documentos Nacionales de Identidad y en los Pasaportes Ordinarios para Argentinos en el campo referido al “sexo”, masculino, femenino o X, conforme su artículo 2).

Sin embargo, más allá de todo lo anterior, no han sido aún reformadas ni la ley nacional 24.241 ni el decreto ley provincial 9650/80, respecto a los actuales aires del derecho a la identidad de género, lo cual a mi modo explicita claramente, al menos, una discordancia no solo en cuanto a los textos de ambas leyes previsionales respecto a los instrumentos nacionales e internacionales que propenden a la igualdad y a la no discriminación sin distinción de campos (sentido que permite abarcar, por ende, el ámbito del derecho de jubilaciones y pensiones), sino también en cuanto a su lógica y sentido tutelar.

En otra vereda crítico analítica, ahora desde una visión más sociológica, corresponde mencionar que el derecho no solo debe ser estudiado como un conjunto de simples regulaciones normativas, sino que, ampliando esa visión únicamente positivista, también tiene que ser analizado como la forma para instrumentalizar la mejor convivencia social en orden a la combinación tanto de su carácter adjetivo como sustantivo, sembrando el camino para la concreción de una verdadera ciudadanía sustancial y no solo formal.

Desde esa mirada, partiendo del dato atinente a que el derecho es una práctica discursiva que parte del nominalismo pero que busca su eficacia y su poder simbólico en orden a una información social relacionada con intereses y necesidades sociales (Bourdieu), es necesario implementar políticas públicas adecuadas que propendan a la modificación de la ley 24.241 y el decreto ley 9650/80, a fin de que, superando sus anacronismos y contradicciones, las mismas campeen en órbita con el derecho a la identidad de género tal como actualmente se entiende y reconoce en otras fuentes, ganando así mayor legitimación en orden a la recepción del mismo.

En ese tránsito, resulta llamativo que la seguridad social, en lo que hace a las dos leyes tomadas como punto de análisis, sea aún extraña a los objetivos protectorios y tutelares que la informaron desde su inicio, sobre todo destacando la incidencia del derecho a la igualdad y la no discriminación, con las ampliaciones que ambos recibieron y reciben al compás de su ya comentada raigambre evolutiva; situación que hoy día nos interpela a los operados de la ciencia jurídica acerca de la necesidad de propender a una mejor defensa de los derechos

ciudadanos, de manera combinada, y sin olvidar el sentido tuitivo que, como dije, ha impregnado desde el inicio el campo de la seguridad social.

A su respecto, cabría pensar la posibilidad de reformar los dos cuerpos legales previsionales tratados en este breve aporte, para, o bien sacar la referencia a hombres y mujeres y colocando únicamente como base para la titularidad de derechos a la palabra persona, o bien dejar aquella referencia más adicionando de manera combinada el derecho a la identidad autopercebida para dejar lugar al justificado espacio de las identidades no binarias, o reemplazar la orientación binaria de base sexual por otras que tengan como sustento el género de la persona, pudiendo también modificar la redacción de sus pasajes que se encuentran redactados únicamente en masculino (muy común en nuestros cuerpos normativos), entre seguramente otras numerosas opciones que se pueden abrir en el abanico de posibilidades tendientes a mejorar no solo la redacción de la ley 24.241 y del decreto ley 9650/80, sino también las implicancias prácticas de ambas normas, y, en dicha senda, su eficacia simbólica.

7. Alcance desde la política social y el enfoque de derechos, y su incidencia en el interés público

Resulta necesario incluir en la agenda pública la implementación de políticas sociales adecuadas que permitan lograr concretizar de mejor forma los derechos a la igualdad y a la no discriminación en lo que hace a la materia de jubilaciones y pensiones encuadradas en la ley nacional 24.241 como en el decreto ley provincial número 9650/80, incorporando modificaciones que se encuentren enriquecidas con una mirada de género. Pero, además de ello, que involucra concretamente a la sociedad política, también resulta importante que desde la sociedad civil se trabaje a su respecto. Y en alusión a aquellos dos campos, como primer punto, considero que la visibilización de una problemática jurídica y social como la tratada en este breve aporte resulta esencial.

En ese tránsito, amén de que la temática traída a cuenta en esta contribución abraza el ítem sexualidad -aspecto del que puede surgir lo que en el campo doctrinario se ha trabajado como sexualidades rectas e insurrectas (Litardo, 2010, p. 231)- lo cierto es que la definición de la unidad analítica tratada, y, por ende, la conceptualización básica del campo del que deben partir las políticas sociales que referencié en el anterior párrafo, se deben

individualizar, desde un mejor punto de análisis, en términos de género, dejando aclarada que mi posición a su respecto no se afina en limitar dicha expresión únicamente al género femenino, sino a la pluralidad de géneros que de hecho existen (intentando así superar el clásico binomio hombre y mujer, que, como ya expresara, en los cuerpos normativos previsionales aquí estudiados se encuentran afincados en una noción de raigambre sexual), y que necesariamente deben ser visibilizados, para lograr un pleno reconocimiento de derechos en orden a la igualdad y en orden también a la no discriminación.

A su respecto, tomando como base la opinión de Emiliano Litardo -quien escribió que si tomamos como base que cualquier definición normativa conduce a performar a las personas “en tanto no solo definen y describen, sino crean subjetividades y producen efectos sobre aquellos que enuncian” (2010, pp. 231 y 232)-, lo cierto es que debiéramos entonces reformar las leyes previsionales nacional y provincial trabajadas, para que, en el acceso a la jubilación o pensión, se conduzca a un mayor y mejor reconocimiento de derechos sobre bases igualitarias.

En la misma senda de reconocimiento de derechos, Laura Pautassi apuntó con firmeza que la demanda de inclusión social vigente en nuestro país, atravesado por situaciones de profunda desigualdad,

requiere sin duda de derechos reconocidos pero también de políticas públicas que incorporen los intereses y las necesidades de los sectores sociales atravesados por la desigualdad de clase, género y orientación sexual, y que promuevan la comunicación entre los actores sociales y políticos protagonistas en el marco de la construcción de redes y espacios públicos de consenso (2010, p. 261);

lo cual, en orden a lo que dije en el primer párrafo de este apartado, interpela tanto la sociedad de gobierno como a la civil, y exige necesariamente reformar normas pero también trabajar desde otros campos del tejido social, a fin de concientizar, democratizar, educar, y, entonces, actuar en consecuencia diariamente.

Al tensionar instituciones clásicas, y al vincularse con nuevas realidades y con el justificado y amplio alcance de los derechos humanos, la temática aquí trabajada involucra puramente una cuestión propia del interés público, interés que es jurídico, es político, y por ende, también es social, con entidad como para interpelar respecto de regulaciones

anacrónicas como son, a mi modo, aquellas que en el cuadro de la ley 24.241 y del decreto ley 9650/80 , regulan el acceso a los derechos de jubilación y pensión.

Ello nos debe conducir, como mínimo, a generar un debate que ponga sobre el tapete lo que Laura Pautassi refirió como necesidad de “situar a la política social como garantía de la inclusión social” (2010, p. 31), tomando en cuenta que en ocasiones las regulaciones jurídicas, y por ende los efectos derivados de sus aplicaciones prácticas, entran en tensión con derechos de superior jerarquía; debiendo entonces resultar interpeladas con miras a lograr no solo una mejor regulación normativa positiva, sino también mejores ejercicios de derechos sobre bases igualitarias, y que no discriminen a las personas en orden a su género.

8. Palabras finales

La seguridad social se constituye en una disciplina con un hondo calado social, y, en orden a dicha implicancia, es que sus institutos deben ser estudiados y analizados de manera tal que se deriven de los mismos una buena aplicación práctica; ello en miras a lograr, de la mejor forma posible, materializar los objetivos tutelares que impregnan en toda su estructura y, especialmente en lo que hizo a este trabajo, en la sub rama de jubilaciones y pensiones, cuyo recorte -circunscripto en la ley 24.241 y en el decreto ley 9650/80, puntualmente en lo que hace al acceso a los derechos previsionales-, ha sido lo que ha vertebrado estas páginas.

En ese tránsito, se debe tomar en cuenta que aquella disciplina no actúa de manera aislada respecto a otros campos, ya sea que correspondan al estrictamente jurídico normativo como a otros que escapan de la circunscripción de aquel, y que involucran al debate doctrinario de aquellos horizontes, a la política y también a la sociología.

Con los aportes que provienen de todos aquellos terrenos de conocimiento y actuación, es necesario pensar en la forma con que actualmente se encuentra regulado el acceso a los derechos de jubilación y pensión en el ámbito nacional y de la Provincia de Buenos Aires (en lo que hace a las dos fuentes aquí trabajadas, sin que ello obste a la futura consideración de otras), específicamente en lo vinculado a la temática atinente a la diversidad de géneros; metodología que me permitió explicitar que ambos cuerpos normativos no solo se diferencian en su amplitud subjetiva en cuanto a otras leyes que también han sido sancionadas en Argentina (tal como ha sido señalado en su momento), entrando así en una

contradicción político jurídica evidente, sino que también media en la especie a mi modo una grave afectación a los derechos cimeros a la igualdad y a la no discriminación.

De tal manera, cabe nuevamente señalar que el debate atinente a la regulación de los derechos de jubilación y pensión, en su vinculación con la materia de género, aunque relacionado, no queda únicamente circunscripto al tema vinculado a la edad de los hombres y las mujeres para poder acceder a aquellas prerrogativas, sino que se proyecta hacia adicionales e importantes campos que es sumamente necesario que sean incluidos en la agenda pública y en el debate ciudadano, para que así se pueda tender a un verdadero reconocimiento de derechos en base a su regulación pero también en orden a su justa y equitativa aplicación.

Desde tal mirador, considero que el derecho a la identidad de género de las personas interpela con seriedad tanto a la ley 24.241 como al decreto ley 9650/80, y por eso dicha temática, que como dije refiere a lo jurídico normativo, a lo político, y claramente también a lo sociológico, debe necesariamente ser incluida en la agenda de la sociedad de gobierno, pero también en el debate de los demás operadores de la ciencia jurídica y de toda la comunidad; porque solo así podremos arribar a una sociedad más coherente y justa, en donde la autopercepción de género no sea un obstáculo para la titularidad de los derechos que surgen de las faz constitutiva de la persona como tal.

Bibliografía

Abramovich, V. y Pautassi, L. (2009). “El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales”. En V. Abramovich y L. Pautassi (Compiladores), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos* (pp. 279 - 340). Buenos Aires: Editores del Puerto SRL.

ANSES, “Impacto de las brechas de género en el acceso al derecho a la seguridad social”, Serie *Estudios de la Seguridad Social*, Dirección General de Planeamiento – Observatorio de la Seguridad Social, mayo de 2021.

Bidart Campos, G. (2019). *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Bourdieu, P. y Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Universidad de los Andes, Colombia: Siglo del hombre editores.

Cáceres Nieto, E. (2002). "Psicología y constructivismo jurídico: apuntes para una transición paradigmática interdisciplinaria". En: *Violencia social* (Marcia Muñoz de Alba Medrano, coordinadora), pp. 7 - 37. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Gelli, M. (2018). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*; quinta edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Editorial La Ley.

Litardo, E. (2010). "Los derechos sexuales y los derechos humanos. Aproximaciones sobre la trans (judicialización)". En: *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina* (Pautassi, Laura, organizadora), pp. 221 - 260. Buenos Aires: Editorial Biblos.

Osorio, S. (2007). "La teoría crítica de la sociedad de la escuela de Frankfurt: algunos presupuestos teórico-críticos". En: *Revista Educación y Desarrollo Social*, 1 (1), Julio-Diciembre de 2007. Bogotá: Universidad Militar "Nueva granada".

Pautassi, L. (2010). "El enfoque de derechos y la inclusión social. Una oportunidad para las políticas públicas". En: *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina* (Pautassi, Laura, organizadora), pp. 27 - 66. Buenos Aires: Editorial Biblos.

____ (2010). "Políticas y derechos. Escenarios posibles. En: *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina* (Pautassi, Laura, organizadora), pp. 261 - 275. Buenos Aires: Editorial Biblos.

VV. AA. (2015). *Argentina Inclusiva. Guía de términos y conceptos sobre la diversidad sexual desde la perspectiva de derechos*. Buenos Aires: Dirección de Prensa y Comunicaciones. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Zuleta Puceiro, E. (1987). *Teoría del derecho. Una introducción crítica*. Buenos Aires: Depalma.

Instrumentos normativos citados

Argentina. Constitución de la Nación.

Argentina. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Argentina. Declaración Universal de Derechos Humanos.

Argentina. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Argentina. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Argentina. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Argentina. Convención sobre los Derechos del Niño.

Argentina. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la ley 19.865. (11/01/1973).

Argentina, Provincia de Buenos Aires. Constitución de la Provincia.

Argentina. Ejercicio de derechos y garantías constitucionales. Medidas contra actos discriminatorios, ley nro. 23.592. (05/09/1988).

Argentina. Sistema integrado de jubilaciones y pensiones. Creación, ley nro. 24.241. (18/10/1993).

Argentina. Servicios de comunicación audiovisual, ley nro. 26.522. (10/10/2009).

Argentina. Matrimonio civil. Código Civil, Leyes 26.413 y 18.248 – Modificación, ley nro. 26.618. (22/07/2010).

Argentina. Identidad de género, ley nro. 26.743. (24/05/2012).

Argentina. Reproducción médicamente asistida, ley nro. 26.862. (26/06/2013).

Argentina. Ley de promoción del acceso al empleo formal “Diana Sacayán – Lohana Berkins”, ley nro. 27.636. (08/07/2021).

Argentina. Registro Nacional de las Personas, decreto nro. 476/2021. (21/07/2021).

Argentina, Provincia de Buenos Aires. Régimen Previsional de la Provincia de Buenos Aires (jubilaciones- agentes de la Administración Pública), decreto ley 9650/1980. (30/12/1980).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva nro. 17. (28/08/2002).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva nro. 18. (17/09/2003).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva nro. 24. (24/11/2017).

Organización de las Naciones Unidas. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta). (Mes de marzo del 2007).

Apéndice multimedia

Ante una nueva revolución verde, el caso del trigo transgénico a la luz de la jurisprudencia bonaerense

Facing a new green revolution, the case of transgenic wheat in Buenos Aires jurisprudence

Juan Ignacio Moreno¹

A mediados de la década de los 90, Argentina fue el primer eslabón en la expansión de la soja transgénica impulsada por la multinacional Monsanto. Precisamente allá por el año 1996 la entonces Secretaría de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Nación aprobó, bajo resolución 167/96, la producción y comercialización de la soja Roundup Ready (RR) resistente al glifosato. Justamente ha sido el glifosato, como plaguicida, el insumo químico más cuestionado desde el ámbito científico como social por las pruebas fehacientes de su impacto tanto en el ambiente como en la salud humana.

Luego de 25 años de aquel suceso, la República Argentina se encuentra ante otro hecho histórico de similar magnitud con la reciente aprobación, por parte del entonces Ministerio de Agricultura de la Nación, bajo resolución 27/2022, de la comercialización del trigo HB4, otro transgénico que cuenta con el uso del agroquímico denominado glufosinato de amonio. Dicha regulación tuvo su impulso por la empresa Bioceres que cuenta entre sus accionistas a Gustavo Grobocopatel, un empresario que promueve los pool de siembra que consisten en el financiamiento de producciones agropecuarias sin dimensionar cuestiones como el arraigo o prácticas que protejan el ambiente.

El actual contexto interpela sobre las medidas que pueden tomar los ciudadanos frente a estas innovaciones tecnológicas que carecen de suficientes estudios para determinar el alcance sobre sus impactos en el ambiente.

Por lo cual es fundamental mencionar los principios ambientales que surgen de la ley General del Ambiente nacional n° 25675. Entre dichos principios se encuentra el preventivo y precautorio donde se asienta la necesidad de contar con una prudencia sobre prácticas que se desconocen sus consecuencias. El principio preventivo se presenta ante actividades que se tenga por comprobado el daño ambiental mientras que el precautorio rompe la lógica jurídica de daño civil y plantea que ante un daño grave donde exista ausencia de información o certeza sobre un daño en el ambiente se tenga prioridad por su protección.

¹ Abogado (UNLP). Maestrando en Derechos Humanos (FCJyS- UNLP). Especializando en Derecho Ambiental (UNLP). Adscripto en la Cátedra 2 de la materia Derecho Agrario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Colaborador en el Proyecto I+D J179: "Problemáticas contemporáneas del desarrollo: territorio, ambiente, migraciones y género" (FCJyS-UNLP). Columnista sobre leyes ambientales en el programa "Hacia Dónde Vamos" por Radio Provincia FM 97.1: https://www.youtube.com/channel/UCX5WAqXgFw_iKBKHrGsR-vw Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9516-3456>

Bajo este enfoque que tiene su asiento en el artículo 41 de la constitución nacional y en el artículo 28 de la constitución de la provincia de Buenos Aires sobre la obligación del Estado en la protección del ambiente es pertinente analizar la reciente jurisprudencia bonaerense en torno al trigo transgénico.

En el mes de julio del año 2022 se expidió el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N°2 de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, bajo los autos “Arisnabarreta, Gabriel y otros c/Provincia de Buenos Aires sobre amparo colectivo” sobre la autorización nacional del trigo transgénico respecto a su aplicación en la provincia de Buenos Aires.

Un conjunto de actores, entre ellos abogados ambientalistas, perteneciendo e integrando distintas entidades acuden al proceso por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad solicitan una medida precautelar donde se ordene librar oficios a la Universidad Nacional de La Plata, el entonces Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, a la Dirección Nacional de Agroecología y al Centro de Investigaciones Científicas (CIC).

También requieren la suspensión en todo el territorio de la provincia de Buenos Aires del uso de la variedad exótica del Trigo Modificado Genéticamente IND-00412-7 que fuera autorizado por el Estado Nacional mediante resolución 41/20 de la Secretaría de Alimentos y Bio-economía del Ministerio de Agricultura de la Nación y Resolución 27/2022 del Ministerio de Agricultura de la Nación sobre la empresa INDEAR S.A.

Dicha medida cautelar es requerida hasta tanto se haya emitido el informe final comprendido en la ley provincial 12.822 y en cumplimiento de los artículos 10, 11 y 57 de la ley provincial de protección del ambiente n°11.723. Los actores entendieron que el poder ejecutivo provincial demandado desconoció el carácter exótico de este organismo genéticamente modificado. En cuanto a la empresa INDEAR S.A. se solicitó que se abstenga de sembrar estas semillas.

Frente a esta presentación el Juzgado comprendió que la medida cautelar presentaba verosimilitud en el derecho. La ley provincial n° 12.822, del año 2001, en su artículo 1 establecía que la Comisión de Biotecnología y Bioseguridad Agropecuaria, en ámbito provincial, tendría que confeccionar un informe con recomendaciones sobre la introducción y liberación de material transgénico en sus efectos sobre los recursos naturales como la salud, producción y comercialización. Dicha comisión aún no fue creada.

En este sentido, el magistrado realizó una serie de preguntas respecto de si se desarrollaron los estudios necesarios en cuanto a las implicancias del trigo transgénico, tanto en el ecosistema como en la salud humana.

Atento a lo expuesto se entendió que la omisión en la reglamentación de la ley nº 12822, en tanto a la creación de la comisión, contraría las atribuciones del poder ejecutivo provincial conforme al artículo 144 inciso 2 de la constitución provincial, que consiste en promulgar y hacer ejecutar normas sin alterar su espíritu. De esta manera se priva de efectos jurídicos una normativa ante el vacío informativo que se presenta con la falta de dicha comisión y se vulnera la plena eficacia de los derechos humanos.

Bajo estos fundamentos y los principios ambientales el juzgado concedió la medida cautelar suspendiendo la utilización del trigo transgénico en territorio bonaerense hasta tanto se creara la comisión que debiera de realizar el informe correspondiente de este cultivo exótico conforme a la ley 12822.

Este análisis pone en foco como el reclamo ambiental puede ser desarrollado de manera estratégica con fundamentos contundentes, basados en marcos regulatorios y los principios ambientales para proteger el ambiente ante estos embates de nuevas revoluciones verdes.

Podrán acceder al fallo completo ingresando al siguiente enlace:

https://drive.google.com/file/d/1F7O8z-yexThFNDQi4_LTZTs9t7DXmrky/view?usp=sharing

**Avances en la etapa de ejecución de sentencia del caso Verbitsky:
las nuevas medidas de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.**

Improvements in the enforcement of the decision in Verbitsky case:
some new measures of the Supreme Court of Buenos Aires Province.¹

Como presentamos en nuestro número anterior, con fecha 13 de mayo de 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) dictó una nueva decisión en el marco de la causa “Verbitsky”.² En ella, la CSJN declaró procedente el recurso extraordinario federal incoado por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires y enfatizó lo oportunamente lo ordenado a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) y al resto de los tribunales de la jurisdicción. En el fallo primigenio dicho tribunal había dispuesto: “hacer cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importase un trato, cruel inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal”. Asimismo, resaltó que la labor del máximo tribunal local debía continuar mientras persistieran las condiciones carcelarias que dieron origen al pleito (*“Recurso de hecho deducido por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires en la causa Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”* Fallos: 344:1102).

En esta breve nota pasaremos revista sobre el estado actual del expediente.

Con fecha 3 de mayo de 2022 y como correlato de la referida resolución, la SCBA dictó un nuevo pronunciamiento en los autos *“Verbitsky Horacio – representante de Centro de Estudios Legales y Sociales s/habeas corpus.recurso de casacion”*³. Allí dispuso que el “Programa de Cumplimiento de la Sentencia” se ejecutará por medio de una serie de medidas que de manera progresiva perseguirán la finalidad pretendida por la CSJN. Para llegar a ellas y como consecuencia del carácter complejo, dinámico y multicausal del problema de la superpoblación y el hacinamiento en cárceles y comisarías, se conformaron mesas de trabajo, se llevaron adelante varias audiencias y se redactaron distintos informes.

¹ Esta reseña fue elaborada por la Secretaría de Redacción de la Revista de Interés Público (ReDIP).

² Una síntesis de esta decisión se encuentra en este [enlace](#).

³ Se puede acceder al fallo completo a través del siguiente [enlace](#).

De esta manera, se decidió trabajar mancomunadamente con distintos organismos que conforman los tres poderes de la Provincia de Buenos Aires, siempre resaltando que no le compete al Poder Judicial tomar decisiones de política criminal pero sí le interesa velar por la correcta articulación institucional entre las áreas de seguridad y justicia del Poder Ejecutivo y el Ministerio Público.

En este sentido, en el marco de este nuevo fallo, la SCBA establece, entre otras medidas, que el Poder Ejecutivo bonaerense debe realizar una revisión periódica de la situación de las personas detenidas en procesos bajo su jurisdicción como así también, comunicar a la Suprema Corte un diagnóstico sobre el estado de situación de las condiciones de habitabilidad y el cupo que correspondiere a cada unidad penitenciaria y alcaidías habilitadas y en construcción del sistema dependiente del servicio penitenciario provincial al 1 de abril de 2022.

Asimismo, se le encomienda a dicho poder, fijar un cupo máximo de personas alojadas en comisarías, como así también programar y ejecutar las medidas tendientes a la progresiva adecuación de las condiciones de alojamiento de las personas privadas de libertad en el ámbito del Servicio Penitenciario Bonaerense. Además, se le requiere que disponga la ampliación y profundización de los programas educativos para las personas detenidas.

Por otra parte, la SCBA reitera la prohibición de alojamiento en comisarías de menores, mujeres embarazadas y enfermos y recuerda que la prisión preventiva no puede funcionar como una pena anticipada, destacando también la importancia de su uso racional, en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos. En este orden de ideas, insta a los órganos jurisdiccionales a programar la implementación de audiencias de debate con especial enfoque en los privados de libertad con mayor tiempo en prisión preventiva. Esto con el fin de atender cabalmente la garantía de todo justiciable a un proceso sin dilaciones indebidas.

La SCBA insta al Poder Legislativo a trabajar coordinadamente con el Poder Ejecutivo en la conformación de una Mesa de Trabajo destinada a adecuar la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y demás alternativas o morigeraciones a tales medidas cautelares y la legislación de ejecución penal y penitenciaria. Asimismo, lo insta a

conformar una comisión o el órgano que estimare más adecuado, a los fines de ejercer el seguimiento y la interacción con los demás organismos bonaerenses.

Por último, la SCBA resuelve comunicar el contenido de la sentencia a la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires a fin de que, en su carácter de titular del Ministerio Público y en el ámbito de su competencia, adopte las medidas que estime pertinentes a efectos de coadyuvar al logro de los objetivos precitados.

EXTENSIÓN



Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**
Universidad Nacional de La Plata