

# Ab

Revista de Abogacía

ISSN 2545-8485

AÑO VIII  
DICIEMBRE  
DE 2024

NÚMERO

15

Presentación Ab N° 15

Especies que sí y especies que no. Cómo el lenguaje jurídico reparte el estatus de persona

La contingencia y el prestador de servicios profesionales en la LDC

Cuidar y estudiar: ¿un derecho o un privilegio? Barreras y desafíos en el acceso a la educación de quienes cuidan

Neoconstitucionalismo y reforma estructural. Operatividad para garantizar derechos desde la perspectiva del poder judicial

El derecho humano al reconocimiento de la identidad de género. La influencia argentina y la necesidad de (re)pensar el paradigma actual

Derechos económicos, sociales y culturales. Análisis del DNU 70/2023 en materia del derecho a la salud. ¿Se ven amenazadas las garantías de cumplimiento del derecho a la salud?

Agua que no has de beber. El derecho humano al agua en las escuelas bonaerenses

Rodolfo Ortega Peña. 50 años de un legado emancipatorio que deviene urgente

“Nunca hay que abandonar la búsqueda de encuentros y consensos”. Entrevista a Alejandro Drucaroff Aguiar

## **Ab-Revista de Abogacía**

**Año VIII | N° 15 | diciembre de 2024**

© 2024, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2024 EDUNPAZ, Editorial Universitaria

**ISSN:** 2545-8485



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Directora General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

Jefa de Departamento Editorial: **Blanca Soledad Fernández**

División Diseño Gráfico Editorial: **Jorge Otermin**

Arte y maquetación integral: **Florencia Jatib y Mariana Aurora Zárate**

Coordinación editorial: **Paula D'Amico**

Corrección de estilo: **María Laura Romero, Nora Ricaud,**

**Mariangeles Carbonetti y Laura González**

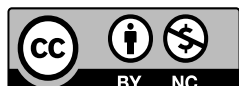
## **staff**

Director y editor responsable: **Martín Cormick**

Coordinador editorial: **Gonzalo Gastón Semeria**

Publicación electrónica - distribución gratuita

Portal EDUNPAZ <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/>



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de esta publicación ni de la Universidad Nacional de José C. Paz



**Ab-REVISTA DE ABOGACÍA**  
AÑO VIII | N° 15 | DICIEMBRE DE 2024

## Índice

### PRESENTACIÓN

**Presentación Ab N° 15** **5**  
Gonzalo Gastón Semeria

### ARTÍCULOS

**Especies que sí y especies que no. Cómo el lenguaje jurídico reparte el estatus de persona** **7**  
Lis Bardallo

**La contingencia y el prestador de servicios profesionales en la LDC** **11**  
Gonzalo González Cobo

**Cuidar y estudiar: ¿un derecho o un privilegio?**  
**Barreras y desafíos en el acceso a la educación de quienes cuidan** **17**  
Mercedes Isabel Martínez

**Neoconstitucionalismo y reforma estructural. Operatividad para garantizar derechos desde la perspectiva del poder judicial** **27**  
Julieta Martínez Molto

**El derecho humano al reconocimiento de la identidad de género. La influencia argentina y la necesidad de (re)pensar el paradigma actual** **35**  
Luna M. Ramirez

**Derechos económicos, sociales y culturales. Análisis del DNU 70/2023 en materia del derecho a la salud. ¿Se ven amenazadas las garantías de cumplimiento del derecho a la salud?** **47**  
Sonia Gabriela Tarragona

**Agua que no has de beber. El derecho humano al agua en las escuelas bonaerenses** **61**  
Rosario Vazquez



**Ab-REVISTA DE ABOGACÍA**  
AÑO VIII | N° 15 | DICIEMBRE DE 2024

**Rodolfo Ortega Peña. 50 años de un legado  
emancipatorio que deviene urgente**

Walter Javier Viegas

**79**

ENTREVISTAS

**“Nunca hay que abandonar la búsqueda de encuentros y consensos”.**

**Entrevista a Alejandro Drucaroff Aguiar**

Martin Cormick

**87**

# Presentación Ab N° 15



Gonzalo Gastón Semeria\*

*Para saber qué resortes del corazón humano  
hubo que activar para que la gente se incorporara a  
la máquina del asesinato masivo, de poco nos servirán  
las especulaciones sobre [...] lo que se denomina el  
carácter nacional alemán.*

Arendt, “La cupla organizada” (1947)

Les damos la bienvenida a la decimoquinta entrega de *Ab. Revista de Abogacía*. Hemos decidido iniciar este número recordando un fragmento de una obra temprana de Hanna Arendt, previa a la publicación de *los orígenes del totalitarismo*, con la esperanza de encontrar algunas claves que nos permitan comprender, desde sus marcas e inscripciones, este trauma moderno que incesantemente retorna, o que quizás nunca acabó.

Al ensamblar, como piezas de un rompecabezas, lo sinuoso del hombre corriente con lo siniestro de este tiempo, Arendt dio con lo terrorífico de la banalidad del mal que hace posible al terror totalitario. Pero, quizás lo más perturbador de su hallazgo, radica en develar el carácter no-excepcional de esta forma de violencia sistemática.

\* Revista Ab UNPAZ.

Pese al estremecimiento que provocó el develamiento de las prácticas genocidas, pese a las buenas intenciones de los juristas, no es muy difícil notar que, a pesar de las convenciones y de las leyes, la violencia total contra colectivos humanos no ha cesado. Tenemos una Convención internacional para la Prevención y Sanción de este tipo de violencia, tenemos jurisprudencia, tenemos teorías; sin embargo el odio al otro continúa ahí, haciendo de las suyas por todo el mundo.

Quizás sea momento, si se desea hacer algo con esto, replantear los modos en los que el derecho tramita aquel odio, que no es contracara del amor, sino puro odio, pulsión mortífera narcisista. Quizás, si nos abrimos a la posibilidad de que el psicoanálisis informe a la teoría jurídica, podremos advertir las implicancias de remplazar la imagen del sujeto cartesiano por la hechura del ser hablante, sexuado y mortal. Si la teoría jurídica moderna –y sus reversiones– no han podido poner el cascabel al gato de los crímenes de masas, puede ser momento de explorar otras alternativas epistemológicas. Aquí radica la invitación a pensar que hacemos en *Ab*.

En este número encontrarán un artículo de Lis Bardallo que desde el prisma de las escuelas del derecho se aventura a presentarnos cómo la performatividad del discurso jurídico opera sobre el especismo. Gonzalo González Cobo, continuando con el enfoque semiótico crítico presente en el artículo de Bardallo, nos muestra cómo opera el juego de exclusiones en la letra de la Ley de Defensa del Consumidor.

Julieta Martínez Molto, con apoyo en la corriente neoconstitucionalista, se pregunta cómo garantizar la operatividad de los derechos desde el Poder Judicial. Mercedes Isabel Martínez analiza los cruces entre el derecho a estudiar y las tareas de cuidados, prestando especial atención a cómo las condiciones de pobreza se tornan un obstáculo para el goce de este derecho humano a la educación.

Luna Ramírez nos presenta un estudio sobre el estado actual del reconocimiento del derecho humano a la identidad de género en los sistemas de protección europeo e interamericano, proponiendo nuevas miradas para la regulación argentina.

Sonia Gabriela Tarragona analiza los impactos del DNU N° 70/23 en las garantías al derecho a la salud. Rosario Vázquez nos presenta un estudio sobre cómo el derecho al acceso al agua potable se cruza con el derecho a la educación.

Walter Viegas, evocando el legado de Ortega Peña, trae a este número una reflexión sobre el ejercicio de la abogacía.

Por último, en la sección entrevistas, en esta oportunidad nos acompaña Alejandro Drucaroff Aguiar, especialista en ética pública y conductor del programa de radio *Al derecho y al revés*, quien nos cuenta su recorrido por la abogacía y, además, nos comparte algunas reflexiones e iniciativas para pensar y actuar en el presente.

¡Que disfruten de este número!

# Especies que sí y especies que no

## Cómo el lenguaje jurídico reparte el estatus de persona



Lis Bardallo\*

Al renovarse hace unos años la discusión sobre la interrupción voluntaria del embarazo y con mis principios éticos del veganismo cada vez más consolidados, comencé a percibir la inconsistencia de muchas de las premisas sobre las que se posa el iusnaturalismo, corriente que se distancia sustancialmente de una concepción del derecho basada en premisas casi matemáticas como sucede con la mayoría de las materias codificadas que se estudian en la carrera para convertirse en abogado/a.

En mi devenir docente de aquel entonces yo estaba particularmente inmersa en la vertiente de la “razón práctica” de la antiquísima escuela del derecho natural.

Esa trémula percepción se convirtió en un cimbronazo mental a partir de un concepto tan corriente como fundamental: la *persona*. Según esta escuela, la definición de persona es la de una ‘sustancia individual de naturaleza racional’. Una definición que Boecio alumbró allá por el siglo IV.

Aquí sirve recordar que el iusnaturalismo plantea una relación con el lenguaje por la cual se podría llegar a las entrañas mismas de los fenómenos, de los comportamientos y, en definitiva, a la verdad de las cosas. Este paradigma hace una auscultación lingüística a través de la apelación a la “esencia”, “naturaleza” e “inmanencia”. Se recurre al clásico “una cosa es la teoría y otra es la práctica” (o la realidad). En el mundo del derecho la frase se traduce como la tajante división entre el *ser* y el *deber ser*. Algo así

\* UBA - UNPAZ.

como: “Personas somos todos sin importar color, etnia, género ni religión. Sin embargo, en la realidad existen desviaciones y no se respetan los derechos humanos que todos titularizamos”. Algo que parece de sentido común, una obviedad.

Sin embargo, al adentrarme en mis estudios sobre el derecho animal, el enfoque iusnaturalista de la “persona” se volvía cada vez más problemático: en numerosos textos y reflexiones de autores adscritos al iusnaturalismo era muy frecuente definir a “LA persona” por contraposición al animal. Un *ser animal* al que se define por la carencia de ciertos atributos y rasgos de los que sí es titular el ser humano “por el mero hecho de serlo” (tautología franqueable si las hay). Encontramos aquí otra cuestión saliente: en el discurso iusnaturalista los términos “persona” y “ser humano” han trabado una relación de sinonimia como si de dos palabras *naturalmente* intercambiables se tratara.

Estas cuestiones hicieron mella en mí: el iusnaturalismo era una corriente que velaba tras la palabra “natural” la imposición de valores “indiscutibles”, “objetivos” y puramente “racionales” pretensamente universales, inalienables y sempiternos. También dogmáticos, agrego yo. La adjudicación del mote de “natural” resultó ser un recurso de ensombrecimiento de ejercicio de poder que solo se veía cuando uno se atrevía a pensar un poco más allá de “lo dado”.

¿Los animales no son, acaso, personas? ¿Qué es lo que por *naturaleza* nos convierte en personas? ¿Cuál es esa sustancia individual de naturaleza *racional* a atender si el iusnaturalismo nos propone no desviar nuestra atención sobre los *accidentes* e ir hacia lo más íntimo de la *sustancia* humana? ¿es “la razón” o “el instinto”?

## **El aporte de las teorías críticas del derecho a la desacralización de los conceptos**

Las teorías críticas del derecho (TCD) abordan una temática medular a la hora de pensar cuáles son los conceptos basales en los que el derecho se apoya para montar toda su estructura institucional, normativa y, en definitiva, de poder.

La relación entre el lenguaje y el derecho es vital para escanear las piezas jurídicas con las que nos relacionamos. Piezas escritas, prácticas judiciales, abogadiles y académicas. Si bien es verdad que esta cuestión es trabajada por las llamadas escuelas tradicionales del derecho, la innovación que desmonta todo este edificio basado en la repetición de premisas indiscutibles está en el llamado “giro lingüístico”, que plantea que la realidad se constituye en y por el lenguaje, y no a la inversa. Toda una afrenta al modo de abordaje del derecho natural que se asocia con una visión esencialista del lenguaje: supone que existe algo en su interior que se proyecta al exterior y que nosotros aprehendemos. Es decir, afirma la existencia de ideas absolutas que el lenguaje meramente representa o vehiculiza.

En el otro extremo, el iuspositivismo busca superar los problemas de la ambigüedad, vaguedad o textura abierta propios del lenguaje natural mediante la construcción de lenguajes técnicos o la aplicación de la lógica formal. Según esta corriente el lenguaje propiamente jurídico sería un código de comunicación que permitiría mayor manipulación, con límites fijos y deducibles.



Las TCD, en cambio, trabajan con la noción de “giro lingüístico”, que propone que la construcción del lenguaje es artificial. Cuestión no menor ya que existe un proceso de *naturalización* de un lenguaje que ya está ahí cuando los humanos llegamos al mundo: aquel nos precede y se nos presenta como algo natural, un dato más del paisaje social que conformamos. Por otro lado, el análisis que se propone desde la lingüística niega la relación natural o necesaria entre el signo lingüístico y el significante: la relación es arbitraria.

Para este desacoplamiento del lenguaje –otrora pensado como un instrumento o incluso un condicionamiento al acto de conocer– los desarrollos en el campo de estudio de la semiótica han sido cruciales, con su aporte sobre las nociones de “signo”, “significado” y “significante”. En este sentido, la introducción del concepto “significante vacío” de Ernesto Laclau es perfectamente aplicable al contenido con el que se llena el constructo “persona” por parte del iusnaturalismo racionalista contemporáneo. Lo cierto es que hacia dentro de estas nociones –pocas veces despolemizadas– se dan disputas hegemónicas: sus significados se construyen políticamente. Las TCD, justamente, buscan dismantelar los significados de conceptos jurídicos fundamentales, revelando su carácter contingente y político. En definitiva, un contenido adjudicado por el operador del derecho.

Con estos aportes se ha de repensar cómo funcionan los signos y cómo interactuamos con ellos a partir de los tres niveles en los que trabaja la semiótica: la sintaxis, que analiza cómo se relacionan los signos entre sí; la semántica, que examina cómo los signos se vinculan con los objetos que representan; y la pragmática, que estudia cómo los signos se usan y se entienden según el contexto. En el campo del derecho, este último nivel es particularmente importante, ya que transparenta la existencia de los condicionamientos ideológicos inherentes al discurso jurídico: sus intenciones subyacentes y cómo afectan a la comunicación las ideas y creencias. En definitiva, la semiótica ayuda a los operadores del derecho a explorar cómo las ideologías influyen en el lenguaje legal.

## Lenguaje que performa

La TCD enseña, con simplicidad pedagógica, que el derecho es una práctica social discursiva. Es decir, es el derecho el que produce sentido y constituye la realidad que enuncia. Una realidad que no es una mera descripción de un dato anterior y natural precedente. Por el contrario, posee un eminente carácter performativo.

Hacia dentro de esta particular práctica social Alicia Ruiz (2006) reconoce tres niveles: el de aquellos autorizados a decir la ley, el de los operadores del derecho y el nivel de las representaciones sociales. Esta estratificación permite analizar cómo los significados jurídicos se producen, circulan y se transforman en diferentes esferas de la sociedad.

En el segundo nivel –el de los que operan sobre el derecho–, mientras el iusnaturalismo exclama *in ius causa esse possitum* (‘la solución sale del caso’), las TCD advierten que las soluciones judiciales no son ya una revelación ante los ojos inertes del juez/a, sino, antes bien, un discurso construido por el mis-

mísimo operador judicial. Esto denota una ingente diferencia respecto del idealismo que presupone que las ideas constituyen el punto de partida de todo acto cognoscitivo. Una perspectiva que postula la existencia *en sí* de las cosas, independientemente de las categorías humanas utilizadas para su aprehensión. Por el contrario, las TCD entienden que el ser humano aporta determinadas categorías de la realidad en el propio acto de conocimiento que inciden en la manera en que se aprehende el objeto. Esto implica reconocer una dualidad entre el objeto en sí y las formas *a priori* del entendimiento humano que median en la captación de la realidad.

Finalmente, hay que destacar que esta forma de abordar al derecho que proponen las TCD es fruto del método comprensivista. Se trata de la metodología propia de las ciencias sociales que entiende a la realidad como socialmente estructurada en la que el intérprete interviene en el acto de conocer un determinado objeto de estudio. El sujeto deja huellas en él. Esto se opone a las afirmaciones propias de una ciencia objetivista que afirma la existencia de verdades especulares a partir de un proceso de conocimiento en el que el sujeto estaría ausente.

Parafraseando a Ruiz, hay un *alguien* sujetado por la noción de *sujeto de derecho*, de *persona*; son sujetos sujetados por un lenguaje que produce exclusiones y justifica distinciones o discriminaciones que la nomenclatura jurídica no nos permite comenzar a vislumbrar.

Por ello, la categoría *sujeto de derecho*, que se nos presenta como un elemento exterior y anterior a la ciencia jurídica y que, en cambio, es justamente creada por el discurso iusnaturalista, debe ser revisada y diseccionada para comprender qué es lo que se juega en la discusión entre algo y alguien, objeto o sujeto, animal o persona.

# La contingencia y el prestador de servicios profesionales en la LDC



Gonzalo González Cobo\*

El siguiente trabajo intentará visibilizar la importancia práctica de la significación en el derecho; daré por sabidos los conceptos fundamentales de la materia que no albergan ninguna dificultad o se encuentran fuera de disputa.

Es sabido que a través del lenguaje los seres humanos organizamos nuestras experiencias y representamos el mundo que compartimos, y que las estructuras lingüísticas “constituyen los criterios cognitivos para representar el mundo” (Cárcova, 2021: 10)

En ese sentido, la tríada *signo*, *significante* –imagen acústica– y *significado* –concepto– permite colmar los significados de los conceptos, entre ellos, los jurídicos.

La relación entre significante y significado resulta arbitraria para De Saussure, aunque Benveniste sostiene que en realidad tal arbitrariedad se constituye entre el significante y la cosa significada, y Barthes entiende que no existe arbitrariedad sino necesidad, ya que la vinculación entre significante y significado emerge de una convención colectiva (Cárcova, 2021: 22-23).

\* Abogado por la Universidad Nacional de La Plata. Especialista en Derecho Procesal Profundizado por la Universidad Notarial Argentina Sede La Plata. Diplomado en Argumentación y Teoría Jurídica por la Universidad Católica de Cuyo Sede San Juan. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Doctorando en Derecho por la Universidad de Morón-Fundación Cijuso y estudiante de la Diplomatura en Corrientes Críticas del Derecho de la Universidad Nacional de José C. Paz.

De aquí parten Laclau y Moïffe para hablar de contingencia, quienes a diferencia de De Saussure, que trajo la arbitrariedad, entienden que la relación mencionada no queda anclada, sino que existe una resignificación constante de cada significante.

Hasta aquí resulta importante comprender que los sintagmas carecen de una esencia propia y que su significación se hace de forma arbitraria, estas cuestiones no están en discusión, sino que vienen dadas desde que De Saussure estableciera los axiomas fundamentales de la lingüística, aunque su postura resulta inconsistente ante el problema del anclaje definitivo, ya que no considera la contingencia.

En ese sentido, Carlos Cárcova (2019: 223) afirma que los signos carecen de estabilidad y pueden variar su sentido al son de las transformaciones sociales; agrega Rorty (1990: 307), desde el giro lingüístico, que las descripciones que hacemos se ajustan “a nuestras necesidades e intereses” y resultan “adecuadas para nuestros objetivos”; esto configura para este autor (1990: 308) la relatividad de las descripciones y la antirrepresentacionalidad del conocimiento.

A esto se suma lo que señala Cárcova, de que, por un lado, la narración es un modo de conocimiento y que el discurso argumentativo, como el del derecho, recurre a ella para hacerlo más accesible y, por otro, que para Foucault el discurso, más allá de la significación y sentido, es una herramienta mediante la cual se produce la verdad y el conocimiento por expresar, en especial en lenguajes especializados, de “una constitución social de lugares de poder” (2021: 10).

Entonces, tenemos que a través del lenguaje representamos el mundo que nos rodea, que los significados y las palabras que utilizamos son arbitrarios pero convencionalmente aceptados, es decir, pudieron llamarse o significarse de cualquier otro modo, que pueden modificarse por cuestiones hegemónicas cuantas veces ocurra, que utilizamos este lenguaje a través del discurso y que este discurso a través de la narrativa establece una verdad, pero que esta verdad a su vez es fruto del resultado de una relación de poder, en definitiva, la realidad, como señala Cárcova, termina siendo “la apariencia que percibe el observador” (2021: 13).

A ello corresponde adicionar las claras advertencias de Alicia Ruiz que, siguiendo a Derrida, afirma que “el discurso del derecho al prescribir, presupone siempre un cierto orden de lo social, una representación de la sociedad y de sus miembros [...] que se acepta como fuera de discusión, como necesario cuando no como universal y permanente” (Ruiz, 2009: 2), pero este discurso no resulta ajeno a todas las cuestiones del lenguaje en general antes mencionadas.

Ahora bien, he encontrado una exclusión en la Ley de Defensa del Consumidor, que permite demostrar que los conceptos jurídicos extraídos de la dogmática jurídica y de la legislación no es que no sean fiables, sino que deben analizarse cuidadosamente al utilizárselos, ya que en su interior alojan cuestiones corporativas o políticas antagónicas en permanente colisión, muchas veces imperceptibles al desprevenido.

El ejemplo para la demostración emerge del artículo 2 de la Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor, que define en su primer párrafo al proveedor como

la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

El fundamento de ello como puede advertirse en cualquier libro de texto es la superioridad técnica respecto del usuario.

Pero la misma norma, en su segundo párrafo, sorprendentemente excluye a las profesionales liberales del régimen de tal ley, cuando la superioridad técnica de cualquier profesional de las leyes, de la medicina, de la arquitectura, de la psicología y de cualquier profesión universitaria resulta probada con el cumplimiento de todas las materias del programa de estudio que permiten obtener el título universitario correspondiente.

El párrafo mencionado para excluir a tales profesionales agrega:

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

desviando cualquier reclamo consumeril hacia las tramitaciones administrativas internas regladas en las respectivas corporaciones profesionales al establecer en la parte final del párrafo mencionado:

Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación,

cuando es sabido que los controles internos colegiales se limitan a un control deontológico del ejercicio profesional, mas no de un análisis de los defectos de la prestación del servicio, que en el ámbito del ejercicio profesional constituyen mala praxis.

Al recabar información acerca de los antecedentes parlamentarios de tal exclusión me encontré con que el proyecto tuvo como cámara de origen al Senado Nacional y fue en la cámara revisora –Diputados– donde un diputado de nombre Raúl E. Baglini –abogado– agregó como observación al proyecto original dicha modificación sin argumento alguno, lo cual fue aceptado en el debate al re-

tornar al Senado sin explicación tampoco;<sup>1</sup> consultados algunos libros de texto se puede verificar que la gran mayoría de la dogmática jurídica local convalida, obviamente sin fundamento, esta exclusión (Wajntraub, 2017: 28 y ss.), y en el debate parlamentario de la Ley N° 26361, modificatoria de la Ley N° 24240, se planteó la cuestión de la exclusión de los profesionales universitarios, ante lo cual el senador Petcoff Naidenoff –también abogado– sostuvo que la misma tiene fundamento en que se trata de obligaciones de medios, que son agentes sociales y que los honorarios tienen carácter alimentario (Mosset Iturraspe y Wajntraub, 2008: 50, nota 20), argumentos todos que dejan aún más en falsete la exclusión, atento la inatingencia de los mismos y, además, porque las obligaciones de medios y resultados no pueden ser un motivo serio, ya que pueden trasladarse a diferentes prestadores de servicios; lo de agentes sociales es totalmente discutible y, finalmente, el carácter alimentario de la retribución es la de cualquier prestador de servicios que ejerce un oficio. En la búsqueda realizada solo unos pocos autores han señalado claramente las causas de este privilegio; en ese sentido se ha expresado que fue “producto de una actitud corporativa” (Lovece, 1998: 9), y que “tiene un tinte “corporativista”, de defensa de ciertas profesiones, consideradas privilegiadas o muy representativas de la “sociedad burguesa” y, por ende, dignas de protección” (Mosset Iturraspe y Wajntraub, 2008: 18).

El lector se preguntará ¿por qué es importante esta cuestión? Pues bien, el sinsentido de la exclusión es que la Ley de Defensa del Consumidor resulta posible aplicarla no solo a las grandes empresas sino a las pymes, a quienes ejercen un oficio y a cualquier cuentrapropista que preste un servicio y no a los profesionales universitarios cuya superioridad técnica resulta incuestionable, lo que genera un privilegio sin fundamento alguno, ya que esta decisión de política legislativa, avalada por la mayoría de la doctrina de los autores, acarrea que los clientes o pacientes de los profesionales universitarios en lugar de tener un trámite sumarisimo para sus reclamos y todas las presunciones establecidas en la Ley N° 24240, deban tramitar un proceso ordinario, que aunque con los años ha ido morigerando la carga probatoria, intenta tratar como iguales a sujetos que se encuentran en lo técnico con diferencias abismales.

El definitiva, el significado de prestador de servicios de la Ley de Defensa del Consumidor ha sido desmembrado sin fundamento válido para crear la exclusión de los profesionales universitarios, recorte que se sostiene en una decisión autoritaria y corporativa del legislador que crea un privilegio para los profesionales universitarios ocasionando una notoria violación de la igualdad ante la ley con otros prestadores.

Esta exclusión sin fundamento resulta contingente.

## Referencias bibliográficas

Cárcova, C. M. (mayo-agosto de 2019). Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, 64(2), 211-226. Recuperado de <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/68281> DOI:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.68281>

---

<sup>1</sup> Revista *Antecedentes Parlamentarios*, Año I, (1), noviembre de 1994, pp. 63/64 y 88.

- Cárcova, C. M. (2021). *Semiosis y derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Lovece, G. (agosto de 1998). La contratación profesional. Publicidad y oferta. Ley de Defensa del Consumidor. *Revista del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Quilmes* (7).
- Mosset Iturraspe, J. y Wajntraub, J. H. (2008). *Ley de defensa del consumidor Ley 24240*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Rorty, R. (1990). *El giro lingüístico*. Buenos Aires: Paidós.
- Ruiz, A. (2009). *No hay como construir una "perfecta" traducción del derecho. Interpretar no es traducir*. (Ponencia). VIII Encontro do Grupo Caiña, 11, 12 y 13 de febrero de 2009, Teresópolis, Brasil.
- Wajntraub, J. H. (2017). *Régimen jurídico del consumidor* (comentado). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.





# Cuidar y estudiar: ¿un derecho o un privilegio?

## Barreras y desafíos en el acceso a la educación de quienes cuidan



Mercedes Isabel Martínez\*

*Eso que llaman amor es trabajo no pago.*

(Silvia Federici)<sup>1</sup>

Una reciente solicitud de Opinión Consultiva (en adelante, OC) a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) por parte de Argentina,<sup>2</sup> motivó la apertura de un debate postergado y necesario: el derecho al cuidado como derecho humano autónomo y su efectivo ejercicio, en condiciones de igualdad.<sup>3</sup> En particular, el Estado argentino solicitó una OC sobre “*El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos*”. Desde el Ministerio de Mujeres, Género y Diversidades y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto trabajaron en conjunto en las razones de la solicitud de OC y partieron de la desigualdad de género, con el propósito de arribar a estándares más justos en materia de cuidados. En la solicitud de OC, Argentina definió las tareas de cuidado como

\* UNPAZ:

1 Silvia Federici (Parma, Italia, 24 de abril de 1942) es una filósofa, historiadora, escritora, profesora, activista feminista y marxista italo-estadounidense. En los años setenta fue una de las impulsoras de las campañas que comenzaron a reivindicar un salario para el trabajo doméstico realizado por las mujeres sin ninguna retribución ni reconocimiento.

2 Solicitud de Opinión Consultiva a la Corte IDH de parte del Estado Argentino. 2023.

3 Audiencia Pública de OC sobre El contenido y el alcance del derecho al cuidado. Audiencia Pública de OC sobre El contenido y el alcance del derecho al cuidado (2/1). Audiencia Pública de OC sobre El contenido y el alcance del derecho al cuidado (1/3).

las tareas destinadas al bienestar cotidiano de las personas, tanto en lo material, económico y moral, como en lo emocional. Abarcan desde la provisión de bienes para la vida —como la alimentación, la limpieza y la salud—, hasta el apoyo y la transmisión de conocimientos, valores sociales, costumbres, hábitos y prácticas mediante procesos relacionados con la crianza. En otras palabras, son las tareas necesarias para la existencia de las sociedades y para el bienestar general de las personas.<sup>4</sup>

Laura Pautassi,<sup>5</sup> catedrática especialista en derecho al cuidado, señaló algunas particularidades del derecho al cuidado y destacó que es un derecho que pone el foco de atención en la persona, comprende el derecho a brindar cuidados, el derecho a ser cuidado y el derecho al autocuidado; además, es un derecho universal que indefectiblemente está conectado a otros derechos, es decir, es interdependiente. Así, está vinculado al derecho a la salud entendida como “un estado de completo bienestar físico, mental, social, ambiental y espiritual; y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, y a la vida digna debido a que “el contenido de este derecho se viola también cuando se omite generar condiciones que posibiliten la existencia digna” (Beloff y Clérico, 2016). El cuidado es un derecho claramente transversal, dado que incluye todo el ciclo de vida de una persona con distintos grados de dependencia (Pautassi, 2018); aun así, no se termina de considerar al cuidado como trabajo y al trabajo atravesado por una división sexual, que no solo lo configura como injusto, sino que no garantiza el ejercicio de la autonomía de las mujeres (Pautassi, 2018: 727).

En otras palabras, la responsabilidad por las tareas de cuidado de grupos vulnerables, como niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA, o niñeces), personas con discapacidad y/o adultos mayores recae principalmente en las mujeres,<sup>6</sup> entre otros actores del escenario social: cuidadoras/es, enfermeras/os, niñeras/os, docentes, (por cierto, con sobrerrepresentación de mujeres). Tales tareas o trabajos de cuidado, fundamentales para la sociedad, están claramente relegadas al ámbito privado de las familias y en menor medida al ámbito público.

En este escenario, las mujeres que ejercen tareas de cuidado y asisten a centros educativos o tienen deseos de continuar y finalizar sus estudios secundarios, terciarios o universitarios se encuentran limitadas y, en muchos casos, imposibilitadas para acceder y ejercer su derecho a la educación. De esta manera, se presenta un claro conflicto entre derechos: por un lado, el derecho al cuidado y, por otro, el acceso a la educación. Aun cuando el derecho al cuidado es un derecho universal que se interrelaciona con otros derechos, como el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la salud, entre otros, al mismo tiempo los trasciende. Por ello, es necesario que los Estados adopten acciones concre-

4 Solicitud de Opinión Consultiva del Estado Argentino a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 1.

5 Laura Pautassi es abogada por la Universidad Nacional de Córdoba; ha realizado estudios de Ciclo Superior y Doctorado en Sociología y Teoría Política en la Universidad Libre de Berlín (FUB), Alemania; es especialista en Planificación y Gestión de Políticas Sociales por la Universidad Nacional de Buenos Aires y doctora en el área de Derecho Social por la misma Universidad.

6 Si bien, no es tema del presente trabajo, no hay investigaciones suficientes respecto a los impactos de las tareas de cuidado en la población LGBTIQ+ y el rol específico que ella desarrolla. Por ello es preciso plantear la necesidad de un compromiso colectivo hacia la representatividad de todas las identidades en este tema (CELS y otros, 2023).

tas para quienes están impactadas por esta realidad, a fin de lograr un efectivo ejercicio del derecho a la educación en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Para dialogar mejor con estas ideas, me gustaría destacar dos aspectos centrales respecto al derecho al cuidado; el primero de ellos es que es un derecho reconocido en el *corpus* de derechos humanos, aunque no de manera autónoma. En este sentido, la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>7</sup> en su artículo 7, señala que “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”. Asimismo, la Convención de los Derechos del Niño establece en su artículo 18 que los Estados partes “se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios”.<sup>8</sup> Por otra parte, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores,<sup>9</sup> en su artículo 12 dispone que “La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud”, un sistema con perspectiva de género; a su vez, los Estados tienen el deber de diseñar medidas de apoyo a las familias y a sus cuidadoras. La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad<sup>10</sup> dispone, en el artículo 3, que los Estados deben adoptar medidas en la prestación de bienes y servicios, que favorezcan la integración de las personas con discapacidad, para evitar la discriminación. Aun cuando el derecho al cuidado está presente en distintos instrumentos de tutela internacional, el primer documento que aplicó este enfoque fue presentado en la X Conferencia Regional de la Mujer de América Latina y el Caribe,<sup>11</sup> celebrada en la ciudad de Quito en el año 2007 (Pautassi, 2018: 730).

El segundo aspecto a destacar es que no es posible analizar el derecho al cuidado sin tener presente la desigualdad entre varones y mujeres, una desigualdad que comenzó a medirse especialmente en el ámbito público y, en particular, en el campo laboral. En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) elaboró un informe que plantea la distribución de las licencias y servicios de cuidado para una mayor igualdad en el mundo del trabajo (OIT, 2022). No obstante ello, es muy reciente la visibilización de las tareas de cuidado en el ámbito privado. Las tareas de cuidado, como anunciamos previamente, fueron asignadas a las mujeres, como parte de una construcción social y cultural, en el marco de una sociedad que impone ciertos estereotipos de género como mandatos sociales. En otras palabras, los trabajos de cuidado son trabajos feminizados, algunas veces remunerados (aunque muy precarizados), pero no remunerados en la mayoría de los casos (CELS y otros, 2023: 5).

7 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 7. Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

8 Convención Sobre los Derechos del Niño, artículo 18.

9 Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, artículo 12. Adoptada en Washington en junio del 2015, entró en vigor en enero del 2017.

10 Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo 3. Fue adoptada el 7 de junio de 1999 por la Asamblea General de la OEA.

11 Los países de América Latina y el Caribe se reúnen, a partir de la representación de los mecanismos para el adelanto de la mujer (MAM) de manera sistemáticamente desde hace 40 años para debatir temas de género, promover consensos y acompañar la toma de decisiones para la promoción y ejercicio de la autonomía de las mujeres en el marco de la Conferencia de la Mujer.

Recientes estudios de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) nos indican que las mujeres dedican un 19,6% de su tiempo al trabajo doméstico y de cuidados (no remunerados) en un promedio de 4 horas diarias, mientras que los hombres les dedican apenas un 7,3%, utilizando en promedio una hora por día (CEPAL, 2022). Del mismo modo, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo de la República Argentina (INDEC), en un relevamiento del año 2021, llevó adelante la Primera Encuesta Nacional del Uso del Tiempo (ENUT 2021), la cual dio como resultado que las mujeres dedican el doble de tiempo al cuidado de hijas/os y miembros del hogar y al trabajo no remunerado respecto de los hombres (Passini, 2022).

Un informe de la OIT señala, además, que el trabajo de cuidado comprende dos tipos de tareas: las de cuidado directo, personal y relacional, como dar de comer a las/os hijas/os, cuidar al cónyuge enfermo y, por otra parte, las tareas de cuidado indirecto como lo son cocinar o limpiar (OIT, 2019: 1). Asimismo, el documento indica que la mayoría del trabajo de cuidado en todo el mundo, tanto el remunerado como el no remunerado, es realizado por mujeres y niñas de poblaciones desfavorecidas. Respecto al trabajo remunerado, las tareas de cuidado están relegadas a mujeres, con frecuencia migrantes (otro grupo vulnerable), quienes padecen de precarización laboral y trabajan a cambio de salarios muy bajos.

No es un dato menor afirmar que el trabajo no remunerado representa una enorme contribución a la economía a nivel mundial, según información producida por el Observatorio de Igualdad de Género de la CEPAL: en 6 países de la región que han medido el aporte de la economía del cuidado al PIB, se ha encontrado que esta representa entre el 15,2% y 22,95 del PIB de cada país (CEPAL, 2019). Resulta lamentable que esto no alcance para un mayor reconocimiento, visibilización y valoración de los trabajos de cuidado. Es importante su desarrollo como un derecho humano, con características propias, a fin de favorecer el logro de medidas concretas por parte de los Estados y reducir la brecha de desigualdad en la distribución de las tareas de cuidado, conforme a los avances de la sociedad.

Los modelos de familias también inciden en la redistribución de las tareas de cuidado. Algunas/os autoras/es aluden al enunciado “derecho de la(s) familia(s)”, es decir que no solo debe atenderse a las familias biparentales mujer-hombre,<sup>12</sup> sino también a las familias monoparentales con parientes o sin parientes, y los otros, muchos tipos de familia. Conforme a las fuentes existentes, podemos observar que en todas las estructuras familiares se repite la desigualdad: las mujeres destinan el doble de tiempo a las tareas de cuidado respecto a los hombres. Así, “las familias reproducen las asimetrías de poder y las dinámicas patriarcales que operan respecto a los cuidados, lo que impide su distribución un poco más igualitaria” (Pautassi, 2023). En este contexto, es importante dejar de romantizar a las familias, las cuales, en su mayoría, son un centro de desarrollo de una estructura desigual en cuanto a la desigual distribución de las tareas de cuidado. Esping-Andersen<sup>13</sup> analiza el cuidado bajo la óptica Estado-familia-mercado; a partir de ello, podríamos incorporar la idea de “desfamiliarización”, es decir, que las

12 La mayoría de los documentos existentes sobre cuidados abordan al género en términos binarios (CELS y otros, 2023).

13 Gøsta Esping-Andersen (nacido en 1947 en Næstved) es un sociólogo danés autor de muchos libros sobre la materia. Su interés principal en este campo es el estado de bienestar y su papel en las economías capitalistas.

políticas sociales deben tender a que, así como el cuidado se escapa a la lógica del mercado, del mismo modo, “el cuidado debe exteriorizarse del ámbito familiar para no reproducir y reforzar discriminaciones de género”.<sup>14</sup>

Por otra parte, como señalé al comienzo, y como eje central de este trabajo, los derechos de quienes cuidan pueden verse afectados en distintos ámbitos, como, por ejemplo, el educativo. Para desarrollar mejor esta idea, me enfocaré en la diferencia entre tiempo de cuidado y tiempo de disposición; mientras que el primero fue desarrollado sucintamente, en el segundo nos referimos al tiempo “expectante”. Es el tiempo en el que quienes cuidan deben estar alertas ante alguna eventualidad respecto a quienes están bajo su cuidado

el tiempo de disposición también afecta el desarrollo profesional, el trabajo, la diversión, el descanso, el estudio y todos los otros aspectos específicos y personales del progenitor que cuida. Ya que este se encuentra siempre expectante, en los tiempos modernos, además, con el celular a mano; siempre atento a que puede ser requerido para auxiliar al hijo (Passini, 2022).

En este sentido, el acceso a la educación se ve menoscabado muchas veces por no contar o bien con el tiempo de disposición, o con los medios económicos para solventar una ayuda para redistribuir las tareas de cuidado. Recordemos que uno de los principios del derecho a la educación es el de la accesibilidad en igualdad de condiciones (Rey y Muñoz, 2023); asimismo, la Ley N° 26206 de Educación Nacional, en su artículo 11, inciso f, indica que se deben “asegurar las condiciones de igualdad respetando las diferencias entre las personas, sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo”. Por otra parte, el artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) señala en la misma línea “el derecho a la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”. El derecho a la educación no puede garantizarse de forma aislada sin que se contemplen factores tales como la pobreza, la discriminación, la desigualdad social (Rey y Muñoz, 2023), que impactan en la finalidad de garantizar el derecho de aprender. De igual manera, los trabajos de cuidado pueden llegar a limitar el acceso a la educación de las mujeres con respecto a los varones, debido a que no se puede hablar de igualdad de condiciones.

En el mismo sentido la ex Relatora Especial de la ONU sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos, Magdalena Sepúlveda, señaló en cuanto al derecho a la educación y la influencia de las tareas de cuidado:

14 Fundación Urbe (marzo de 2021). Feminismos | Documentos de trabajo sobre problemáticas comunes al AMBA.

el impacto puede comenzar desde una edad temprana, causando daño irreparable a las oportunidades de las niñas. Las niñas pueden ser retiradas de la escuela para llevar a cabo el trabajo de cuidado en el hogar, o la carga desproporcionada de estas tareas pueden afectar el tiempo y la energía que pueden dedicar a las tareas escolares, lo que obstaculiza su progreso en relación con los niños. En la edad adulta, las mujeres tienen menos acceso a la formación y la educación a causa de su trabajo de cuidado.<sup>15</sup>

Si bien el presente trabajo no está dirigido exclusivamente al vínculo entre derecho al cuidado y un nivel educativo en particular, me gustaría destacar algunos proyectos que, considero, favorecen el desarrollo del aprendizaje en la educación superior en contextos de cuidado, y que constituyen posibles respuestas [mínimas] a la problemática planteada en este trabajo. Uno de ellos, lo lleva adelante una universidad que forma parte del conjunto de las llamadas “universidades del conurbano”, la Universidad de General Sarmiento (UNGS), en el Partido de Malvinas Argentinas, Buenos Aires (Argentina). Allí se lleva adelante una escuela para la primera infancia con jornadas simples o completas,<sup>16</sup> cuentan con lactarios (de 45 días a 12 meses), deambuladores (de 12 a 24 meses) y sala de dos, tres, cuatro y cinco años. Además de ello, cuenta con una

Sala de Juegos Multiedad”: “Se trata de un espacio cuyos escenarios lúdicos son apropiados para que niñas y niños de diversas edades puedan jugar y contar con el acompañamiento de personal que atienda a su cuidado en un ambiente receptivo y estimulante, que los agrupe de acuerdo a sus intereses de juego más que a su edad”. Además, “La concurrencia de los niños y niñas se establecerá en función de las necesidades de sus familias y contemplará tanto situaciones que no supongan alguna regularidad, así como las que permitan establecer ciertas pautas para la asistencia.<sup>17</sup>

De esta manera, cuentan con una modalidad de asistencia circunstancial, otra de asistencia sistemática y la escuela infantil. Así, se contemplan los tiempos de cada niña/o al igual que la organización familiar para asistir al establecimiento

Para el ingreso de las/os niñas/os se tendrá en cuenta, principalmente, el ciclo de la carrera y la cantidad de asignaturas que se encuentre cursando el padre/madre (para el caso de las/os estudiantes de la UNGS), el tiempo de dedicación del padre/madre (para el caso del personal de la UNGS), la situación familiar y la concurrencia de algún hermano/o al momento de la inscripción que continúe durante el primer año de cursada del nuevo niña/o inscripto.<sup>18</sup>

15 OHCHR (2013). Declaración de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos: 68º Período de Sesiones de la Asamblea General.

16 Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS) Escuela Infantil. En funcionamiento desde el año 2009.

17 Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS). Escuela Infantil. En funcionamiento desde el año 2009.

18 Universidad Nacional de General Sarmiento. Reglamento de Escuela Infantil. 2009.

En este mismo orden de ideas, La Universidad de la Plata, en el marco del programa Igualdad de Oportunidades para Estudiar, otorga becas para estudiantes con hijas/os; el beneficio está destinado para quienes tienen hijas/os entre 45 días y cinco años: “La UNLP busca colaborar de esta manera en la cobertura de los costos destinados a su cuidado, ya sea en establecimientos especializados para tal fin o a cargo de una persona”.<sup>19</sup> En este aspecto, es importante subrayar, que la desigualdad se profundiza aún más cuando quienes cuidan son personas de bajos recursos. Así lo indicó Magdalena Sepúlveda en el año 2013:

Las mujeres que viven en la pobreza suelen dedicar más tiempo al trabajo de cuidado no remunerado porque no pueden pagar la tecnología que les permitiría ahorrar tiempo o ayuda externa y tienen un acceso limitado a los servicios públicos y las infraestructuras que pueden aliviar la carga de tiempo y la monotonía.<sup>20</sup>

Lo dicho nos permite dar cuenta de que las cuestiones de género se intersectan con otros factores de desigualdad como la pobreza y la discriminación en un contexto de tareas de cuidado. Muchas mujeres no disponen de ingresos propios, lo cual les impide el ejercicio de su autonomía económica. Esto no significa que no trabajen, sino que lo hacen de manera no remunerada (Pautassi, 2018: 720). Debido a la afectación en la disponibilidad del tiempo, muchas<sup>21</sup> se ven perjudicadas para llevar actividades de autocuidado, tiempo de ocio, educación, además de limitar su participación en las esferas políticas, sociales y económicas (CELS y otros, 2023: 4).

Aunque no dejan de ser casos episódicos, estas propuestas nos invitan a avanzar hacia una salida a nuestra problemática y contribuyen a divisar acciones alentadoras que permitan, a quienes cuidan, continuar con sus estudios superiores; sin embargo, resultan insuficientes. Por este motivo, y con el fin de dar una respuesta estructural a nuestra problemática, el reconocimiento del derecho al cuidado como derecho humano conlleva a crear estándares y principios fundamentales para que los Estados garanticen su reconocimiento. Así, los Estados tienen el deber de llevar a cabo medidas de carácter inmediato, para redistribuir las tareas del cuidado focalizadas en las mujeres y que constituyen una desigualdad estructural. Una desigualdad que vulnera un principio esencial del derecho internacional de los derechos humanos: el de igualdad y no discriminación, una igualdad que necesita ser regulada en el ámbito privado.<sup>22</sup> En este aspecto, el enfoque de derechos humanos aplicado al cuidado se basa en un conjunto de principios y estándares jurídicos, como i) universalidad; ii) la obligación de garantizar el contenido mínimo de los derechos; iii) la obligación para los Estados de implementar acciones y medidas que reconozcan la progresividad en sus acciones y consiguiente prohibición de aplicar medidas o acciones regresivas; iv) el deber de garantizar la participación ciudadana; v) el principio de

19 Universidad Nacional de la Plata. Becas.

20 OHCHR (2013). Declaración de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos: 68º Período de Sesiones de la Asamblea General.

21 Me permito hablar en femenino debido a las razones ya expuestas respecto a quienes llevan adelante los trabajos de cuidado.

22 Pautassi, L. (30 de octubre de 2023). Conferencia magistral.

igualdad y no discriminación; vi) acceso a la justicia; vii) acceso a la información pública, viii) participación social y empoderamiento de las personas titulares de derechos (Pautassi, 2023).

Asimismo, el derecho a la educación es parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En este aspecto, los Estados tienen obligaciones respecto a los DESCAs en principio de respetar, proteger y dar cumplimiento. Además,

más allá de la realización paulatina de los derechos y restricciones que surgen de la limitación de los recursos con los que se cuentan, existen obligaciones de cumplimiento inmediato: los Estados deben garantizar los derechos sin discriminación, adoptar medidas y garantizar un umbral mínimo de cada uno de los derechos (Rey y Chertcoff, 2023).

Es decir, los Estados deben garantizar el derecho a la educación de todas y todos sin discriminación.

En suma, todas las personas necesitamos o necesitaremos del cuidado a lo largo de nuestra vida, sobre todo NNA, personas con discapacidad y adultos mayores. Por ello, es necesario socializar los cuidados y que vuelvan a ser responsabilidad de la sociedad, “Las políticas transformadoras y el trabajo de cuidados decente son fundamentales para asegurar un futuro del trabajo que se apoye en la justicia social y promueva la igualdad de género para todos” (OIT, 2019: 2). Es necesario que se garantice el ejercicio real de este derecho para derribar estructuras y caminar hacia una igualdad tangible.

Habrà que por fin desprejuiciarse y rediseñar los patrones culturales arraigados (o encriptados) a través de nuestro desarrollo cultural que no queda ajeno a las interpretaciones de quienes dirigen el Poder Judicial. Ni las progenitoras se convierten en “malas madres” por no sucumbir a su rol histórico de lo doméstico, ni los progenitores deben ser menoscabados por su intención de conformar nuevas masculinidades y asumir un verdadero compromiso del cuidado (Passini, 2022).

Finalmente, respecto al interrogante inicial del presente trabajo: “Cuidar y estudiar: ¿es un derecho o un privilegio?”, la respuesta que brindamos es que estudiar para quienes cuidan es un derecho humano consagrado en el derecho internacional, sin embargo y lamentablemente, en la actualidad, en lo concreto, resulta ser un privilegio para unas pocas, debido a las múltiples barreras mencionadas a lo largo de este trabajo, que representan una desigualdad estructural en general y de género(s) en particular. El desafío es reducir esas barreras a partir de estándares y principios que obliguen a los Estados a una redistribución más justa e igualitaria de los trabajos de cuidado y así lograr una real y efectiva igualdad de oportunidades para todas. Después de todo, y como indicó Magdalena Sepúlveda, el cuidado debe ser entendido como una responsabilidad social y colectiva, crucial para el desarrollo basado en los derechos humanos y la reducción de la pobreza en todos los países (OHCHR, 2013).



## Referencias bibliográficas

- Argentina - Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (20 de enero de 2023). Solicitud de Opinión Consultiva de Argentina a la Corte IDH. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc\\_2\\_2023\\_es.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_2_2023_es.pdf)
- Beloff, M. y Clérico, L. (junio de 2016). Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Estudios Constitucionales*, (1), 139-178. Recuperado de <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/105736>
- CELS y otros (7 de noviembre de 2023). Observaciones a la Solicitud de Opinión Consultiva sobre “El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos”. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-31/27\\_CELSyotros.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-31/27_CELSyotros.pdf)
- CEPAL (2007). Décima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Quito, Ecuador, 6 al 9 de agosto de 2007. Recuperado de <https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/consensodequito.pdf>
- CEPAL (2019). Repositorio de información sobre uso del tiempo de América Latina y el Caribe. Recuperado de [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2019-10\\_repositorio\\_uso\\_del\\_tiem po\\_esp.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2019-10_repositorio_uso_del_tiem po_esp.pdf)
- CEPAL (2022). Es momento para cambios transformacionales como el que propone la sociedad del cuidado. XV Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Recuperado de <https://conferenciamujer.cepal.org/15/es/noticias/cepal-es-momento-cambios-transformacionales-como-que-propone-la-sociedad-cuidado>
- Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México (19 de octubre de 2023). CDHCM celebra que, por primera vez, la SCJN aborde los cuidados como un derecho humano. Recuperado de <https://cdhcm.org.mx/2023/10/cdhcm-celebra-que-por-primera-vez-la-scn-aborde-los-cuidados-como-un-derecho-humano/#:~:text=19%20de%20octubre%20de%202023,a%20cuidar%20y%20al%20autocuidado>
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (22 de noviembre de 1969). Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999). Adoptada el 7 de junio de 1999 por la Asamblea General de la OEA. Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>
- Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015). Artículo 12. Adoptada en Washington en junio del 2015, entró en vigor en enero del 2017. Recuperado de [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_a-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf)
- Convención Sobre los Derechos del Niño (1989). Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>
- Fundación Urbe (marzo de 2021). Feminismos. Documentos de trabajo sobre problemáticas comunes al AMBA. Recuperado de <https://urbe.com.ar/wp/wp-content/uploads/2021/03/Dossier-Feminismo-URBE.pdf>
- Gherardi, N. y Zibecchi, C. (2011). El derecho al cuidado: ¿Una nueva cuestión social ante los tribunales de justicia de Argentina?. *Revista Política*, 49(1), 107-138. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/645/64522754005.pdf>

- Güezmaes García, A. y Vaeza M. N. (coords.) (2023). Avances en materia de normativa del cuidado en América Latina y el Caribe. Hacia una sociedad del cuidado con igualdad de género. ONU - CEPAL. Recuperado de [https://lac.unwomen.org/sites/default/files/2023-03/S2201160\\_es.pdf](https://lac.unwomen.org/sites/default/files/2023-03/S2201160_es.pdf)
- OEA-CIDH (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>
- OHCHR (23 de octubre de 2013). Declaración de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos: 68° Período de Sesiones de la Asamblea General. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/statements/2014/02/statement-special-rapporteur-extreme-poverty-and-human-rights-68th-session>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2019). El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente. Recuperado de [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms\\_633168.pdf](https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_633168.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2022). Los cuidados en el trabajo. Invertir en licencias y servicios de cuidados para una mayor igualdad en el mundo del trabajo. Resumen ejecutivo. Recuperado de [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms\\_850638.pdf](https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_850638.pdf)
- Passini, F. (noviembre de 2022). Proceso de Alimentos. La valoración del tiempo de cuidado y del tiempo de disposición. *Temas de Derecho Procesal*, (11), 823-832. Ediciones de la Lenga.
- Pautassi, L. (2018). El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 68(272-2), 717-742. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67588>
- (2023). El derecho al cuidado. De la conquista a su ejercicio efectivo. Friedrich Ebert Stiftung. Recuperado de <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/mexiko/20144.pdf>
- (18 de abril de 2023). Derecho al cuidado ¿Qué significa? (video). Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=1VM0xT\\_HBWw](https://www.youtube.com/watch?v=1VM0xT_HBWw)
- (30 de octubre de 2023). El cuidado como derecho humano. Conferencia Magistral de la Dra Pautassi. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=BgYCbknEIjs>
- Rey, S. y Chertcoff, M. (2023). Introducción a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En S. Rey (coord.), *Manual de derechos humanos*. Tomo II (pp. 149-169). Recuperado de <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/97>
- Rey, S. y Muñoz, R. (2023). Derecho a la educación. En S. Rey (coord.), *Manual de derechos humanos*. Tomo II (pp. 297-317). Recuperado de <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/book/97>
- Sudestada. Otro periodismo (2020). Eso que llaman amor. Editorial Sudestada. Recuperado de <https://www.editorialsudestada.com.ar/eso-que-llaman-amor/>
- UNESCO (agosto de 2023). El derecho a la educación superior. Recuperado de <https://www.iesalc.unesco.org/el-derecho-a-la-educacion-superior/>
- Universidad Nacional de General Sarmiento (Página Oficial). Escuela Infantil. Recuperado de <https://www.ungs.edu.ar/bienestar/escuela-infantil/escuela>

# Neoconstitucionalismo y reforma estructural

## Operatividad para garantizar derechos desde la perspectiva del poder judicial



*Julieta Martínez Molto\**

En este trabajo intentaré demostrar que el neoconstitucionalismo y la reforma estructural tienen relación directa y conceptualmente persiguen el mismo fin: el pleno ejercicio de derechos constitucionales. A partir del desarrollo de estos conceptos centraré el análisis desde el rol del Poder Judicial y su función teniendo en cuenta los cuestionamientos referidos a la división de poderes y las posibles intromisiones de las decisiones de los tribunales.

¿Podríamos hablar de reforma estructural si no existiera el neoconstitucionalismo como corriente jurídica?, ¿es la reforma estructural una de las formas de llevar a la práctica el neoconstitucionalismo?, ¿es el neoconstitucionalismo el que le da más protagonismo al Poder Judicial o es el ordenamiento jurídico el que le exige al Poder Judicial mayor protagonismo en la interpretación de los derechos humanos?, ¿son las decisiones judiciales cuando tratan de derechos sociales, económicos y culturales una amenaza a la división de poderes? A lo largo de este trabajo procuraré contestar estas preguntas.

### El neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo es una corriente jurídica-doctrinaria que surge después de la Segunda Guerra Mundial, “que tiene su origen y desarrollo en el marco de la tradición constitucional europea de los últimos 50 años” (Santiago, 2008: 3). El constitucionalista mexicano Miguel Carbonell propone

\* UBA - UNPAZ.

desarrollar el concepto partiendo de tres niveles de análisis (Carbonell, 2018): 1) Un nuevo modelo de constitución. Constituciones materializadas, con normas materiales de actuación de los poderes del Estado. Se convierten también en catálogos de los derechos fundamentales. Estas nuevas constituciones son materia de análisis del neoconstitucionalismo. 2) La forma de interpretar los textos constitucionales. En las constituciones “materializadas” existen muchos principios que requieren técnicas de interpretación como la ponderación del derecho, principio de proporcionalidad, principio *pro homine*. 3) Implica una nueva teoría del derecho, una nueva forma de estudiar el fenómeno jurídico. No solo se trata de la tarea descriptiva que debe realizar el jurista sino también de una dimensión prescriptiva, el jurista debe señalar lo que el derecho debe ser en el marco de las antinomias que se presentan en el sistema o de las lagunas del derecho, en sistemas con mandatos constitucionales de leyes que deben existir y no siempre se encuentran. Implica una interpretación más sofisticada.

Partiendo del concepto de que las constituciones surgidas después de la Segunda Guerra Mundial amplían el espectro de derechos, es claro que el rol de cada órgano del Estado debe adaptarse al nuevo ordenamiento.

El neoconstitucionalismo plantea y promueve una nueva relación del Poder Judicial con los demás órganos de gobierno y con la sociedad civil para el logro de la vigencia efectiva de los derechos humanos. Los jueces deben controlar y aun suplir a los demás poderes para garantizar los derechos y hacer efectivas las promesas constitucionales (Santiago, 2008: 13).

Se podría afirmar, entonces, que frente a un nuevo esquema de derechos, frente a una nueva mirada social y cultural de la humanidad que se materializa a través de las constituciones, cada poder del Estado debe cumplir con los mandatos constitucionales y desde el cumplimiento de esos mandatos y reconocimientos de derechos actuar en el marco de sus facultades. Si el positivismo analizaba el derecho desde la perspectiva de la validez del ordenamiento jurídico y el neoconstitucionalismo suma al análisis la validez desde la perspectiva del cumplimiento de los derechos humanos, es entonces en función de un contexto histórico-social que define un nuevo modelo que reconoce derechos y los plasma en los textos constitucionales.

El jurista latinoamericano Miguel Carbonell plantea tres niveles desde donde conviene analizar el neoconstitucionalismo. Estos son 1) Los textos constitucionales (aquellos textos que surgen después de la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad. El autor cita varios ejemplos de Europa y Latinoamérica teniendo en cuenta las reformas constitucionales de los últimos 35 años en América Latina). 2) Desarrollos teóricos (desarrollo y análisis de la ciencia jurídica). 3) Prácticas jurisprudenciales, nivel que desarrollaré con detenimiento a continuación.<sup>1</sup>

Prácticas jurisprudenciales. El autor afirma que

---

<sup>1</sup> Carbonell, Miguel (09/05/2011) [http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos\\_pub/view/101](http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/view/101)

en parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. [Los jueces] han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo.<sup>2</sup>

A partir de estos nuevos textos muchos valores se encuentran constitucionalizados, a diferencia, por ejemplo, de los textos más antiguos como es la Constitución de Filadelfia (1787), que simplemente no tenía derechos en su texto (Carbonell, 2020).

El jurista y filósofo español Manuel Atienza plantea que en el centro del debate jurídico se encuentran dos cuestiones que involucran la jurisdicción, el neoconstitucionalismo y el activismo jurídico. Considera que el neoconstitucionalismo parte de un error conceptual. El error conceptual parte de olvidarse del carácter autoritativo del derecho, y que a partir del neoconstitucionalismo los jueces creen que se pueden olvidar de las fuentes y dirigirse directamente a la Constitución; en ella encuentran siempre algún artículo que se acomode a su pensamiento y que le sirve para defender puntos de vista diferentes a los que se encuentran en los códigos o en otras fuentes del derecho. Según Atienza, quienes siguen esta corriente creen que el derecho consiste solamente en principios y que se pueden entender de cualquier manera, que en el derecho no hay límites. Neoconstitucionalismo y activismo judicial van de la mano, el activismo judicial atenta contra la división de poderes (Atienza Rodríguez, 2020). En mi opinión, el argumento que da es de carácter netamente ideológico y sin relevancia a los fines de este trabajo.

Los jueces toman gran relevancia, dado que el ordenamiento jurídico debe estar garantizado. Y aquí viene la discusión relativa a la división de poderes y a la intromisión que se puede dar por parte del Poder Judicial. El incumplimiento normativo o el abuso de poder se pueden dar más allá de la corriente en la que estemos situados. El sistema no es perfecto. Es por esto mismo que existen normas y reglas que controlan y ponen límites. Analizando desde el texto constitucional argentino, habiéndose obligado el Estado en diversos tratados internacionales, el control por parte del Poder Judicial es un eslabón más del funcionamiento institucional (entre otros) para que el Estado no incurra en responsabilidad-internacional-frente-a-eventuales-incumplimientos. Ahora bien, la pregunta que surge es, ¿se ve alterada la división de poderes frente a un poder judicial que forma parte de un sistema donde se deben garantizar y proteger determinados derechos, o es el neoconstitucionalismo una corriente que obliga también a garantizar esos derechos con especial atención a la división de poderes? Supongamos el siguiente caso: el derecho a la salud, es un derecho reconocido en la Constitución Nacional. Un ciudadano recurre al Poder Judicial por no ver garantizado su acceso a un tratamiento médico; si el Poder judicial no respondiera, ese ciudadano, que recurre a tribunales porque ve uno de sus derechos fundamentales afectado, como consecuencia podría encontrar como resultado extremo la muerte. Si en cambio el Poder Judicial responde y ordena al Ejecutivo una respuesta, podría ser analizado como una intromisión por parte de un poder a otro en cuanto a la decisión de Gobierno o como una respuesta al ciudadano que como resultado podría evitar

<sup>2</sup> Carbonell, Miquel (09/05/2011) [http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos\\_pub/view/101](http://diccionario.pradpi.es/index.php/terminos_pub/view/101)

la muerte. Pero, a la misma vez, pensando al Ejecutivo como administrador de recursos escasos, podría interpretarse como un entorpecimiento a la acción judicial. Sin embargo supongamos que por la escasez de recursos materiales la administración no otorgaba el tratamiento, ¿qué alternativa tiene el ciudadano más que recurrir al Poder Judicial que frente a la Constitución Nacional, no solo debe ser la última instancia para ver ese derecho garantizado, sino también que en función de esa Constitución encuentra su ámbito de acción y facultades? Si el neoconstitucionalismo se da a partir de nuevas constituciones con mayores derechos y valores en el marco de la división de poderes y del normal funcionamiento de la república, cada cual debe cumplir su rol en un sistema que se complementa a partir de lo que política y socialmente se ha decidido plasmar en el texto constitucional. Para que esos derechos reconocidos no sean meramente declarativos es necesario que exista justamente división de poderes. La posible intromisión que pueda ejercer el Poder Judicial, ya sea con medidas del Poder Ejecutivo o declarando inconstitucional una ley dictada por el Poder Legislativo, deberá ser resuelta no solo por la vía institucional sino también y principalmente desde la política.

En el texto “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales” de Abramovich y Courtis (2008: 973), los autores contraponen la “teoría tradicional”, que considera a los derechos sociales como normas programáticas que no reconocen derechos, que no son justiciables. En el texto los autores desarrollan la línea de argumentación tradicional la cual plantea que los derechos sociales (ej. prestaciones de salud, vivienda, educación) “establecen obligaciones positivas, su cumplimiento depende de la disposición de fondos públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o de hacer”. Más allá de que la crítica al neoconstitucionalismo no parte de la base de la erogación de fondos, en muchos casos el cumplimiento de la resolución judicial podría significarlo, como podría ser garantizar el tratamiento médico antes mencionado o yendo a un caso concreto de la CSJN<sup>3</sup> donde el máximo tribunal ordena al Gobierno de la Ciudad otorgar alojamiento a una madre y su hijo con discapacidad, la cuestión relativa a los fondos que puede llegar a implicar otorgar derechos frente a un incumplimiento es lo que en definitiva puede afectar el desarrollo de políticas públicas desde una perspectiva presupuestaria. Las críticas que surgen en cuanto a la división de poderes se refieren en parte a que no es facultad del Poder Judicial el diseño de políticas públicas y que el diseño de las mismas se trata de la distribución de la riqueza. En mi opinión, lo pertinente a la distribución de la riqueza tiene que ver con un modelo de Estado y un modelo político económico que suele ser la discusión central en la arena política. Pero en el caso de vulneración de derechos por falta de políticas públicas, por más que no sea función del Poder Judicial diseñarlas, las sentencias que reconocen o garantizan derechos o los protegen en caso de obligar al Estado a no realizar determinada acción no desarrollan políticas públicas, simplemente resguardan. Si se afirmara que el neoconstitucionalismo aplicado desde el Poder Judicial entorpece el desarrollo de mejores políticas públicas, se está diciendo que esta corriente interfiere en mayor o menor medida en la garantía y protección de los derechos humanos.

---

3 “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”

## La reforma estructural

Se denomina reforma estructural al modelo de función judicial donde los tribunales desarrollan instrucciones, “remedios”, una vez se han convencido de los “méritos del planteo del demandante” (Thea, 2012: 15). Surgen como solución a la hora de dar respuesta frente al incumplimiento en el ejercicio o garantía de derechos constitucionales cuando las medidas judiciales clásicas no sean suficientes para dar respuestas a temas de difícil solución (Thea, 2012: 15).

La reforma estructural es una forma de intervención judicial con el fin de satisfacer derechos, principalmente, económicos, culturales y sociales. Owen Fiss la define como

un tipo de intervención judicial que se distingue por el carácter constitucional de los valores públicos en juego, y más aún por involucrar al poder judicial en una discusión con las burocracias estatales. El juez intenta dotar de sentido a nuestros valores constitucionales a través de la actuación de estas organizaciones (Basch, 2010).

La afectación de derechos económicos, sociales y culturales afectan derechos individuales o colectivos que requieren de una solución colectiva, “ya sea por la indivisibilidad del remedio o por razones de escala, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales requiere, en general, de soluciones necesariamente colectivas” (Thea, 2012: 15).

Este remedio se sitúa en la noción de que la función del juez no es únicamente la de resolver conflictos, se plantea la intervención judicial para la satisfacción de derechos ejerciendo un rol propositivo y de armonización con los otros diferentes órganos del Estado.

Así, a diferencia del modelo de resolución de conflictos, el centro de atención del litigio estructural no está constituido por incidentes o transacciones particulares, ya que su objeto primigenio se centra en una condición social que amenaza valores constitucionales importantes y en la dinámica organizacional que, por acción o por omisión, crea y/o perpetúa tal condición (Thea, 2012: 16).

El juez se encuentra frente a una situación que le exige mayor proactividad dado que por el rol que ocupa no cuenta con toda la información pertinente al tema en cuestión; es allí donde no solo las partes deben hacer su aporte, sino también el juez debe investigar y sumar herramientas para poder tomar la decisión más adecuada.

Las características principales de este tipo de medidas, tal como cita Federico Thea a Owen Fiss en el texto *La reforma estructural en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* son: a) La negociación entre las partes en el litigio; b) El carácter continuado, provisional y fluido de

la intervención judicial; y c) La transparencia del proceso de adopción de estas medidas. El autor aclara también que la intervención del Poder Judicial a través de litigios no es la única forma para llevar adelante reformas estructurales, en el texto se hace referencia al movimiento Law and organizing, el cual plantea que no es suficiente para la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales la intervención judicial. En este trabajo me centro únicamente en el análisis de la cuestión judicial.

Ahora bien, ¿en qué se sustenta esté accionar judicial? Uno de los casos emblemáticos de reforma estructural se da en Estados Unidos con resoluciones de la Corte Suprema en el caso “Brown v Board of education” entre los años 50 y 60. Este caso surge a partir de la segregación racial que se daba en ese país. Segregación institucionalizada, avalada por la legislación de varios Estados norteamericanos y que años antes había sido avalada por la misma Corte Suprema. El tribunal a través de “Brown I” y “Brown II” establece una serie de medidas que debe tomar y revisar el Estado local dado que declara inconstitucional la segregación por motivos raciales. Nos encontramos frente a un caso de violación de derecho (derecho a la igualdad) donde el poder judicial toma medidas para revertir esta situación. Se entiende que los tribunales encuentran amparo para resolver de esta manera en el mismo ordenamiento jurídico.

No se trata únicamente de la violación de determinados derechos sino de cuál es el rol del Poder Judicial frente a esa violación y qué herramientas tiene para resolverla. Dice la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci

La efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales depende de su justiciabilidad, por lo que es imprescindible que quienes dirigen juicios que los involucren actúen con creatividad y pleno respeto de las garantías del debido proceso, para encontrar las vías que aseguren la plena vigencia de ellos en las causas en trámite, estableciendo los procedimientos a seguir, ante la falta de determinación por el legislador (Kemelmajer de Carlucci, 1995: 50).

## **Relación entre el neoconstitucionalismo y la reforma estructural**

Si el neoconstitucionalismo le da mayor actividad al Poder Judicial, la reforma estructural (también conocida como litigio estructural) es una consecuencia de esta corriente. Frente a situaciones de falta de políticas públicas que afectan derechos, ejemplo plan de vivienda, o de afectación del derecho a “gozar de un ambiente sano” (art. 41 de la CN), los tribunales se ven obligados por el mismo ordenamiento a “ser creativos” y encontrar soluciones. Es el mismo sistema, como mencionaba antes, que debe garantizar que el funcionamiento se dé armoniosamente y son esos mismos textos constitucionales los que dotan de herramientas a los poderes del Estado para que se dé ese funcionamiento.

La intromisión del Poder Judicial o la llamada judicialización de la política de quienes critican el activismo judicial que surge a partir de estos conceptos no tienen que ver con la protección de derechos constitucionales; cuando una sentencia judicial resguarde derechos, en el marco del debido proceso, la “intromisión” está avalada por la misma Constitución.



Podemos afirmar, entonces, que como corriente el neoconstitucionalismo viene a plantear el reconocimiento y el pleno ejercicio de derechos. Si el neoconstitucionalismo reconoce más derechos, una nueva forma de analizar a la ciencia jurídica y un accionar específico del Poder Judicial, podemos afirmar que el litigio estructural va en línea con esta corriente. Frente a la necesidad de satisfacer derechos económicos, sociales y culturales, el órgano jurisdiccional tiene la potestad y obligación de interceder para así también encontrar una solución. Alfonso Santiago en su texto cita a Comanducci, quien afirma que existe un “Neoconstitucionalismo de los contrapoderes”, todos los poderes del Estado se deben articular para “que las actividades del legislativo y del judicial [y agrego el ejecutivo] estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previsto en la Constitución” (Santiago, 2008: 12), el litigio estructural forma parte de esa concretización que debe ejercer el Poder Judicial.

## Conclusión final

Afirma Alfonso Santiago: “existen algunas amenazas teóricas y prácticas que, si se cae en extremos, pueden distorsionar la función judicial”. Hay quienes hablan de una “omnipotencia judicial”, como el constitucionalista Andrés Gil Domínguez, “Vengan los jueces a salvar el mundo” (Zagrebelky), ambos citados por Santiago donde el autor hace referencia a la “consideración muy elevada de la misión de los jueces” (Santiago, 2008: 13). Coincido que son los extremos siempre peligrosos. Un Poder Judicial supremo que actúe por encima del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo en cuanto a la última palabra en relación al cumplimiento de derechos humanos puede ser peligroso, y altera el espíritu de la república. Es del mismo modo peligroso un Poder Ejecutivo que no lleve adelante políticas que cumplan con garantizar derechos básicos, sin ser sometido a ningún tipo de control. Como lo es también peligroso un Poder Legislativo inactivo o que no formule legislación que articule o dote de herramientas a los otros poderes para hacer operativa desde el marco legal a la Constitución. Hemos visto a lo largo de este trabajo que las reformas estructurales se pueden dar desde el Poder Judicial, los textos que han sido consultados como fuente permiten concluir que debe ser articulado el accionar estatal. El neoconstitucionalismo nos permite analizar y estudiar las acciones administrativas, judiciales y legales a los fines de mejorar y encontrar soluciones a problemas de injusticias y desigualdad que surgen en las sociedades, tanto en el pasado como en el presente y posiblemente en el futuro.

## Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2008). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Atienza Rodríguez, M. (31 de enero de 2020). Neoconstitucionalismo y activismo judicial [video] Recuperado de [https://youtu.be/K4v\\_Jy3XvDU?si=tnc8E5xalZZZaQ83](https://youtu.be/K4v_Jy3XvDU?si=tnc8E5xalZZZaQ83)

Basch, F. (2010). Breve introducción al litigio de reforma estructural. Documento base para el Seminario “Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural”, Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010.

Carbonell, M. (22 de enero 2018). ¿Qué es el Neoconstitucionalismo? [video]. YouTube. Recuperado de <https://youtu.be/l6XmEfzaFGI?si=Gpmg6hnY-BY25JaP>

Carbonell, M. (24 de septiembre de 2020). De qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo. [video]. Recuperado de [https://youtu.be/a6cZwoy6F3E?si=zqq\\_W8xTUs2fTSxR](https://youtu.be/a6cZwoy6F3E?si=zqq_W8xTUs2fTSxR)

Kemelmajer de Carlucci, A. (1995). *Protección jurídica de la vivienda familiar*. Buenos Aires: Hammurabi.

Santiago, A. (2008). Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Thea, F. G. (enero de 2012). La reforma estructural en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista de la Administración Pública RAP*. Id SAIJ: DACF150684

# El derecho humano al reconocimiento de la identidad de género

## La influencia argentina y la necesidad de (re)pensar el paradigma actual



Luna M. Ramirez\*

*La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género.*

(Principios de Yogyakarta, principio 3)

### Introducción

A lo largo del mundo se cometen graves actos de violencia y discriminación hacia las personas, motivados por su orientación sexual o identidad de género. En particular, las personas trans y de género diverso son un grupo de población profundamente afectado por ello.

\* UNPAZ.

El reconocimiento del derecho a tener documentos de identificación conforme a la identidad de género autopercibida es un paso importante en el camino hacia el respeto y las garantías plenas de los derechos de las personas trans y de género diverso.

Las personas trans son especialmente vulnerables a las violaciones de los derechos humanos cuando los datos de su nombre y sexo que figuran en los documentos oficiales no coinciden con su identidad o expresión de género. Sin embargo, hoy en día la gran mayoría de las personas trans y de género diverso en el mundo no tienen acceso al reconocimiento de género por parte del Estado.<sup>1</sup>

La identidad de género se refiere a la experiencia interna e individual de género de cada persona, que puede corresponder o no con el sexo asignado al nacer, y es un elemento constitutivo de la personalidad de las personas.<sup>2</sup>

A nivel global pueden identificarse tres estadios en la evolución del derecho al reconocimiento de la identidad de género: una primera fase estrictamente basada en una aproximación médica, en la que la cirugía de afirmación del género era vista como la cura a un problema médico; una segunda fase caracterizada por una separación del reconocimiento de la identidad de género desde la esfera médica, para pasar a un plano de defensa de derechos humanos; y una tercera fase de movimientos hacia la despatologización, con una profunda acogida al lenguaje de los derechos humanos en su núcleo (Scherpe y Dunne, 2015).

Es en este contexto que, en 2006, en respuesta a patrones bien documentados de abusos dirigidos en contra de las personas por su orientación sexual e identidad de género, real o percibida, un distinguido grupo de expertos en derechos humanos de distintas regiones y diversa formación se reunió en Yogyakarta, Indonesia, para delinear un set de principios internacionales relacionados con la orientación sexual y la identidad de género. Ello dio origen a los Principios de Yogyakarta. Estos están dirigidos a una identificación coherente y comprensiva de las obligaciones estatales de respetar, proteger y realizar los derechos humanos de todas las personas más allá de su orientación sexual o identidad de género (O’Flaherty y Fisher, 2008).

En este sentido, partiendo desde los lineamientos de estos Principios que, si bien no son vinculantes, han servido de fundamento legal para la elaboración de la Ley N° 26743 de Identidad de Género en nuestro país, y desde una necesaria perspectiva de despatologización trans,<sup>3</sup> el presente trabajo se

1 ONU. Experto Independiente sobre la orientación sexual e identidad de género. La lucha de las personas trans y de género diverso. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-sexual-orientation-and-gender-identity/struggle-trans-and-gender-diverse-persons>

2 Principios de Yogyakarta (2007). Recuperado de [http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles\\_sp.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf)

3 La patologización de las personas trans se vincula con el hecho de que el reconocimiento legal de su identidad se vea condicionado a un diagnóstico de disforia de género, síndrome de identidad de género o transexualidad (vease European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Brink, M.; Timmer, A.; Dunne, P. et al. (2018). Trans and intersex equality rights in Europe. A comparative analysis).

propone analizar los estándares de derechos humanos establecidos por los Sistemas de Protección de Derechos Humanos –particularmente el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano– con vistas a garantizar el efectivo goce del derecho al reconocimiento de la identidad de género.

A modo de introspección, se pretende contrastar las directrices de ambos sistemas a los fines de reflexionar sobre los compromisos internacionales asumidos por la Argentina con relación al Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos del que es parte.

## Los estándares del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. La jurisprudencia del TEDH

El Consejo de Europa ha adoptado una serie de informes y resoluciones para combatir la discriminación basada en la orientación sexual y, en menor medida, en la identidad de género. En este sentido, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, del año 2010, constituyó el primer texto elaborado por este órgano que colocó el foco en el disfrute de los derechos humanos por parte de las personas LGBTI y las medidas a ser tomadas para superar la discriminación y exclusión social en base a la orientación sexual y la identidad de género.<sup>4</sup> Mediante el mismo se insta a los Estados parte a tomar las acciones apropiadas para garantizar la afirmación de género de una persona en todos los ámbitos de la vida, particularmente mediante posibilitar el cambio de nombre y género en documentos oficiales de manera rápida, transparente y accesible. Asimismo, exhorta a los Estados a revisar regularmente requisitos tales como modificaciones corporales, en vistas a removerlos de tornarse abusivos.<sup>5</sup>

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el órgano encargado de vigilar la aplicación de un tratado de derechos humanos que más casos contenciosos ha analizado con relación a la discriminación por razones de identidad de género. Cabe aclarar, sin embargo, que en escasas ocasiones lo ha hecho desde el foco del artículo 14 –prohibición de discriminación– del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), sino que la mayoría de los casos se vinculan con el artículo 8 –derecho a la vida privada y familiar–.

La primera sentencia del TEDH acerca del derecho al reconocimiento de la identidad de género fue dictada en el año 1986 en el caso *Rees v. United Kingdom*. Allí, frente al argumento del peticionario,

---

El movimiento de despatologización trans se alza en base al derecho a la salud y a la no discriminación (véase Castro-Peraza, M.; García-Acosta, J. M.; Delgado, N.; Perdomo-Hernández, A. M.; Sosa-Alvarez, M. I.; Llabrés-Solé, R. y Lorenzo-Rocha, N. D. (2019). Gender Identity: The Human Right of Depathologization. *Int J Environ Res Public Health*).

4 Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recommendation of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, 31 de marzo de 2010, CM/Rec(2010)5.

5 Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recommendation of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, 31 de marzo de 2010, cit., párr. 21-22.

un hombre transgénero que sostenía que el impedimento de cambiar el marcador de su género en su partida de nacimiento vulneraba sus derechos amparados en el artículo 8 del CEDH –esto es, el derecho a la vida privada–, el Tribunal no encontró que existiera una obligación positiva en cabeza del Estado de garantizar dicha posibilidad: concluyó que la decisión estaba dentro del margen de discrecionalidad del Reino Unido en tanto esta tendría importantes consecuencias administrativas que “impondrían nuevos deberes en el resto de la sociedad”.<sup>6</sup>

Dicha doctrina se mantuvo en *Cossey v. United Kingdom* (1990)<sup>7</sup> y *Sheffield and Horsham v. United Kingdom* (1998), donde el TEDH sostuvo que “la transexualidad continuaba generando problemas científicos, legales, morales y sociales complejos con respecto a los cuales no había una aproximación generalizada por parte de los Estados contratantes” (traducción no oficial).<sup>8</sup>

Un aislado avance ocurrió en el ínterin con la sentencia *B. v. France* del año 1992.<sup>9</sup> Allí, si bien el TEDH apoyó su decisión en el recurrente procedimiento de actualización del certificado de nacimiento en Francia, por primera vez se encontró una violación al artículo 8 del CEDH en un caso relacionado con el reconocimiento legal de la identidad de una persona transgénero.

El cambio de paradigma ocurrió con la sentencia *Christine Goodwin v. United Kingdom* del año 2002. La peticionaria, una mujer transgénero que atravesó una cirugía de reasignación de género y fue diagnosticada con “transexualidad” reclamó que la falta de reconocimiento legal de su identidad de género la afectaba en distintas esferas de su vida: en cuanto a su trabajo, sus derechos a la seguridad social y su capacidad de contraer matrimonio. El TEDH tuvo en cuenta que el mismo Estado financió el tratamiento para “aliviar” la “transexualidad” de la peticionaria por lo que resultaría ilógico que estuvieran permitidas y fuese financiadas las cirugías de reasignación de género y no así su reconocimiento legal. Tuvo en cuenta la clara y continua tendencia en el derecho internacional hacia la aceptación social de las personas trans y hacia el reconocimiento legal de aquellas que atravesaron una cirugía de cambio de sexo, con lo cual concluyó que se vulneró el derecho a la vida privada contemplado en el artículo 8 del Convenio en perjuicio de la peticionaria.<sup>10</sup>

Similar estándar se mantuvo en *Van Kück v. Germany* (2003),<sup>11</sup> *Grant v. the United Kingdom* (2006),<sup>12</sup> y *L. v. Lithuania* (2007).<sup>13</sup>

En *Y. Y. v. Turkey* (2015), concerniente a la negativa de las autoridades de garantizar una cirugía de cambio de sexo al peticionario argumentando que el solicitante –Y. Y.– podía procrear, el TEDH señaló que elementos como el nombre, la orientación sexual y el establecimiento de detalles sobre la identidad de uno como ser humano se encuentran englobados en la esfera privada protegida por el

6 TEDH. Case of Rees v. the United Kingdom, 16 de diciembre de 1992, Series A no. 247-B, párr. 42.

7 TEDH. Case of Cossey v. United Kingdom, Solicitud No. 10843/84, 29 de agosto de 1990.

8 TEDH. Case of Sheffield and Horsham v. United Kingdom, Solicitudes No. 22985/93 y 23390/94, 30 de julio de 1998, párr. 58.

9 TEDH. Case of B. v. France, 25 de marzo de 1992, Series A no. 232-C.

10 TEDH. Case of Christine Goodwin v. United Kingdom, Solicitud No. 28957/95, 11 de julio de 2002, párrs. 78, 81.

11 TEDH. Case of Van Kück v. Germany, Solicitud No. 35968/97, 12 de septiembre de 2003.

12 TEDH. Case of Grant v. the United Kingdom, Solicitud No. 32570/03, 23 de mayo de 2006.

13 TEDH. Case of L. v. Lithuania, Solicitud No. 27527/03, 11 de septiembre de 2007.

artículo 8 del Convenio. Sostuvo, a partir de argumentos vinculados al reconocimiento de la identidad de género, que requisitos como la esterilización para el acceso a tratamientos de reasignación de género vulneraban el ejercicio del derecho a la vida privada.<sup>14</sup>

En 2017 el TEDH trató las solicitudes *A.P., Garçon and Nicot v. France*. En el caso, la legislación francesa de ese momento requería para el cambio registral del género de una persona de i) evidencia del “síndrome de transexualidad” y ii) la transformación irreversible de la apariencia corporal. El Tribunal manifestó que el condicionamiento del reconocimiento de la identidad de género a cirugías esterilizantes o tratamientos a los que la persona no quiere someterse implica obligarlo a renunciar a su vida privada y a su integridad física. No obstante, respaldándose en la Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS de ese momento (CIE-10), no objetó el requerimiento de diagnóstico de “síndrome de transexualidad”.<sup>15</sup>

En *S.V. v. Italy* (2018) entendió sobre la situación de una mujer trans que tuvo que esperar años para obtener el cambio de su nombre en concordancia con su identidad de género luego de haber obtenido autorización judicial para atravesar una cirugía de reasignación de género, pero se veía impedida de cambiar su nombre hasta que acreditara haber finalizado su tratamiento, esto en un segundo proceso judicial. El TEDH puntualizó que la libertad individual de definir la identidad de género de uno es parte de la esencia del derecho a la libre determinación y un aspecto fundamental del derecho al respeto por la vida privada. Entendió, entonces, que el tiempo transcurrido para el reconocimiento de la identidad de género de la peticionaria, máxime cuando esta ya había estado en el proceso de transicionar físicamente por varios años, violó su derecho a su vida privada.<sup>16</sup>

En *X. and Y. v. Romania* (2021)<sup>17</sup> y *A.D. and Others v. Georgia* (2022)<sup>18</sup> el Tribunal mantuvo la doctrina de *Goodwin*.

Por su parte, si bien el Consejo de Europa ha tomado nota de las críticas a la debilidad de sus pronunciamientos en casos relacionados con el reconocimiento legal de la identidad de género,<sup>19</sup> en los cuales —a través de la doctrina del “consenso europeo”—<sup>20</sup> generalmente entiende que los Estados parte gozan de un amplio ámbito de discrecionalidad en el cumplimiento de sus obligaciones en la materia,

14 TEDH. Case of Y. Y. v. Turkey, Solicitud No. 14793/08.

15 TEDH. Case of A.P., Garçon and Nicot v. France, Solicitudes No. 79885/12, 52471/13 y 52596/13, 6 de abril de 2017, párr. 139.

16 TEDH. Case of S.V. v. Italy, Solicitud No. 55216/08, 11 de octubre de 2018, párr. 72.

17 TEDH. Case of X. and Y. v. Romania, Solicitud No. 2145/16 y 20607/16, enero de 2021.

18 TEDH. A.D. and Others v. Georgia, Solicitudes No. 57864/17, 79087/17 y 55353/19, 1 de diciembre de 2022.

19 Consejo de Europa (2022). Thematic report on gender recognition in Europe. First thematic implementation review report on Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, p. 13.

20 El concepto de “consenso europeo” se utiliza generalmente para describir el resultado de una visión comparativa con respecto a la presencia o ausencia de una base común, especialmente en la legislación y la práctica de los Estados miembros, en la que el Tribunal pueda fundar sus conclusiones. (véase Consejo de Europa, Mecanismos de interpretación en la jurisprudencia del TEDH: el concepto de consenso europeo, recuperado de <https://www.coe.int/es/web/help-country/article-echr-case-law#:~:text=El%20concepto%20de%20%22consenso%20europeo%22%20se%20utiliza%20generalmente%20para%20describir,Tribunal%20pueda%20fundar%20sus%20conclusiones>)

lo cierto es que su más reciente sentencia al respecto también ha sido cuestionada por el lenguaje regresivo utilizado en ella: se trata del caso *R. K. v. Hungary* del 22 de junio de 2023.

El peticionario, un hombre trans, reclamó con respecto a la ausencia de regulación normativa para el reconocimiento legal de cambio del marcador de su género en el registro de nacimientos. El TEDH, en consonancia con la evolución de su jurisprudencia, encontró una violación al artículo 8 del Convenio: señaló que el Estado no había cumplido con su obligación de proporcionar procedimientos rápidos, transparentes y accesibles para la *evaluación de las peticiones* de cambio del sexo registrado en los certificados de nacimiento de las personas transgénero.<sup>21</sup>

Acertadamente, en su voto en concurrencia el juez Hüseynov remarcó que la desafortunada redacción utilizada por el voto mayoritario en sus conclusiones englobó una esfera limitada de las obligaciones asumidas por los Estados en cuanto al derecho de las personas transgénero al reconocimiento de su identidad. Ello en tanto deliberadamente se sostuvo que debían proporcionarse procedimientos rápidos, transparentes y accesibles para la *evaluación de las peticiones* de cambio del sexo registrado en los certificados de nacimiento, y no concretamente para el cambio del marcador de género en sí, como lo ha sostenido anteriormente en su jurisprudencia. En efecto, la obligación emanada del Convenio se trata de obtener efectivamente el cambio del reconocimiento legal de la identidad de la persona, no en una evaluación de su solicitud de hacerlo, ya que de ese modo esta podría ser denegada, por ejemplo, en aquellos Estados que condicionan el reconocimiento de la identidad de género a cirugías esterilizantes o tratamientos médicos que lleven a una probabilidad de esterilización.<sup>22</sup>

De lo anterior se refleja la evolución conforme las tendencias internacionales de la protección del derecho a la identidad de género en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos. Sin embargo, puede apreciarse que exiguos han sido los casos presentados al Tribunal en que no se analizara el derecho al reconocimiento a la identidad de género de una persona que ya había atravesado una cirugía de reasignación de sexo. Ello denota una tendencia en virtud de la cual el cambio de sexo irreversible es considerado un requisito necesario para adquirir el reconocimiento legal de la identidad de género autopercebida (Sivonen, 2011: 20).

Asimismo, el amplio margen de discrecionalidad reconocido a los Estados aún da lugar a la aceptación de requisitos abusivos y patologizantes para el ejercicio de este derecho, como lo puede ser la exigencia de un diagnóstico médico o una cirugía de cambio de sexo (Cannoot, 2019). Esto puede traducirse en que, mientras los individuos cuentan con el derecho a definir su propio género en base a su autonomía personal, su reconocimiento legal puede ser sujeto a ciertas condiciones por el Estado.

---

21 TEDH. Case of R. K. v. Hungary, Solicitud No. 54006/20, 22 de junio de 2023, párr. 77.

22 TEDH. Case of R. K. v. Hungary, cit., Concurring opinion of Judge Hüseynov.



## Lineamientos del Sistema Interamericano. La Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH

En varias resoluciones desde el año 2008, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos expresó que las personas LGBTI están sujetas a diversas formas de violencia y discriminación basadas en la percepción de su orientación sexual e identidad o expresión de género, y resolvió condenar los actos de violencia, las violaciones a los derechos humanos y todas las formas de discriminación, a causa o por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género.<sup>23</sup>

En su Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América (2015), la Comisión Interamericana (CIDH) determinó que “existe una amplia discriminación e intolerancia respecto de orientaciones sexuales, identidades de género diversas y personas cuyos cuerpos desafían las corporalidades aceptadas socialmente”; y que los Estados, “a través de su acción u omisión, generan esta discriminación e intolerancia, y en algunas instancias las refuerzan”.<sup>24</sup>

El 24 de noviembre de 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su función consultiva dictó la Opinión Consultiva 24/17 sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.<sup>25</sup>

La misma surgió de la solicitud del Estado de Costa Rica respecto a la respuesta a cinco interrogantes, dos de ellos vinculados con los derechos de las personas LGBTI, y el primero, en particular, sobre el reconocimiento del derecho a la identidad de género y en particular sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón de la identidad de género.

En primer lugar, la Corte realizó un abordaje del derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas LGBTI. Al respecto dijo que la igualdad es una noción que se desprende de la impropia dignidad humana, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio. Asimismo, sentenció que el principio de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*: “sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”.<sup>26</sup>

Señaló que el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos

23 CIDH. Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 8 de junio de 2010, AG/RES. 2600 (XL-O/10); CIDH, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2009, AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) y CIDH, Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 3 de junio de 2008, AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08).

24 CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 12 de noviembre de 2015, OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, párr. 577.

25 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 24.

26 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, cit., párr. 61.

y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es, per se, incompatible con la misma.

En este punto, y a partir de la expresión “cualquier otra condición social” en este artículo, la Corte estableció que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género, son categorías protegidas por la Convención.<sup>27</sup>

A continuación, la Corte se propuso dar una respuesta a la pregunta formulada por el Estado de Costa Rica sobre la protección que brinda la CADH al derecho a la identidad de género. Al respecto respondió que

El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto- percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana. Como consecuencia de lo anterior, de conformidad con la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la Convención), y con el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención), los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines.<sup>28</sup>

Seguidamente, a su vez, la Corte fijó las características mínimas con las que deben contar los procedimientos para la modificación de los registros y los documentos de identidad:

1) *El procedimiento debe estar enfocado en la adecuación integral de la identidad de género autopercebida:* debería permitir cambiar la inscripción del nombre de pila, adecuar la imagen fotográfica, así como rectificar el registro del género o sexo. Las modificaciones sobre los datos de la persona que se perfeccionen ante los registros civiles deben ser actualizadas en los demás documentos e instituciones a que haya lugar sin que se requiera la intervención del requirente, de manera que no se someta a esa persona a cargas irrazonables para que la adecuación de su identidad de género autopercebida tenga vigencia en todos los registros que sean relevantes para tales efectos.

2) *Deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como las certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patológicos:* ello en tanto los procedimientos orientados al reconocimiento de la identidad de género encuentran su fundamento en la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y

27 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, cit., párr. 70.

28 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, cit., párr. 116.

circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, así como en el derecho a la dignidad y a la vida privada del solicitante. No se debe someter a los solicitantes a pericias médicas o psicológicas relacionadas con su identidad de género autopercebida u otros requisitos que desvirtúen el principio según el cual la identidad de género no se prueba; por tanto, el trámite debe estar basado en la mera expresión de voluntad del solicitante.

3) *Los procedimientos y los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros deben ser confidenciales y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de la identidad de género:* la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género, consumado o en trámite, puede poner a la persona solicitante en una situación de mayor vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, en su honor o en su reputación, y puede significar un obstáculo mayor para el ejercicio de otros derechos humanos.

4) *Los procedimientos deben ser expeditos y deben tender a la gratuidad:* el grado de afectación que puede tener este tipo de procedimientos de cambio de nombre y de adecuación a la identidad de género autopercebida sobre las personas concernidas es de tal magnitud que los mismos deben llevarse a cabo con la mayor celeridad posible. Por otro lado, la necesaria tendencia hacia la gratuidad se encuentra relacionada con la necesidad de reducir los obstáculos, en este caso de índole financiera, que pueden erigirse para el reconocimiento legal de la identidad de género, así como en la exigencia de no crear diferencias de trato discriminatorias con respecto a las personas cisgénero, las cuales no necesitan acudir a estos procedimientos y, por ende, no incurrir en erogaciones pecuniarias para el reconocimiento de su identidad de género.

5) *No se podrá exigir acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales:* la identidad de género no es un concepto que deba ser asociado sistemáticamente con las transformaciones físicas del cuerpo. En vista de ello, no se podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido la Convención Americana.

6) *Los procedimientos referidos a las niñas y niños:* los niños y las niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos en la CADH. Al aplicarse a niñas y niños, los derechos contenidos en instrumentos generales de derechos humanos deben ser interpretados tomando en consideración el corpus juris sobre derechos de infancia, en particular los principios rectores autonomía progresiva, el principio de no discriminación, el interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión del niño o de la niña en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.

7) *Naturaleza administrativa del procedimiento:* si bien los Estados tienen en principio una posibilidad para determinar, de acuerdo a la realidad jurídica y social nacional, los procedimientos más adecuados para cumplir con los requisitos para un procedimiento de rectificación del nombre y, de ser el caso, de

la referencia al sexo/género y la imagen fotográfica en los documentos de identidad y en los registros correspondientes, también es cierto que el procedimiento que mejor se ajusta a los requisitos establecidos en esta opinión es el que es de naturaleza materialmente administrativa o notarial, dado que el proceso de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en algunos Estados, en excesivas formalidades y demoras que se observan en los trámites de esa naturaleza.<sup>29</sup>

Opinó, entonces, que

el cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género autopercebida constituye un derecho protegido por los artículos 3, 7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con el 1.1 y 24 del mismo instrumento, por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para tales fines, en los términos establecidos.

## **El caso argentino y brevísimas reflexiones**

El 24 de mayo de 2012 y tras largos años de luchas colectivas se aprobó en nuestro país una Ley de Identidad de Género pionera: la Ley N° 26743. Ella no solo asegura la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre en todos los documentos que acreditan la identidad de la persona, sino también el acceso a una salud integral, tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas parciales o totales, sin requerir autorización judicial o administrativa, con el consentimiento informado de la persona como único requisito.

En este sentido, el artículo 1 de dicha ley federal establece que toda persona tiene derecho: a) al reconocimiento de su identidad de género; b) al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

El artículo 2 de la norma acoge la guía de los Principios de Yogyakarta y define la identidad de género como

la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

---

29 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, cit., párrs. 55-69.

Los trámites para la rectificación registral previstos en la ley son gratuitos, personales y no será necesaria la intermediación de ningún gestor o abogado. Establece salvaguardas en cuanto a la protección del derecho a la privacidad y, con respecto a los niños, niñas y/o adolescentes, dispone que la solicitud del trámite deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley N° 26061.

Se ha dicho que la Ley de Identidad de Género argentina es aquella de mayor conformidad con los estándares interamericanos desarrollados anteriormente (Arrubia, 2019). En efecto, la Opinión Consultiva comentada en el apartado precedente en reiteradas ocasiones cita esta norma. Asimismo, el Experto Independiente de Naciones Unidas sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género en el año 2018 calificó este modelo como la mejor práctica a seguir.<sup>30</sup>

Por último, estas medidas deben ser leídas en conjunción con otros avances hacia la despatologización de las personas trans. Si bien no fue hasta el año 2019 que la Organización Mundial de la Salud (OMS) en la nueva Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11) retiró la categoría de trastorno mental a la transexualidad y el travestismo en el capítulo referido a “trastornos mentales”, en nuestro país ya en el año 2010 la Ley Nacional de Salud Mental prohibía establecer un diagnóstico en el campo de la salud mental basado exclusivamente en la identidad sexual.

A pesar de lo anterior, los tiempos actuales nos llevan a estar en alerta sobre un posible retroceso de las conquistas de las diversidades. En efecto, nos encontramos frente a un inminente avance de los discursos de odio alentados por autoridades estatales junto con un panorama de desmantelamiento tal como el cierre del Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) a través del Decreto N° 694/2024 y cierre del ex Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidades (MMGyD), con el consecuente despido de trabajadoras/es con cupo trans travesti.

Incluso en vísperas a la 54ª Asamblea General de la OEA del pasado junio, la delegación argentina en el organismo presentó una férrea oposición a toda referencia a la perspectiva de género, infancias LGBTI, y un desacuerdo a condenar “la discriminación, los discursos y manifestaciones de odio, la incitación y los actos de violencia motivados [...] por razón de su orientación sexual, identidad y/o expresión de género y sus características sexuales”.

Sin dudas, la normativa nacional e internacional vigente en un Estado constituye una importante herramienta para evitar regresiones en materia de derechos humanos –en este caso, de grupos históricamente vulnerabilizados, como las personas LGBTI–.

30 ONU, Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, 12 de julio de 2018, A/73/152, párr. 53.

Sin embargo, los procesos actuales nos invitan a repensar el rol de las medidas y políticas asumidas por los mismos Estados que, en diferentes momentos históricos, pueden amenazar estos avances y derechos conquistados.

## Referencias bibliográficas

- Arrubia, E. (2019). The Human Right to Gender Identity: From the International Human Rights Scenario to Latin American Domestic Legislation. *International Journal of Law, Policy and The Family*, 33(3), 360-379.
- Cannoot, P. (2019). The pathologisation of trans\* persons in the ECtHR's case law on legal gender recognition. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 37(1), 14-35.
- O'Flaherty, M. y Fisher, J. (2008). Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, 8(2), 207-248.
- Scherpe, J. and Dunne, P. (2015). The legal status of transsexual and transgender persons: Comparative analysis and recommendations. En J. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons* (pp. 615-663). Cambridge: Intersentia. Citados por Arrubia, E. (2019). The Human Right to Gender Identity: From the International Human Rights Scenario to Latin American Domestic Legislation. *International Journal of Law, Policy and The Family*, (33), 360-379.
- Sivonen, L. (2011). Gender Identity Discrimination in European Judicial Discourse. *The Equal Rights Review*, 7, 11-26.

# Derechos económicos, sociales y culturales

## Análisis del DNU 70/2023 en materia del derecho a la salud. ¿Se ven amenazadas las garantías de cumplimiento del derecho a la salud?



*Sonia Gabriela Tarragona\**

### Introducción

Ante la atónita mirada de propios y extraños, el pasado 21 de diciembre de 2023 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina el DNU N° 70/2023 denominado Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina, que entró en vigor el 29 del mismo mes.

El mencionado DNU declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social hasta el fin de 2025 e inauguró un nuevo y ambicioso plan de desregulación de la economía. A lo largo de sus 366 artículos, se modifican sustituyen o derogan más de 100 leyes o decretos de materias absolutamente diversas, convirtiéndose en el DNU más amplio, complejo y heterogéneo que se haya observado desde la reforma de la CN en 1994.

La pregunta que cabe hacerse, soslayando intencionalmente la discusión acerca de la razonabilidad, la oportunidad política de su sanción, o incluso su constitucionalidad formal, es si las medidas relacionadas con la salud incluidas en su texto atienden o no el cumplimiento de las obligaciones que el Estado tiene en materia sanitaria en función de las bases constitucionales del derecho a la salud, si amenazan o no las garantías del derecho a la salud en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por la Constitución Nacional y si las consecuencias que finalmente puedan

\* Docente UNLP - UNC - Universidad Isalud.

tener sobre el bienestar de la población son ventajosas o desventajosas en términos de beneficios y derechos adquiridos por la población.

El título XI – Salud, del Decreto 70/2023 introduce un conjunto de cambios en materia sanitaria contenidos en los artículos desde el 264 hasta el 311, que no analizaremos uno a uno, sino que los abordaremos de manera global haciendo particular hincapié en los siguientes temas: producción pública de medicamentos, medicina prepaga, obras sociales, prescripción de medicamentos por nombre genérico y recetas electrónicas o digitales, trazabilidad y aptitud médica de productos médicos y ejercicio de la actividad farmacéutica.

La idea de este ensayo es entonces examinar, en primer lugar, si las medidas incluidas en el DNU N° 70/2023 responden a las bases constitucionales que establecen los objetivos del Estado y sus obligaciones en materia sanitaria. En segundo lugar, revisar estas mismas medidas a la luz del reconocimiento del derecho a la salud y los principios contenidos en los tratados internacionales incorporados por la propia CN. Por último, nuestra idea es analizar cada una de estas medidas en particular y evaluar las consecuencias que podrían tener en el bienestar de la población. Las respuestas que podamos esgrimir a estos planteos nos permitirán concluir: ¿se ven amenazadas las garantías de cumplimiento del derecho a la salud a partir del Decreto N° 70/2023?

## **La salud en las bases constitucionales**

Nuestro objetivo en este punto es revisar, a la luz de los procesos de reforma constitucional, si es posible identificar bases que permitan determinar el mandato que el pueblo le otorga al gobierno en esta materia.

En el texto de la constitución histórica de 1853 no se hace referencia explícita a la salud o al derecho a la salud en ningún artículo, ni aparece la mención del término “salud” en todo el texto constitucional. Solo aparece la mención al “seguro social” como obligatorio e integral para los trabajadores, pero no parecería desprenderse de allí el reconocimiento del derecho a la salud como un derecho individual; en cualquier caso, solo aparece como un beneficio asociado a la condición de “trabajadores”, no como un derecho para toda la población. Por el contrario, al establecer que las provincias conservan para sí todo el poder no delegado a la nación, son entonces los gobiernos provinciales quienes conservan la responsabilidad de prestar servicios de salud y no se identifica la asignación de ningún rol al Estado nacional en este campo.

No es hasta la sanción de la Constitución Nacional de 1949, cuando el derecho a la preservación de la salud, el derecho al bienestar, a la seguridad social y a la protección de la familia se incluye como parte de los derechos del trabajador y de la familia y se incluye también el derecho al cuidado de la salud física y moral como parte de los derechos de la ancianidad (cap. III, art. 37).



A su vez, se incluye dentro de las atribuciones del congreso de la nación la de “proveer lo conducente a la [...] salud pública (art. 68, inc. 16) y se crea el departamento de salud pública como uno de los negocios de la Nación (Ver disposiciones transitorias).

Ni la derogación de la Constitución de 1949 ni la posterior restitución, la Constitución de 1953, cualquiera haya sido el texto adoptado, impidieron que la salud pública sea incluida y considerada dentro de los asuntos nacionales, incorporando el enfoque de derechos a la práctica habitual de la administración y su reconocimiento por parte del Estado.

Con la reforma de 1994, si bien no se recupera el estatus de relevancia que le había dado la Constitución del 49, el artículo 42 incorpora a la salud desde una perspectiva diferente, menos enfocada en los ciudadanos como sujetos de derecho, y más orientada a sus derechos como consumidores (Rovere, 2018). Es así como el texto constitucional reza

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno (art 42. CN).

Sin embargo, en el segundo párrafo del mismo artículo se establece que las autoridades (nacionales) deberán proveer a la protección de esos derechos, estableciendo de ese modo las competencias que la nación tiene en materia sanitaria.

Si bien la concepción de los individuos como “consumidores” de salud no es la perspectiva mejor recibida por los sanitaristas, aun en esta concepción constitucional más restringida del derecho a la salud, las medidas impulsadas en el Decreto N° 70 ponen en estado de desprotección a los “consumidores”, o sea a toda la población que utiliza servicios de salud.

En numerosos fallos la CSJN ha ratificado la tutela del derecho a la salud como una

manda consagrada por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía, lo que implica la obligación impostergable del Estado Nacional para garantizarlo con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Asociación Civil Macame y otros c/ Estado Nacional Argentino - P.E.N. s/ amparo ley 16.986, 2022).

En particular, el Decreto N° 70, al liberar el mercado de entidades de medicina prepaga, introducir competencia en las obras sociales, desregular aspectos fundamentales del mercado sanitario como el ejercicio profesional de los farmacéuticos o la eliminación de la Agencia Nacional de Laboratorios de

Producción Pública (ANLAP), pareciera restringir el alcance de lo que implica la tutela del derecho a la salud. Profundizaremos estos aspectos en detalle al analizar cada medida en particular.

## La salud en los tratados internacionales

La inclusión de los tratados internacionales en el artículo 75, inciso 22 de la CN sienta las bases para la adopción de numerosos tratados, donde los Estados firmantes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del “más alto nivel posible de salud física y mental” (Díaz Muñoz, 2021). Es esta quizás la más ambiciosa de todas las proposiciones que se hayan referido a la salud y ha sentado las bases para la construcción del modelo argentino actual, no por la letra propia del texto constitucional, sino por la incorporación de los tratados internacionales y su jerarquía que han aportado marcos específicos para el diseño de políticas públicas orientadas a mejorar las condiciones de salud para la población que habita en todo el territorio de la nación. De este modo, “se jerarquizaron obligaciones internacionales para no solo proteger al individuo, sino también para consolidar el estado de derecho a través de la sujeción de los poderes públicos a estrictas normas de promoción, protección y garantía de los derechos fundamentales” (Thea y Losada Revol, 2019: 303).

En efecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre reconocen el derecho a la salud. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12, lo define como el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, solo por mencionar algunos.<sup>1</sup> Asimismo, la Observación General N°14 del Comité DESC sobre derecho a la salud señala que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” (CELS, 2024).

En particular, el mismo Comité DESC ha enfatizado que los Estados tienen la obligación de adoptar al menos una estrategia a nivel nacional para garantizar a toda la población el goce del derecho a la salud sobre la base de principios de derechos humanos que definan los objetivos de esa estrategia (ACNUDH-OMS, 2008). Para dar seguimiento a estas estrategias orientadas a garantizar el derecho a la salud y dada la progresividad que deben contener, el ACNUDH ha elaborado un marco conceptual y metodológico para la definición de instrumentos y el establecimiento de indicadores que permitan dar seguimiento y cuantificar las diversas dimensiones que puede tener el derecho a la salud en cada país. El argumento de “reducción de gastos” de ningún modo puede afectar la aplicación de la obligación de progresividad, de acuerdo con el máximo de los recursos disponibles y debe sostenerse en todo momento la posibilidad de obtener la mayor protección posible de estos derechos (Rossi, 2020: 230).

<sup>1</sup> También se encuentra reconocido en la Convención de Derechos del Niño/a, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Convención Interamericana de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

Numerosos son los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) donde se sostiene el reconocimiento del derecho a la salud y se obliga a los Estados a adoptar medidas de reparación toda vez que esos derechos hayan sido vulnerados. En el caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, la Corte IDH encontró responsable al Estado argentino por la falta de atención médica adecuada a una víctima de un accidente, lo que llevó a una agravación de su discapacidad. La corte enfatizó que el derecho a la salud incluye el acceso a servicios médicos oportunos y adecuados, y que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar este derecho, especialmente para personas en situaciones de vulnerabilidad (Furlan y familiares vs. Argentina, 2012).

En el caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, la Corte IDH responsabilizó al Estado chileno por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal de Poblete Vilches, un adulto mayor que no recibió atención médica adecuada durante su hospitalización. La Corte ordenó implementar medidas de reparación, incluyendo la mejora del sistema de salud pública para garantizar atención médica de calidad, especialmente para los adultos mayores (Poblete Vilches y otros vs. Chile, 2018).

En el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del mismo modo, la Corte IDH declaró al Estado brasileño responsable por la violación de los derechos a la vida, integridad personal y protección judicial de Damião Ximenes Lopes, quien murió en una clínica psiquiátrica debido a malos tratos y falta de atención médica adecuada. La sentencia obligó al país a adoptar medidas para prevenir la repetición de estos hechos, incluyendo la reforma del sistema de salud mental y la capacitación del personal médico en derechos humanos (Ximenes Lopes vs. Brasil, 2005).

A partir de la revisión de la jurisprudencia internacional y también del cambio de paradigma de la CSJN desde la reforma constitucional del 94, no quedan dudas de que los Estados deben garantizar el derecho a la salud y procurar la mejora de sus sistemas de salud. De este modo, a partir de la inclusión del artículo 75, inciso 22, un conjunto de derechos, antes implícitos, adquirieron una explícita raigambre constitucional de directa operatividad a nivel federal y local, como el derecho a la vida o el derecho a la salud, entre otros (Thea y Losada Revol, 2019).

Adicionalmente, y considerando el principio de no regresividad, una vez alcanzado determinado nivel de protección y realización del derecho a la salud, los Estados no pueden (ni debieran) retroceder, lo que implica que cualquier medida que implique una reducción en el nivel de protección alcanzado solo podrá ser adoptada por razones excepcionales y debidamente justificadas, en virtud de que la idea central es avanzar progresivamente en la garantía de estos derechos, evitando retrocesos que perjudiquen su goce.

El conjunto de medidas que impone el DNU N° 70/2023 –con el argumento de reducir el gasto público– es claramente un retroceso con relación a los niveles de protección alcanzados, en tanto renuncia a la definición e instrumentación de una política estratégica nacional en materia sanitaria, incumpliendo con el deber de protección del derecho a la salud. En particular, en los fundamentos del acto la justificación de las medidas adoptadas se sostiene en la existencia de una crisis del sistema de salud, pero lejos de atender las causas de tal crisis, se impulsan medidas que perjudican el acceso

a la salud de gran parte de la población en general y de los sectores más vulnerables, en particular. Profundizaremos estos conceptos más adelante.

## **El análisis de las medidas del Título XI - Salud**

Antes de adentrarnos en el análisis particular del Título XI - Salud, creemos valioso recordar algunos conceptos que provienen de la economía que pueden contribuir a contextualizar el conjunto de medidas impulsadas por la actual administración.

El mercado de la salud, tanto en Argentina como a nivel global, es un mercado que presenta todas las fallas descritas por la teoría económica y que son las que justifican la intervención del Estado a fin de resolver o mitigar las consecuencias negativas que estas fallas producen sobre el bienestar de la población. Una falla existe cuando el resultado del libre juego de las fuerzas del mercado conduce a resultados ineficientes o injustos generando consecuencias no deseadas sobre el bienestar de la población: este resultado ineficiente o injusto conduce a un nivel de producción, demanda y/o utilización distinto al socialmente óptimo.

La presencia de fallas en términos de equidad podría ocurrir aun cuando exista un nivel aceptable de eficiencia. Por lo tanto, cuando se identifica una falla en términos de equidad, y aun en presencia de eficiencia asignativa, el resultado del libre juego de oferta y demanda conduce a un resultado socialmente injusto, sea cual fuere la concepción de equidad adoptada.

La economía de la salud se ha ocupado de demostrar que, por su lógica de funcionamiento, el mercado como instrumento asignador de recursos en el sector salud en general no es eficiente ni justo: falla en términos de eficiencia y falla en términos de equidad.

Con relación a las fallas de eficiencia, el mercado sanitario presenta fallas en la competencia (presencia de monopolios, oligopolios, y mercados imperfectos), inexistencia de racionalidad en las decisiones de los agentes económicos, existencia de bienes públicos, presencia de importantes externalidades y mercados incompletos. Las fallas de equidad se asocian a la existencia de bienes preferentes<sup>2</sup> y la desigualdad en la distribución de los ingresos de la población. La presencia de estas fallas conduce inevitablemente a resultados ineficientes y/o injustos que justifican sobradamente la intervención del Estado para mitigar sus consecuencias sobre el acceso integral a la atención de la salud, siempre que esa intervención estatal sea capaz de mejorar la situación de algunos sin empeorar la situación de otros, en el sentido de Pareto (Stiglitz, 2003: 103).

---

<sup>2</sup> Son aquellos que la sociedad considera deseable que todos consuman, por su vital importancia para el desarrollo individual y social. La capacidad adquisitiva de una familia no debería constituirse, entonces, en una barrera de acceso a los mismos. El Estado tiene, entonces, espacio para la intervención por medio del fomento del consumo cuando el mercado, ya sea por problemas de oferta o de demanda, no alcanza los niveles deseados. Ejemplos de este tipo de bienes son la educación, la salud, la seguridad interior, la asistencia social, etc. (González García, Tarragona, y de la Puente, 2004).

Si el Estado no interviene y deja librada la solución al libre juego de oferta y demanda, los mercados definitivamente no lo resolverán de manera adecuada (socialmente óptima) e indefectiblemente un conjunto significativamente alto de la población quedará excluido de acceder a satisfacer sus necesidades de atención, prevención, promoción y rehabilitación,<sup>3</sup> negando de ese modo la garantía del derecho a la salud. Pretender que sea el mercado el que resuelva las fallas es desconocer profundamente las particularidades del mercado sanitario, intentando imprimirle características que no le son propias y que merecen ser reguladas para proteger a la población y asegurar el cumplimiento de sus derechos.

Partiendo, entonces, de entender que el mercado sanitario no reúne las condiciones de un mercado competitivo y que en consecuencia es deseable la intervención oportuna del Estado para regularlo, analizaremos las medidas contenidas en el Decreto N° 70 de mayor relevancia:

*Promoción de la actividad de los laboratorios de producción pública.* El artículo 264 por medio del cual se deroga la Ley N° 27113, en la que se declaraba de interés nacional y estratégico la actividad de los laboratorios de producción pública y, en consecuencia, se elimina la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (ANLAP), creada por el artículo 4° de la misma ley.

*Medicina prepaga.* El artículo 267 incorpora cambios en la Ley N° 26682, que establece el marco normativo de las empresas de medicina prepaga (EMP). Se eliminan las funciones de la Superintendencia de Servicios de Salud y el Ministerio de Salud de la Nación, vinculadas con la autorización y revisión del valor de las cuotas de las entidades de medicina prepaga (EMP) y se elimina la obligación de trasladar a los prestadores un mínimo de los incrementos que se establezcan. Se elimina también el Consejo Permanente de Concertación (COPREC), que tramitaba reclamos a los servicios de salud en cuestiones vinculadas a trato digno, cláusulas abusivas y derecho a la información en el ámbito de la atención de la salud. También se establece libertad contractual ante contratos de adhesión y se eliminan las sanciones por incumplimiento de pago a prestadores. Finalmente se restringe el alcance de la Ley N° 26682 a los afiliados voluntarios que no cuentan con aportes al sistema de OOSS.

*Obras sociales.* Los artículos 269, 270 y 274 modifican algunos artículos de la Ley N° 23660 flexibilizando el uso de los fondos de las obras sociales y estableciendo la no obligatoriedad de destinar el 80% de los recursos a la prestación de servicios de atención de salud y autorizando la colocación de fondos en entidades bancarias privadas. Asimismo, pone a las obras sociales a competir con entidades de medicina prepaga. Incorpora a las EMP a la ley de OOSS, permitiendo que los trabajadores puedan derivar sus aportes obligatorios sin la intermediación de su obra social de origen. En estos casos, las EMP que adhieran a este régimen podrán aportar al Fondo Solidario de Redistribución (FSR) y beneficiarse de los reintegros y subsidios que el mismo fondo otorga. Los aportes voluntarios por planes superadores deberán aportar 20% al FSR.

3 Según la última información oficial disponible correspondiente al segundo semestre de 2023, la pobreza individual en Argentina asciende a 41,7%. Cualquier medida que incremente las erogaciones o gastos de bolsillo para acceder a la atención, agrava las condiciones especialmente de esta población y conduce inevitablemente a profundizar el empobrecimiento de los grupos más vulnerables especialmente los trabajadores independientes y los informales.

*Prescripción de medicamentos por su nombre genérico y recetas electrónicas o digitales.* El decreto modifica la ley de prescripción por genéricos (N° 26549) obligando a la prescripción por nombre genéricos exclusivamente (elimina la prescripción por marca) e incluye también la modernización del sistema mediante la implementación obligatoria de recetas electrónicas. Las modificaciones incorporadas a la Ley N° 27553 prevén la eliminación de las recetas manuscritas, estableciendo de este modo únicamente la prescripción y dispensación de medicamentos mediante plataformas electrónicas habilitadas.

*Ejercicio de la actividad farmacéutica y habilitación de las farmacias, droguerías y herboristerías.* Se permite el expendio de medicamentos de venta libre fuera de farmacias habilitadas y ya no se requerirá la dispensa por farmacéuticos o personas autorizadas para el expendio. Se eliminó la prohibición prevista en la Ley N° 17565 para la instalación de casas o talleres de óptica en las farmacias, el establecimiento de consultorios médicos u odontológicos en el local de una farmacia o anexo a la misma. Se elimina la obligación de la presencia del farmacéutico como director técnico en las farmacias y podrá ser reemplazado por farmacéuticos auxiliares y/o de auxiliares de despacho. Adicionalmente se elimina la obligación de habilitación sanitaria para las herboristerías y tampoco requerirán de un libro de inspecciones habilitado por la autoridad sanitaria y se autoriza a las droguerías a despachar recetas.

## **¿Qué implican estas modificaciones en términos de acceso a la atención y de derecho a la salud?**

Siguiendo el orden presentado previamente y una vez reseñados los cambios introducidos por el DNU, nos proponemos sintetizar las implicancias que estas medidas tienen sobre el sistema de salud en general y sobre el bienestar de la población en particular.

1) La ANLAP no es una empresa pública ni tiene por objeto la producción de medicamentos, es una agencia que desarrolla estrategias que impulsan –a través de los laboratorios públicos asociados– la producción de aquellos bienes (medicamentos, productos para uso humano, diagnósticos o vacunas) que no son provistos apropiadamente –acorde a las necesidades– por el sector privado o bien porque no son rentables, o bien porque no existe interés comercial en atender tales necesidades sanitarias. Estos laboratorios de capital público son en general propiedad de las jurisdicciones provinciales o municipales, universidades o centros de investigación. Todas las acciones de la ANLAP están (o estuvieron) orientadas a encontrar soluciones a necesidades sanitarias que no han sido resueltas por los mercados privados de medicamento.

En este marco, la ANLAP ha impulsado y acompañado iniciativas tales como la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina (no producida en ningún otro lugar del mundo), la vacuna antirrábica de uso humano, la investigación y desarrollo de vacunas terapéuticas basadas en ADN y ARN para el tratamiento del Chagas; desarrollo de formulaciones pediátricas en enfermedades poco frecuentes y desatendidas, oncológicas o antirretrovirales; innovación en medicamentos inhalables para fibrosis quística; realización de estudios orientados al tratamiento de la tuberculosis; modernización tecnológica y asistencia técnica para el logro de buenas prácticas de manufactura (BPM); producción de

vacunas para enfermedades de control estratégico, investigación, desarrollo y producción de sueros antivenenos, antitoxinas y antivirales, o medicamentos para enfermedades poco frecuentes y desatendidas, repelentes de bajo costo, entre muchas otras iniciativas. En este sentido, la producción pública estratégica de medicamentos resulta una herramienta fundamental para fortalecer la disponibilidad y acceso a los medicamentos de forma tal de promover el efectivo ejercicio del derecho a la salud por parte de la población. La Organización Mundial de la Salud establece que los medicamentos esenciales son los que “cubren las necesidades de atención de salud prioritarias de la población” y afirma que “deben estar disponibles en todo momento, en cantidades suficientes, en las formas farmacéuticas apropiadas, con una calidad garantizada y a un precio asequible para las personas y para la comunidad”; en consecuencia, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para priorizar las estrategias de producción de medicamentos, para que la producción (o falta) de fármacos considerados esenciales para atender la salud o preservar la vida de la población no quede sujeta exclusivamente a las decisiones privadas a fin de evitar que la provisión y el acceso a los medicamentos se vea amenazada. La eliminación de ANLAP, contenida en el DNU, impacta significativamente tanto en el acceso como en la disponibilidad de medicamentos y productos huérfanos que el mercado privado no atiende por no ser económicamente rentables y socava el deber de protección del derecho a la salud. De este modo, nuestro país renuncia, entonces, a desarrollar una política de medicamentos estratégica a nivel nacional, que fue justamente la que permitió atender de manera oportuna y eficiente la mayor crisis sanitaria en la historia contemporánea originada por la pandemia de COVID-19 (CELS, 2024).

2) Las medidas impulsadas tienen por objeto “liberar las restricciones de precios al sistema de medicina prepaga” para “aumentar la competitividad” y reorganizar el sistema según las reglas de la libre competencia. El resultado, indefectiblemente, será una mayor segmentación del sistema de salud que traerá aparejada una mayor fragmentación. La incorporación de las EMP al régimen de Obras Sociales permitirá que los aportes de los trabajadores formales se destinen directamente al sector privado concentrado, generando una transferencia de recursos públicos y dañando la solidaridad del sistema. La libre elección supone que los individuos cuentan con información suficiente para tomar decisiones que le permitan escoger la EMP que le ofrezca la mejor relación cobertura-precio. Sin embargo, eso solo es posible y con limitaciones en los grandes centros urbanos, donde existe adecuada y suficiente oferta prestacional. La natural consecuencia, tal como ya se ha observado en la práctica, es un aumento de precios sin control que obliga a los usuarios o bien a destinar cada vez mayor volumen de recursos para sostener su cobertura, o bien a resignar el servicio y demandar los servicios del sistema público. De este modo, se profundiza la perspectiva individualista de la salud, donde la garantía del derecho a la salud queda sujeta a la capacidad de pago de quienes pretendan acceder a la atención.

3) Con relación a las modificaciones del sistema de OOSS, las modificaciones que flexibilizan el uso de los fondos, permitiendo su destino a usos distintos al de la atención de la salud, no solo atenta contra su objeto constitutivo, sino que pone en peligro la cobertura prestacional de sus beneficiarios, que ya se encuentra en situación crítica por los elevados y crecientes costos sanitarios. La decisión de poner a competir a las obras sociales con las EMP debilita el sistema solidario, generando incentivos a la búsqueda de rentabilidad, más a que a garantizar el derecho a la salud; esto se pone de relieve al autorizar



el cobro de diferenciales de precios según edad, sin control gubernamental. Ninguna de estas medidas permite visualizar beneficios para los afiliados en tanto en ningún caso se otorgan competencias ni a la SSS ni al Ministerio de Salud para garantizar el cumplimiento de la cobertura obligatoria (PMO) ni se impulsan acciones para mejorar las condiciones de acceso a las prestaciones por parte de los usuarios.

4) La modificación a la ley de prescripción por nombre genérico sí puede entenderse como un beneficio para los usuarios: al prohibir la prescripción por marca, protege a los usuarios e introduce competencia en un mercado donde es posible que se generen mecanismos competitivos que redunden en beneficios para la población, a través de la reducción de precios y la posibilidad de sustitución. Esta modificación era quizás la única medida ventajosa para la población dentro del decreto, sin embargo, a las escasas tres semanas de su publicación, las presiones de la industria farmacéutica lograron que se volviera a la redacción de la ley original. Por otra parte, en lo que refiere a la eliminación de la posibilidad de la prescripción manuscrita exigiendo solo la receta electrónica, se introduce una barrera de acceso insalvable para gran parte de la población que reside en zonas rurales, alejadas, con escasos centros de atención y sin conectividad, obstaculizando el trabajo de médicos rurales que, a lo largo de la geografía de nuestro país, visitan a sus pacientes casa a casa. Nuevamente se dañan derechos adquiridos en nombre de la eficiencia.

5) En cuanto a las medidas relacionadas con el ejercicio de la profesión farmacéutica, es posible identificar un importante impacto en la salud pública, dado que permitir la venta de medicamentos en establecimientos no especializados podría poner en riesgo la salud de la población. La venta de medicamentos sin la supervisión de un profesional capacitado puede llevar a un uso inapropiado y aumentar el riesgo de efectos adversos y errores de medicación.<sup>4</sup> Adicionalmente, se incrementa significativamente el riesgo de circulación de medicamentos falsificados o de calidad dudosa, ya que los establecimientos no especializados no cuentan con capacidad de control de regulaciones específicas. En cuanto a las implicancias legales y éticas, el DNU transgrede normativas y leyes existentes que regulan la profesión farmacéutica, el almacenamiento que garantiza las condiciones óptimas de conservación y la distribución de medicamentos.

La Observación General N° 14 del Comité DESC establece diversas obligaciones de los Estados parte en materia de salud, que se ponen en aparente riesgo de ser incumplidas con las medidas incluidas en el DNU N° 70 y que pareciera oportuno recordar.

Los Estados tienen obligaciones de respeto, protección y cumplimiento. Esto implica que deben abstenerse de interferir en el disfrute del derecho a la salud incluyendo la no discriminación en el acceso a la atención sanitaria y la no limitación del acceso a la información y a los servicios de salud. Deben, además, prevenir la violación del derecho a la salud por terceros, como, por ejemplo, las empresas privadas, para lo cual deben procurar la regulación adecuada de las actividades que puedan afectar negativamente la salud y deben adoptar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judi-

<sup>4</sup> Téngase presente que el consumo inadecuado de medicamentos ha sido declarado por la OMS como un problema de salud mundial por la elevada morbilidad que produce (Organización Mundial de la Salud, 2004).



ciales, promocionales y de cualquier otra índole que sean necesarias para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la salud. Esto incluye proveer servicios de salud, establecer políticas de salud pública y crear un entorno favorable para la realización del derecho a la salud (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000: 10-11).

En cuanto a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, los Estados deben garantizar que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén disponibles en cantidad suficiente, sean accesibles para todos sin discriminación, incluyendo la accesibilidad física, económica y a la información. Además, deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados y deben ser científica y médicamente adecuados y de buena calidad (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000: 3-5).

Los Estados, a su vez, deben asegurar la satisfacción de niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a la salud. Esto incluye la provisión de atención primaria básica de la salud y el acceso a medicamentos esenciales (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000: 12-13).

## **A modo de conclusión**

El DNU N° 70/2023, titulado Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina, se presenta como una serie de reformas destinadas a desregular la economía y fomentar la competitividad. Sin embargo, en su aplicación a las políticas sanitarias, plantea una serie de preocupaciones significativas sobre la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones constitucionales en relación con el derecho a la salud.

Aunque algunas medidas del DNU N° 70/2023 pudieran producir beneficios económicos o incluso contribuir a la reducción del gasto público, la implementación de estas reformas en el sector de la salud plantea serias preocupaciones. La desregulación propuesta, en tanto se aplica en un mercado fuertemente fallado tanto en términos de eficiencia como de equidad, puede llevar a un acceso desigual a la atención médica, aumentar los costos para los sectores más vulnerables conduciéndolos a una situación cada vez más grave y comprometer la seguridad y calidad de los bienes, servicios y productos sanitarios, a partir de eliminar un conjunto de controles que lejos de ser “burocráticos” son la garantía de seguridad y eficacia (calidad) de los insumos que se utilizan en la atención de la salud. Estas determinaciones normativas parecen contradecir tanto las bases constitucionales del derecho a la salud y el espíritu de la Constitución Nacional como los tratados internacionales ratificados por nuestro país que reconocen el derecho a la salud como un derecho fundamental y establecen obligaciones claras para los Estados parte a fin de garantizar su efectivo goce.

Por lo tanto, es fundamental que cualquier reforma que quiera impulsarse en este ámbito sea cuidadosamente debatida, evaluada y equilibrada para asegurar que no se sacrifiquen derechos fundamentales en aras de la desregulación económica y de la “libertad”, debate que lamentablemente no ha tenido

lugar a la hora de impulsar el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023 y que ha derivado en una innumerable cantidad de recursos interpuestos en la justicia, que en su mayoría no han sido aún resueltos.

## Referencias bibliográficas

- ACNUDH-OMS (2008). *El derecho a la salud*. Ginebra, Suiza: Folleto Informativo Nro. 31.
- Asociación Civil Macame y otros c/Estado Nacional Argentino - P.E.N. s/ amparo ley 16.986 (CSJN 5 de julio de 2022).
- CELS (2024). *Sobre el DNU 70/2023*. Buenos Aires: Centro de Estudios Laborales y Sociales.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). *Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Ginebra: Naciones Unidas.
- Díaz Muñoz, A. R. (2021). *Agenda de la salud pública argentina: enfoques, experiencias e investigación*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones ISALUD.
- Furlan y familiares vs. Argentina, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C, núm. 246. (Corte IDH 31 de agosto de 2012). Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf)
- González García, G.; Tarragona, S. y de la Puente, C. (2004). *Medicamentos: Salud, política y economía*. Buenos Aires: Ediciones ISALUD.
- Grover, A. (2013). *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Misión a Tayikistán (24 a 31 de mayo de 2012): ONU. Consejo de Derechos Humanos.
- Organización Mundial de la Salud (2004). *Informe sobre la salud en el mundo 2004: Cambio de panorama: mejorar el desempeño del sistema de salud*. Ginebra: Ginebra: WHO.
- Poblete Vilches y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas (Corte IDH 8 de marzo de 2018). Recuperado de <https://www.refworld.org/es/jur/jur/corteidh/+2018/es/147906>
- Robles, M. (2016). El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014). *Cuestiones Constitucionales*, 35, 199-246. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?scri>
- Rossi, J. (2020). Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat”. *Pensar en derecho*, 183-235.
- Rovere, M. (2018). Derecho a la salud y reforma constitucional. *Charla-debate*. Buenos Aires. Recuperado de <https://www.periodicovas.com/derecho-a-la-salud-y-reforma-constitucional/>

Stiglitz, J. (2003). Capítulo 4. Los fallos de mercado. En J. Stiglitz, *La Economía del Sector Público*. Antoni Bosch.

Thea, F. y Losada Revol, I. (2019). Jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En M. Benente, *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma de 1994. A 25 años. Colección pensamiento nacional* (pp. 293-335). José. C. Paz: EDUNPAZ.

Ximenes Lopes vs. Brasil, Excepción preliminar. Serie C, núm. 139 (Corte IDH 30 de noviembre de 2005). Recuperado de 2024, de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_139\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_139_esp.pdf)



# Agua que no has de beber

## El derecho humano al agua en las escuelas bonaerenses



Rosario Vazquez\*

*Somos testigos obligados del costo humano  
del actual sistema productivo.*

(Ana Zabaloy)<sup>1</sup>

En todo establecimiento educativo el agua es fundamental para garantizar un ambiente saludable, seguro y propicio para el aprendizaje. Según UNICEF

Los niños que reciben información sobre agua segura, saneamiento y hábitos de higiene en la escuela pueden reforzar comportamientos positivos de por vida en sus casas y sus comunidades. Sin embargo, cada día, millones de niños van a la escuela en entornos de aprendizaje inseguros en los que no hay agua potable, retretes adecuados ni jabón para lavarse las manos.<sup>2</sup>

\* UNPAZ.

1 Maestra y psicopedagoga argentina. Docente y directora de la Escuela N°11 de San Antonio de Areco, provincia de Buenos Aires. Encabezó la lucha de los docentes de las escuelas rurales fumigadas; en 2016 fundó la Red Federal de Docentes por la Vida. Falleció de cáncer el 9 de junio de 2019.

2 UNICEF 11 datos que desconocías sobre agua, higiene y saneamiento en las escuelas. <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/11-datos-que-desconoc%C3%ADas-sobre-agua-higiene-y-saneamiento-en-las-escuelas>

Entonces, ¿podemos pensar en una educación de calidad sin acceso al agua? ¿Qué vínculo existe entre el nexo derecho al agua-salud y el derecho a la educación?

En esta exposición pretendo abordar, en principio, la base jurídica del derecho al agua en Argentina con relación al derecho a la salud y la educación. Luego me detendré en la calidad del agua en las escuelas bonaerenses, a partir del estudio de casos concretos relevados en los últimos años. Acto seguido, explicaré sucintamente el impacto que puede tener en la salud el consumir agua no potable en forma crónica, con especial atención en la situación de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA). Finalmente, expondré los motivos por los cuales resulta imperioso que el Estado, en todos sus niveles y en forma urgente, cumpla con la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de estos derechos fundamentales.

La regulación jurídica del derecho al agua, tanto en el ámbito internacional como en la normativa local es mínima, pero suficiente. El acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas constituye uno de los factores determinantes de la salud.<sup>3</sup> Pero más allá de su vínculo indisoluble con el desarrollo humano, debemos partir de la premisa de que el agua es un componente del ambiente y, como tal, está protegida como interés jurídico en sí misma, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales.<sup>4</sup> El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos contiene el derecho humano al agua de forma implícita en la Declaración Universal de 1948 cuando establece, en el artículo 25.1, el derecho a un nivel de vida adecuado. También en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en una interpretación extensiva del derecho a la vida, la integridad y los derechos del niño,<sup>5</sup> y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) se encuentra contenido en los artículos 11 (derecho a un nivel de vida adecuado) y artículo 12 (derecho al más alto nivel posible de salud física y mental); ambos estrechamente vinculados al derecho al agua.

Así lo entendió el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) cuando en el año 2002 aprobó su Observación General N° 15 sobre el derecho al agua, definido como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.<sup>6</sup> Ella fija los estándares de este derecho basado en factores como la calidad, accesibilidad y disponibilidad, al mismo tiempo que establece las obligaciones inmediatas que no admiten la posibilidad de alegar la falta de recursos para justificar su incumplimiento. Entre estas obligaciones básicas se destacan la de “garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades” y la de “prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho”.<sup>7</sup> Más tarde, en el año 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró al derecho al

3 Comité de DESC, Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 4.

4 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 62.

5 Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución de 16 de diciembre de 1966, de la Asamblea General. Artículos 6.1, 10.1 y 24.1

6 Comité de DESC, Observación General N° 15. El derecho al agua, (2002) párr. 2.

7 *Ibidem*, nota 6, párr. 16.

agua potable y al saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos, estableciendo el alcance y la naturaleza de dicho derecho.<sup>8</sup>

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece vinculaciones entre el derecho al agua y al disfrute del más alto nivel posible de salud cuando obliga a los Estados parte a adoptar medidas apropiadas para

combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente.<sup>9</sup>

La Declaración Americana no reconoce expresamente el derecho al agua, sí establece, en los artículos 1 y 11 el derecho a la vida, a la integridad personal y el derecho de toda persona a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el derecho al agua aparece nuevamente asociado al derecho a la vida (artículo 4), la integridad personal (artículo 5) y el desarrollo progresivo (artículo 26). La falta de regulación específica no le impidió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo órgano de interpretación de la CADH, expresarse sobre el acceso al agua y sus múltiples dimensiones a través de sus sentencias. En varias ocasiones ha señalado que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.<sup>10</sup>

En la Constitución Nacional Argentina este derecho está presente en el artículo 14 bis, relacionado con la vivienda digna y la seguridad social, en el 18 cuando hace referencia a las condiciones de detención de las cárceles y en el 41 que reconoce el derecho a un ambiente sano y equilibrado y exige la utilización racional de los recursos naturales. Asimismo, aparece en forma implícita en el artículo 42 que versa sobre los derechos de los consumidores y usuarios (salud, seguridad e información, entre otros). También en el artículo 43, que constitucionaliza la acción de amparo, un recurso judicial que se puede interponer cuando el derecho al agua esté siendo vulnerado en forma actual o inminente por el Estado o por un particular. Estos artículos a su vez se complementan con los instrumentos internacionales antes mencionados que, desde la reforma de 1994, tienen jerarquía constitucional.

A nivel federal lo más parecido a una serie de lineamientos básicos sobre este asunto es el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, pero nada dice del derecho al agua potable para el consumo humano. Por su parte, la Ley General del Ambiente N° 25675 en su primer artículo “establece los presupuestos

8 Resolución A/RES/64/292 del 30/07/2010.

9 Naciones Unidas (1989): Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Artículo 24.

10 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual 2015 Capítulo IV, Acceso al agua en las Américas una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano. Cdo. 27.

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”.

La provincia de Buenos Aires reconoce para sus habitantes el derecho a la salud y a gozar de un ambiente sano y contrae en su Constitución la obligación de diseñar “políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física”. Además, asume la tarea de

controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales.<sup>11</sup>

Sin embargo, la situación del derecho al agua potable en esta provincia es extremadamente preocupante. Existe un alto grado de contaminación de las napas de agua subterránea, principalmente, del Acuífero Pampeano, del cual extraen el agua la mayoría de los habitantes del Gran Buenos Aires que no tienen agua de red.<sup>12</sup> Pese a esto, el Estado no ha adoptado políticas públicas de alcance general a fin de cumplir con su obligación, e inclusive, admite desconocer la cantidad precisa de personas que se encuentran en dicha situación y la calidad del agua que ellas consumen.<sup>13</sup> Además de la presencia en aguas subterráneas de elementos altamente nocivos –fundamentalmente arsénico– de origen natural, existen otras fuentes de infiltración de sustancias en el sistema acuífero que pueden clasificarse en: contaminación de origen urbano, contaminación de origen industrial, contaminación por medio de residuos sólidos y contaminación por medio de actividades agrícolas.<sup>14</sup>

Es preciso aclarar que no es objeto de esta ponencia el desarrollo de todas las fuentes de contaminación del agua y su impacto en la salud pública, aunque su estudio permite comprender de manera integral la gravedad de la problemática. Como ya se adelantó, el principal objetivo de este escrito es poner en evidencia, a partir de la información disponible hasta el momento, la contaminación del agua en los establecimientos educativos de la provincia y su impacto en la salud de quienes la consumen y utilizan en forma periódica.

Para poner en contexto este asunto, advertimos que los problemas que afectan la calidad de la enseñanza en las escuelas bonaerenses en la actualidad son numerosos. La falta de infraestructura, aulas

11 Constitución de la Provincia de Buenos Aires, artículo 28.

12 CELS, El acceso a agua segura en el Área Metropolitana de Buenos Aires: una obligación impostergable. Buenos Aires, 2009. Pág. 11.

13 La mala calidad del agua subterránea fue puesta de manifiesto al rescindirse el contrato con la empresa Aguas Argentinas S.A en el año 2006. En esa oportunidad, el Poder Ejecutivo Nacional admitió que la empresa no le daba al agua subterránea un adecuado tratamiento, por lo que suministraba agua con una concentración de nitratos superior al máximo de 45 mg/l que permitía el contrato de concesión y el Código Alimentario Argentino.

14 *Ibidem*, nota 14, pág. 13 y subsiguientes.



y espacios verdes obliga a estudiantes y docentes a trabajar en condiciones de hacinamiento, falta de ventilación, mobiliario sano y suficiente, entre otras carencias. A pesar de que las y los alumnos tienen derecho a “desarrollar sus aprendizajes en edificios que respondan a normas de seguridad y salubridad, con instalaciones y equipamiento que aseguren la calidad del servicio educativo”,<sup>15</sup> la realidad es alarmante. Prueba contundente y lamentable de las pésimas condiciones edilicias fue el asesinato laboral<sup>16</sup> en el año 2018 de la vicedirectora Sandra Calamano y el auxiliar Ruben Rodríguez, producto de una explosión de gas en un establecimiento educativo del partido de Moreno, a tan solo 20 minutos del horario de ingreso. A raíz de este hecho, la sociedad pudo tomar dimensión de las condiciones en las que se espera que estudiantes aprendan y docentes enseñen y el reclamo por “escuelas dignas y seguras” cobró mayor notoriedad.

Sin embargo, la problemática del agua potable en las escuelas no está atravesada únicamente por un contexto de falta de inversión educativa sostenida en el tiempo. Las políticas neoliberales de los años 90 desfinanciaron la escuela pública al transferir a las provincias la política educativa, lo que profundizó las desigualdades ya existentes en el territorio nacional. Por esos años, además, se otorgaron permisos inconsultos y beneficios económicos a un novedoso sistema agropecuario que prometía alimentos para todos. El agronegocio, basado en la concentración de la tierra en pocas manos y la implementación de un paquete tecnológico compuesto por la siembra directa, semillas transgénicas y el uso desmedido de agroquímicos, se consolidó en las siguientes décadas al punto de instalarse como la única alternativa de producción posible. Desde entonces, las escuelas rurales de la provincia de Buenos Aires se fueron despoblando de estudiantes al mismo tiempo que fueron albergando todo el veneno disperso en los campos de trigo y soja que se instalaron a su alrededor.

El propio ex ministro de Ambiente y Desarrollo Sustentable, Juan Cabandié, reconoció en una reunión virtual que mantuvo con la Comisión de Ambiente y Desarrollo Sustentable del Senado que

ese glifosato o veneno contamina las napas freáticas y se fumiga la cara de los niños en las escuelas rurales y las de los centros urbanos. Hay muertes producto del glifosato. [...] Esto llega a todos lados, la contaminación tiene la característica de no tener lugar físico.<sup>17</sup>

Frente a todas las investigaciones que se vienen desarrollando en nuestro país en las últimas décadas que señalan la estrecha vinculación entre la degradación ambiental y las enfermedades crónicas, las comunidades educativas nos preguntamos ¿puede la escuela permanecer al margen de este sistema? ¿Son los establecimientos educativos capaces de garantizar un espacio seguro y saludable para las infancias?

15 Ley de Educación Nacional N° 26206, artículo 126.

16 Entendemos por “asesinato laboral” a la muerte evitable de un trabajador/a en ocasión de trabajo producto de condiciones inseguras o falta de provisión de herramientas y equipos de seguridad adecuados.

17 La Nación (2020). Lo calificó de “veneno”. Polémica por las declaraciones del ministro Cabandié sobre el glifosato.

El Código Alimentario Argentino (CAA), en consonancia con la Observación General N°15 del Comité de DESC, define al agua potable como aquella que “es apta para la alimentación y uso doméstico”. Para esto no deberá contener “sustancias o cuerpos extraños de origen biológico, orgánico, inorgánico o radiactivo en tenores tales que la hagan peligrosa para la salud”. Además, deberá “presentar sabor agradable y ser prácticamente incolora, inodora, límpida y transparente”.<sup>18</sup> El Ministerio de Salud de la Nación, por su parte, habla de “agua segura” y la define como “aquella que por su condición y tratamiento no contiene gérmenes ni sustancias tóxicas que puedan afectar la salud de las personas”.<sup>19</sup>

El CAA también regula los valores de concentración máxima de diferentes sustancias para el uso de agua destinada al consumo. Con relación al arsénico, por ejemplo, los valores máximos permitidos fueron modificados por recomendación de la Organización Mundial de la Salud en el 2007. Se redujo el valor de este metaloide en agua de bebida de 50 a 10 microgramos por litro (0,01 mg/l), con un período de 5 años para alcanzarlo. En el caso de los plaguicidas, debido a la antigüedad de esta norma, muchos de los que menciona ya no se usan en el país, otros se encuentran totalmente prohibidos y lo más alarmante es que la mayoría de los agroquímicos que hoy se utilizan no se encuentran regulados.

La Ley N° 24051 incluye en la categoría de residuos peligrosos a los “desechos resultantes de la producción, la preparación y utilización de biocidas y productos fitosanitarios”<sup>20</sup> y, al no contar con una regulación más específica, esta es una de las normas más utilizadas al momento de exigir el cese de la contaminación. En la provincia de Buenos Aires, la Ley N° 11820 regula la aplicación de ciertos pesticidas, pero presenta los mismos problemas que el CAA y pese a contar con la Autoridad del Agua, órgano competente en el territorio provincial, la norma no ha sido actualizada.<sup>21</sup> Es por eso que para hablar de los límites tolerables de plaguicidas en el agua se recurre a las recomendaciones internacionales. El Consejo de la Unión Europea estableció que la suma de todos los plaguicidas cuantificados presentes en una muestra de agua destinada al consumo humano debe tener una máxima concentración de 0,5 microgramos por litro. Simultáneamente, cada molécula de plaguicida cuantificado individualmente no puede superar el valor máximo de 0,1 microgramos por litro.<sup>22</sup> Esta normativa es de vanguardia, ya que cada año la industria genera nuevos plaguicidas, mientras que las regulaciones requieren de un largo periodo para su análisis e implementación, es por eso que es considerada la más amplia y la más protectora de la salud humana.

En relación con la calidad del agua en las escuelas, la normativa vigente de la provincia de Buenos Aires asegura que “todo edificio escolar debe contar con una disponibilidad total de agua potable de 35 litros por alumno por día”.<sup>23</sup> Asimismo establece que se realizará preventivamente 2 veces al año

18 Código Alimentario Argentino. Capítulo XII, artículo 982.

19 Agua segura y salud | Argentina.gob.ar

20 Ley N° 24051 de Residuos Peligrosos, Anexo 1, Categorías sometidas a control Y4.

21 La Autoridad del Agua es el organismo encargado de establecer los estándares de calidad del agua y límites máximos dentro de los cuales puedan afectarse los cuerpos receptores. Fue creado en el año 1998 mediante la Ley Provincial N° 12257 “Código de Aguas”, art. 104.

22 Directiva N° 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro.

23 DGCyE, Dirección Provincial de Infraestructura Escolar, Resolución N° 398/2014 “Conjunto de normas y recomendaciones básicas de arquitectura escolar”, cap. IV, pág. 33.

el análisis físico-químico y bacteriológico del agua de tanques. El problema de estos análisis es que, además de no efectuarse con la regularidad que se exige, no tienen en cuenta la presencia de agroquímicos, metaloides (como, por ejemplo, el arsénico) y metales pesados. Por lo tanto, los resultados que arrojan devienen insuficientes y crean un escenario de virtual salubridad escolar que de facto no existe. Para fundamentar esta afirmación, a continuación, procederé a desarrollar brevemente los resultados de varios estudios realizados en distintas localidades a partir del análisis del agua tomada de las escuelas (rurales y urbanas) y/o sus inmediaciones.

En el año 2019, la organización Madres de Pueblos Fumigados, de Pergamino logró el procesamiento por contaminación ambiental de tres productores rurales. Los resultados de la investigación judicial arrojaron la presencia de 18 agroquímicos en todo el territorio analizado, dentro del cual se encuentran una escuela primaria y un jardín de infantes.<sup>24</sup> El informe evidenció la presencia de glifosato, atrazina, imidacloprid, acetoclor, clorpirifos y 2-4D, entre otras sustancias calificadas por la OMS como “probables cancerígenas”, además de una concentración de arsénico superior a lo permitido por el CAA y la Organización Mundial de la Salud.<sup>25</sup>

Sabrina Ortiz, abogada e integrante de la organización, relata en una entrevista que

Quando se conoce este informe sobre los 20 pozos de agua, el intendente viaja al juzgado para interiorizarse de la causa. Nosotros pensamos que una de las medidas que iba a tomar, es la de distribuir agua envasada para los chicos del barrio y las escuelas. En cambio, emite un comunicado diciendo que el agua es apta para el consumo y que esta denuncia se trata de una cuestión politiquera.<sup>26</sup>

La abogada sufre en carne propia la convivencia con los empresarios sojeros y las consecuencias en la salud que, como probaron los estudios toxicológicos epidemiológicos de su familia, son producto de las fumigaciones aéreas. Sus dos hijos fueron diagnosticados con cáncer, a ambos les detectaron glifosato en sangre más de 100 veces más de lo que sus cuerpos pueden tolerar. La sentencia de la Justicia Federal de San Nicolás estableció la prohibición de fumigar por vía terrestre a menos de 1.095 metros del ejido urbano y por vía aérea a menos de 3.000 metros. La misma fue apelada por el propio intendente de Pergamino, pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó el año pasado la distancia permitida.

En el año 2020 se extrajeron muestras de 15 establecimientos educativos de Tandil para ser analizadas en laboratorio del INTA-Balcarce. El resultado fue desolador, absolutamente todas las escuelas estaban contaminadas con agroquímicos y en algunas de ellas se encontraron hasta 8 sustancias presentes

24 En el marco de esta causa, la Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental mandó a analizar a los laboratorios del INTA-Balcarce muestras de suelo y agua subterráneas de tres barrios de la localidad.

25 OMS, Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer (IARC), “Evaluación de cinco insecticidas organofosforados y herbicidas”, marzo 2015.

26 Entrevista. Pergamino: madres de Barrios Fumigados logran el procesamiento de empresarios rurales.

en suelo y agua. Se encontraron en estas escuelas un total 16 plaguicidas en el agua y suelo, tres de ellos han sido clasificados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como clase II, moderadamente peligroso: los insecticidas clorpirifós, imidacloprid y el herbicida 2,4-D, el segundo más usado en Argentina detrás del glifosato.<sup>27</sup> Es importante aclarar que Tandil posee una de las regulaciones más laxas de la provincia sobre fumigaciones con agroquímicos. La normativa actual permite su aplicación a solo 50 metros de las casas, 20 de los cursos de agua y 150 de los establecimientos escolares y centros de salud. Pese a esto, docentes y vecinos señalan que las fumigaciones se extienden hasta el alambrado mismo de la escuela.

El mismo año, un equipo de investigación interdisciplinario de la Universidad Nacional de Mar del Plata publicó su Primer Informe Técnico con los resultados de análisis del agua proveniente de 7 perforaciones que abastecen a 11 escuelas periurbanas y rurales del Partido de General Pueyrredón. En dos de los pozos analizados se encontraron niveles de nitrato superiores a las recomendaciones del CAA (45 mg/L), uno de ellos contenía un valor de 174 mg/L. Si bien la presencia de nitrato en fuentes de agua puede ser de origen natural, se asocia en zonas agrícolas con la aplicación de fertilizantes que por escurrimiento o lixiviación alcanzan aguas superficiales y subterráneas. También se hallaron niveles de glifosato por encima de los valores de cuantificación en dos de las perforaciones estudiadas. El resultado final arrojó que en la mitad de los establecimientos educativos (1 jardín de infantes y 4 primarias) el agua está contaminada con estas sustancias que superan los valores de referencia y, por lo tanto, no es apta para el consumo humano. En la actualidad y a raíz de una medida cautelar, solo una de las escuelas es abastecida con agua potable por parte del municipio.<sup>28</sup>

Otro caso donde se logró una disposición judicial, pero que lamentablemente no se cumple, fue en la localidad de Marcos Paz. En noviembre de 2023, el Juzgado de Primera Instancia de Mercedes, decidió establecer una zona de prohibición de pesticidas de 1.000 metros y la obligación de proveer agua potable a toda la población. La sentencia se produce después de que la comunidad iniciara una acción de amparo en base a los datos que surgen del trabajo conjunto del equipo de la Universidad Nacional de General Sarmiento y las organizaciones sociales, entre ellas el Sindicato Unificado de Trabajadores de la Educación de la Provincia de Buenos Aires (SUTEBA-Marcos Paz). Los estudios arrojaron trazas de pesticidas y altas concentraciones de arsénico (14 veces más de lo permitido) en el agua para consumo de las 5 escuelas analizadas y el agua de red de la sede del SUTEBA, además de las aguas superficiales y otros puntos analizados.<sup>29</sup> Las investigadoras afirman que la atrazina es el agrotóxico que apareció en todas las muestras de agua. “La atrazina y el glifosato al combinarse entre sí y con el arsénico presente en las napas potencian sus efectos adversos sobre la salud y el ambiente”, aseguran, y además enfatizan que en algunas muestras encontraron “trazas de agrotóxicos cuyo uso está prohi-

27 Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Voluntariado Universitario, Informe sobre agroquímicos plaguicidas en escuelas rurales del partido de Tandil, 2020.

28 Conf. UNMDP, Facultad de Ciencias Exactas y Naturales. Grupo Aguas. Análisis químico de agua subterránea proveniente de perforaciones de escuelas periurbanas y rurales en la Zona Oeste Rural (ZOR), Partido de General Pueyrredón.

29 UNGS. Proyecto de extensión. Análisis de los impactos ambientales y sanitarios del agronegocio en los partidos de Marcos Paz y Exaltación de la Cruz” (CyTUNGS 2021-2022).

bido”.<sup>30</sup> En este contexto, las docentes relatan en casi todos los casos lo difícil que es que las familias tomen conciencia del riesgo al que están expuestos, debido entre otras cosas, a la falta de información veraz y la propagación de un mensaje que asegura que los plaguicidas son sustancias inocuas. Entre los relatos más alarmantes, surgen que, por ejemplo, muchas de las familias comentan que reutilizan los bidones que les regalan los aplicadores para cargarlos con agua para consumo, para bañar a sus hijos/as o como contenedores de ropa y juguetes.<sup>31</sup>

De lo anterior surge la importancia de recordar que el contenido del derecho al agua incluye la obligación de proporcionar a “los particulares y grupos un acceso pleno e igual a la información sobre el agua, los servicios de agua y medio ambiente que esté en posesión de las autoridades públicas o de terceros”.<sup>32</sup> Pese a esto, el camino de las organizaciones ambientalistas y asambleas en la búsqueda de información sobre la calidad del agua es muy arduo y muchas veces se encuentra obstaculizado por los poderes ejecutivos, sobre todo cuando no cuentan con el respaldo de las universidades. En la localidad de Ayacucho las comunidades hicieron todos los intentos para obtener los permisos de análisis del agua por parte de las autoridades educativas. Ante la falta de respuesta, en el año 2022, tomaron muestras de las viviendas vecinas que reciben la misma agua que las escuelas rurales y las mandaron a analizar al laboratorio del INTA-Balcarce. En una de ellas, ubicada en el paraje Solanet, se encontró una concentración de 8.9 microgramos por litro de glifosato, entre otros plaguicidas, un total de 28 moléculas en las muestras de agua.<sup>33</sup>

En el caso de Baradero, las docentes de escuelas rurales y periurbanas debieron realizar una colecta para costear los análisis del agua. Con el apoyo de la Red Federal de Docentes por la Vida y el Centro de Investigaciones del Medio Ambiente UNLP-CONICET lograron demostrar la presencia de 56 plaguicidas y metabolitos en tierra y agua. Además, se detectaron 3 casos positivos de glifosato y AMPA en el cuerpo de dos niñas y una docente, mediante un estudio de orina realizado por un laboratorio especializado en Mar del Plata.<sup>34</sup> En esta localidad, las organizaciones ambientalistas presentaron un proyecto de ordenanza que propone alejar las fumigaciones a una distancia de 1.000 metros de las escuelas, en consonancia con lo fijado por la CSJN. El Municipio, en cambio, propone 250 metros y la Sociedad Rural apenas 50.

La experiencia de Lobos fue bastante similar: para poder efectuar los estudios de laboratorio que se les negaron desde la municipalidad se reunieron siete organizaciones y conformaron A.P.A.L. (Aporte por el Ambiente en Lobos). Este colectivo financió los análisis mediante donaciones y venta de cartones de bingo. Los resultados comprobaron que, tanto en la zona rural como la urbana, el agua subterránea, superficial e incluso el agua de lluvia se encuentra contaminada. Hallaron en total 22 tipos distintos de plaguicidas, 11 presentes en las napas subterráneas, entre ellos, el 2.4-D, que fue encontrado 45 veces

30 Ambiente y salud: la coproducción del saber - UNGS.

31 Testimonio de Ana María Rodríguez, SUTEBA Marcos Paz.

32 *Ibidem*, nota 6, párr. 48.

33 Inta-Balcarce. Informe Asamblea Ayacucho, 13 de junio de 2022.

34 Informe conjunto de las organizaciones socioambientales de Baradero. ¿Qué agua tomamos? ¿Qué aire respiramos?: Análisis ambiental en Baradero, agosto 2022.

por encima de los valores permitidos de la Comisión Europea<sup>35</sup> y elevados niveles de arsénico en toda el agua de red. Los valores pertenecen a muestras de pozos particulares del radio urbano de Lobos, en las inmediaciones de un complejo deportivo, de un jardín de infantes y de una escuela primaria, así como también la Escuela Rural N° 3 de Chacras. En el año 2021 la Justicia de La Plata ordenó al Municipio entregar bidones de agua en clubes, escuelas, centros de salud y casas de vecinos y vecinas. Además, el fallo exige que se asegure el acceso al agua potable, su saneamiento y una solución al problema. En el partido vecino de Navarro la situación es muy similar. Allí los análisis del agua del INTA arrojaron la presencia de 23 agrotóxicos en el agua, suelo y vegetación, sumado a los altos niveles de arsénico. Estos resultados destacan como uno de los lugares de peor impacto la huerta de la Escuela Agraria.<sup>36</sup>

En el caso de Exaltación de la Cruz se analizó el agua de dos escuelas primarias y dos escuelas secundarias que comparten edificios. Los exámenes ratificaron la presencia de agrotóxicos y niveles de arsénico muy por encima de lo tolerado. En 2019, la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Campana falló a favor de la población, estableciendo una medida cautelar que impone la distancia mínima de 1.000 metros para las fumigaciones terrestres, que en la actualidad no se cumple.<sup>37</sup>

La comunidad de San Miguel del Monte decidió tomar el valioso precedente de Kersich, en el que se afirma que “el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces”.<sup>38</sup> Junto con la ONG Naturaleza de Derechos impulsaron una acción de amparo. Los análisis de agua que se hicieron en esa localidad arrojaron resultados de arsénico entre 80 y 100 microgramos por litro, cuando lo permitido como se ha dicho es 10, entre los establecimientos analizados se encuentran un jardín de infantes, una escuela agropecuaria y dos escuelas secundarias.<sup>39</sup> La Justicia resolvió, por un lado, una medida cautelar que obliga a entregar bidones con agua potable y, por otro, mediante una mesa de trabajo, la instalación de una Planta de Ósmosis Inversa para que toda la población que es abastecida por ABSA tenga acceso a agua potable.<sup>40</sup>

Una de las últimas medidas cautelares conquistadas por las asambleas y organizaciones ambientalistas se dictó en la sentencia de diciembre de 2023 de la Justicia Federal sobre el agua contaminada con glifosato en La Matanza. La misma obliga a la provincia y al municipio a entregar bidones de agua potable a una familia perteneciente a la comunidad educativa de la Escuela Técnica N° 13 de Virrey del Pino.<sup>41</sup> Los estudios de toxicología revelan que la familia de Erika Gebel, impulsora del reclamo judicial, convive con glifosato en sangre y que las enfermedades que los aquejan hace años serían producto de esta intoxicación. Dada la proximidad entre la vivienda de la familia y el establecimiento

35 Colectivo A.P.A.L. Aporte por el Ambiente de Lobos, Monitoreo ambiental para la detección de agroquímicos plaguicidas partido de Lobos, agosto 2022.

36 Inta-Balcarce. Informe Navarro, 30 de mayo de 2022.

37 *Ibidem*, nota 29.

38 CSJN, Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses, S.A. y otros s/ amparo. Sentencia del 2 de diciembre de 2014, considerando 10.

39 Instituto de Investigación e Ingeniería Ambiental. UNSAM. No de informe: 61/2018.

40 Juzgado Civil y Comercial Nro 17. Departamento Judicial de La Plata. Lamothe Coulomme Maria Carmen y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otro/a s/ amparo. Sentencia del 30 de Abril de 2019.

41 Cámara Federal de San Martín - Gebel, Erika y otros demandados: Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) Y OTROS s/INC APELACION” Sentencia del 29 de diciembre de 2023.

educativo, la Comisión de Ambiente del Suteba-La Matanza expresó que “la situación podría afectar a cientos de familias, incluyendo el Jardín 1.000, Escuela Primaria 210 y otras escuelas de la zona”. Lamentablemente, al día de hoy las autoridades del Consejo Escolar no han dado lugar al reclamo de las comunidades educativas.

Los ejemplos mencionados hasta el momento deben ser considerados como casos testigos de la contaminación del agua en las escuelas bonaerenses. Por su extensión, quedan fuera de este trabajo otras investigaciones ya efectuadas y/o en curso con características muy similares. A continuación, procederé a mencionar sucintamente las consecuencias en la salud de los NNyA del consumo crónico de las sustancias químicas antes mencionadas. Dado los resultados que arrojaron los análisis del agua en general, me detendré en la afectación en la salud del consumo de arsénico y plaguicidas por encima de lo tolerado.

El arsénico, de origen volcánico, se encuentra presente en todo el suelo de Argentina, siendo la zona más afectada la Llanura Chaco-Pampeana. Pese a que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires confirmó que el valor de arsénico en el agua para consumo humano no debe superar los 10 microgramos por litro,<sup>42</sup> la realidad dista bastante de ese mandato. Un estudio efectuado sobre 484 localidades de los 135 partidos reveló que en ninguna localidad los valores de arsénico se encuentran por debajo del rango establecido por la OMS y el CAA. Por el contrario, la gran mayoría se encuentra por encima de los valores tolerados, incluso si tomamos como referencia el antiguo límite de 50 microgramos por litro.<sup>43</sup> Los niveles de concentración que se encuentran en las aguas subterráneas no producen intoxicaciones agudas, pero pueden producir intoxicaciones crónicas debido a la ingesta, durante períodos de tiempo prolongados de pequeñas cantidades de arsénico a través del agua y alimentos cultivados o cocinados con esa agua. El hidroarsenicismo crónico regional endémico (HACRE) es una enfermedad hídrica asociada al consumo de arsénico que se caracteriza por presentar lesiones en piel y alteraciones sistémicas cancerosas y no cancerosas. Estudios recientes han demostrado que la población infantil expuesta durante el período prenatal y posnatal puede tener menor desempeño neurológico que los niños no expuestos.<sup>44</sup>

La exposición crónica al arsénico ha sido asociada con una variedad de problemas de la salud, incluyendo varios tipos de cáncer (piel, pulmón, vejiga, hígado, riñón y próstata), enfermedades o efectos neurológicos, gastrointestinales, hematológicos, patologías perinatales y otras manifestaciones clínicas, inmunológicas, efectos vasculares, incluyendo infarto de miocardio, hipertensión, diabetes, aborto, bajo peso al nacer, hiperqueratosis e hiperpigmentación.<sup>45</sup> En el caso de los NNyA, estos son más susceptibles debido a que la dosis de arsénico será, en promedio, mayor que la de los adultos expuestos a concentraciones similares, ya que su ingesta de líquidos y alimentos es relativamente alta en comparación con su peso corporal. Se ha observado que las enfermedades dermatológicas aparecen

42 Caselles, Ezequiel Pedro y Ots. c/ Aguas Bonaerenses S.A. y Otros s/ Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. La Plata 12 de octubre de 2023.

43 Red de Seguridad Alimentaria del Conicet. Arsénico en agua - Informe final. 31 de julio de 2018, pág. 20.

44 Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, Unidad de Investigación y Desarrollo Ambiental, “Epidemiología del Hidroarsenicismo Crónico Regional Endémico (HACRE) en la República Argentina”, Buenos Aires, 2006. Pág. 11.

45 *Ibidem*, nota 43, pág. 8.



más rápidamente en ellos y algunos estudios afirman que “existe una pequeña pero significativa disminución en la función cognitiva en niños en edad escolar asociada con niveles de arsénico en agua superiores a 0,050 mg/L”.<sup>46</sup>

La Sociedad Argentina de Pediatría presentó en el 2021 su primer informe sobre los efectos de los agrotóxicos en la salud infantil. Se trata de un extenso trabajo elaborado por más de una docena de profesionales que ofrecen datos, explicaciones e hipótesis sobre la forma en que los plaguicidas impactan en la salud de lo que definen como la población de mayor vulnerabilidad. A partir de estudios epidemiológicos de poblaciones expuestas a pesticidas de diverso tipo, arribaron a la conclusión de que los niños y niñas tienen mayor prevalencia de desarrollar broncoespasmo y asma bronquial y que dichos relevamientos podrían ser la explicación al aumento de esta enfermedad crónica. Además, se registra una mayor frecuencia de bebés nacidos con anomalías congénitas en poblaciones expuestas a pesticidas, algo que ya había sido investigado por el médico Andrés Carrasco. Asimismo, destacan los datos que, a nivel mundial, asocian a los pesticidas y el cáncer en la infancia, considerando la leucemia que es el más frecuente en la niñez, entre otras enfermedades producto de alteraciones en la salud en distintos periodos de desarrollo.

Muchas de las afecciones relacionadas con la exposición constante a plaguicidas están estrechamente relacionadas con los problemas en el aprendizaje que registran los NNyA y que se encuentran en notable aumento. Esto se debe principalmente a que gran cantidad de los pesticidas que se utilizan en Argentina están vinculados al daño en el desarrollo neurológico e intelectual. En concreto, el documento afirma que “las neuronas del cerebro de un infante son destruidas por pesticidas, si el desarrollo reproductivo es desviado por disruptores endocrinos, o si el desarrollo del sistema inmune es alterado, la disfunción resultante puede ser permanente e irreversible”.<sup>47</sup> Entre los efectos sobre el neurodesarrollo infantil se mencionan: trastornos como déficits de atención, hiperactividad, trastornos de aprendizaje, autismo y trastornos de conducta, entre otros.<sup>48</sup>

Este escenario, sumado a los niveles ya mencionados de contaminación por arsénico, trae como consecuencia el problema de la sinergia. Es decir, la potenciación de los efectos de un agente contaminante que se ve incrementado debido a la presencia de otros agentes. Un verdadero cóctel de agroquímicos y metaloides que tiene consecuencias en la salud aún no del todo estudiadas. Investigadores de la Universidad del Litoral recuerdan que “la Argentina es uno de los sitios con mayor hidroarsenicismo del planeta y uno de los países con mayor uso de glifosato, lo que la vuelve un escenario de riesgo ecotoxicológico bastante importante”.<sup>49</sup> Los resultados más contundentes en cuanto a la potenciación de arsénico con glifosato mencionan el daño en el ADN, disrupción en las hormonas tiroideas y un aumento en la proliferación celular.<sup>50</sup>

46 *Ibidem*, nota 43, pág. 40.

47 SAP. Comité de Salud Ambiental, “Efectos de los agrotóxicos en la salud infantil” junio 2021.

48 *Ibidem*, nota 47, pág. 14.

49 UNL Noticias. Glifosato y arsénico, un dúo peligroso. [https://www.unl.edu.ar/noticias/news/view/glifosato\\_y\\_ars%C3%A9nico\\_un\\_d%C3%BAo\\_peligroso#:~:text=En%20la%20Universidad%20Nacional%20del,sistema%20hormonal%20de%20los%20anfibios](https://www.unl.edu.ar/noticias/news/view/glifosato_y_ars%C3%A9nico_un_d%C3%BAo_peligroso#:~:text=En%20la%20Universidad%20Nacional%20del,sistema%20hormonal%20de%20los%20anfibios)

50 Javier Souza Casadinho. Informe sobre los plaguicidas altamente peligrosos en Argentina, CETAAR, la Red de Acción en Plaguicidas y sus Alternativas en América Latina, RAP-AL e IPEN, agosto 2019.



En base a la información desplegada hasta el momento y atendiendo los interrogantes que motivaron esta presentación, podemos concluir que:

- Existe una sospecha razonable y atendible sobre la calidad del agua de los establecimientos educativos de la provincia de Buenos Aires.
- El consumo de agua contaminada en forma continua y por un tiempo prolongado puede ocasionar intoxicaciones crónicas en millones de NNyA (y trabajadores de la educación).
- La ingesta de estas sustancias químicas –aun en bajas concentraciones– está relacionada con numerosas enfermedades que afectan especialmente a los NNyA por tratarse de una población vulnerable y en desarrollo.
- Es evidente la estrecha relación entre el derecho al agua, la salud y la educación. Los niños y niñas que gozan de buena salud se encuentran en mejores condiciones físicas, psicológicas y emocionales de aprender y completar sus estudios.

En síntesis, no podemos afirmar que la escuela sea un espacio seguro y saludable para las infancias. Un ambiente donde todos los niños, niñas y adolescentes puedan transitar durante largos años de sus vidas, 15 como mínimo,<sup>51</sup> sin ver comprometida su salud y bienestar. La exposición constante a distintas sustancias contaminantes contenidas en el agua que se consume y utiliza en las escuelas, constituye una violación a los tratados internacionales de derechos humanos, la Constitución Nacional, la legislación nacional y provincial. A su vez, atenta contra el marco normativo de la Dirección General de Cultura y Educación, que pone al cuidado y a la protección de las y los estudiantes en el eje central de la tarea educativa. El derecho de NNyA a un ambiente sano y equilibrado está presente, además, en la Ley Nacional de Protección Integral N° 26061 y en la Ley Provincial N° 13298 de Promoción y Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. La normativa vigente obliga al Estado a tomar las medidas que sean necesarias para “no impedir a los niños y niñas ejercer sus derechos por falta de agua potable en las instituciones de enseñanza”,<sup>52</sup> sin establecer distinciones entre las zonas rurales y urbanas.

Cuando se aborda la problemática del agua en las escuelas bonaerenses se puede caer en el error de inscribir este conflicto únicamente en los entornos rurales o periurbanos de la provincia. Sin embargo, está probado que la contaminación ambiental no alcanza únicamente a las poblaciones que habitan la ruralidad. Además, no existe un pleno control sobre la deriva de los fitosanitarios aplicados en los campos. Los plaguicidas viajan por el aire, con el polvo, y se encuentran presentes tanto en las aguas superficiales como en las subterráneas, una vez que entran en contacto con el ambiente escapan al dominio humano, se acumulan y pueden persistir en él mucho más de lo esperado. Lo que sí sabemos con exactitud es que hay contaminantes de origen natural presentes en el agua –en altas concentraciones– y que cada año la agroindustria utiliza más litros de fitosanitarios cuya regulación es cada vez más flexible y permisiva. De hecho, en las últimas semanas se firmó un decreto del Poder Ejecutivo

51 El sistema educativo argentino establece la obligatoriedad de la educación desde los 3 años hasta el nivel secundario.

52 *Ibidem*, nota 6, párrafo 16.

Nacional que autoriza la fumigación con drones, esto agrava aún más el ya descontrolado panorama que tiene a nuestro país como uno de los mayores consumidores de agroquímicos en el mundo.

La ciencia aporta constantemente nueva información sobre la toxicidad de sustancias químicas encontradas y ampliamente utilizadas en la agricultura, que son aprobadas a nivel nacional sin tener en cuenta los principios de precaución y prevención que surgen de la Ley General del Ambiente. Por lo tanto, la sensibilidad y la capacidad organizativa para hacer visibles estos temas, tanto por parte de las comunidades locales como por parte de los científicos, trabajadores de la educación y profesionales que trabajan en la salud social y ambiental, se vuelven cruciales.

Las experiencias desarrolladas en la presente ponencia constituyen verdaderos ejemplos de democracia comunitaria y participativa. Estas acciones de la sociedad civil dejan en evidencia la connivencia de los poderes ejecutivos locales que, frente a la producción de datos, se mantienen apacibles y expectantes y en algunos casos se convierten en enemigos directos de la lucha de las comunidades por el derecho al agua y el ambiente sano. Vale resaltar que en ninguno de los casos presentados existió la iniciativa por parte de las autoridades provinciales, locales, educativas o pertenecientes al sistema de salud de impulsar los exámenes del agua en las escuelas o en diseñar políticas públicas que brinden respuesta a este problema. Por el contrario, toda vez que las comunidades educativas, en conjunto con las asambleas y organizaciones ambientalistas, ONG y universidades solicitaron información o impulsaron los análisis del agua se encontraron con barreras administrativas, maniobras dilatorias y discursos de difamación. Como se mencionó con anterioridad, el derecho humano al agua incluye también la participación de la ciudadanía en los mecanismos de toma de decisiones públicas y el acceso constante a la información ambiental.<sup>53</sup>

Por otro lado, la falta de regulación específica, insuficiente o desactualizada en este tema no puede entenderse fuera de un sistema agropecuario dirigido por las grandes corporaciones y no por el Estado. Es necesario, por lo tanto, apoyar desde las universidades y los espacios que nos toque transitar como operadores del derecho estas iniciativas locales que pretenden resguardar el derecho de las infancias a crecer y desarrollarse en un ambiente sano y equilibrado. Debemos exigir a los distintos niveles del Estado la adecuación de las distintas regulaciones en defensa del ambiente, la salud y el interés superior del niño. Además de la ejecución de la normativa vigente a través de mecanismos de control sobre los plaguicidas y desechos contaminantes de la industria. A su vez, se deben llevar a cabo análisis integrales del agua en las escuelas por parte de laboratorios confiables y sin conflictos de interés. Finalmente, resulta urgente la implementación de políticas públicas acordes a las características y gravedad del problema y por sobre todo sostenidas en el tiempo.

En paralelo, es fundamental requerir al Poder Judicial una constante fiscalización sobre el efectivo cumplimiento de sus sentencias y la aplicación del principio de prevención en casos similares y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, tal como lo establece la jurisprudencia citada. En cuanto

53 Ley N° 25831, Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, y el Acuerdo de Escazú, aprobado por Ley N° 27566.

a los servicios de salud, es necesario que estos asuman el compromiso de impulsar los estudios epidemiológicos y que las y los profesionales continúen en la implementación de los registros médicos sanitarios denominados “hojas verdes” que tengan en cuenta las condiciones socioambientales de la población.

Por último, en relación con la escuela, persiste la ardua y solitaria tarea de seguir abogando por el derecho humano al agua en relación a la salud y la educación de todos los niños, niñas y adolescentes que la transitan diariamente. La reciente Ley de Educación Ambiental Integral, implementada en todos los niveles educativos, puede funcionar como una potente herramienta pedagógica que invite a las y los estudiantes a investigar, cuestionar y producir nuevas miradas y nuevas formas de entender y relacionarse con el ambiente. Un enfoque que les proporcione las herramientas conceptuales necesarias para entender quiénes son los actores involucrados en los conflictos ambientales que los atraviesan, cuáles son sus intereses y qué niveles de responsabilidad tienen en la búsqueda de soluciones o alternativas.

El problema de la falta de agua potable en las escuelas debe servir como un puntapié para poner en evidencia la magnitud de la degradación ambiental y su impacto en todos los seres vivos y ecosistemas. Todas estas demandas solo serán encauzadas si logramos construir un consenso social bajo la premisa de que “no puede haber cuerpos sanos en territorios enfermos”.<sup>54</sup>

## Referencias bibliográficas

Constitución Nacional.

Ley N° 26206 de Educación Nacional.

Ley N° 24051 de Residuos Peligrosos.

Ley N° 25688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas.

Ley N° 25675 General del Ambiente.

Ley N° 26621 de Educación Ambiental Integral.

Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley N° 25831 de Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental.

Ley N° 18284 Código Alimentario Argentino.

Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.

Naciones Unidas (Asamblea General) (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Naciones Unidas (Asamblea General) (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>54</sup> Damián Verzeñassi, médico especialista en medicina integral. Dirige el Instituto de Salud Socioambiental Facultad de Ciencias Médicas de la UNRosario.

Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Naciones Unidas. Resolución A/RES/64/292 del 30/07/2010.

Comité de DESC (2000). Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

Comité de DESC (2002). Observación General N° 15. El derecho al agua.

Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.

Organización de los Estados Americanos (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017.

CIDH. Informe Anual (2015). Capítulo IV, Acceso al agua en las Américas una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano.

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 (Escazú) aprobado por Ley N° 27566.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Ley Provincial N° 11820. Marco regulativo para la prestación de servicio de agua potable.

Ley Provincial N° 12257 Código de Aguas.

Ley Provincial N° 13298 de Promoción y Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

DGCyE. Dirección Provincial de Infraestructura Escolar, Resolución N° 398/2014. Conjunto de normas y recomendaciones básicas de arquitectura escolar Cap. IV.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo. Sentencia del 2 de diciembre de 2014.

Juzgado N°1 de Mercedes, Rodríguez, Ana María Lucía y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otro s/ Amparo. Sentencia de 23 de Octubre 2023.

Juzgado Civil y Comercial Nro 17. Departamento Judicial de La Plata. Lamothe Coulomme Maria Carmen y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otro/a s/ amparo. Sentencia del 30 de Abril de 2019.

Cámara Federal de San Martín. Gebel, Erika y otros, demandado: Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) Y OTROS s/INC APELACION” Sentencia del 29 de diciembre de 2023.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Caselles, Ezequiel Pedro y Ots. c/ Aguas Bonaerenses S.A. y Otros s/ Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. La Plata 12 de octubre de 2023.

OMS. Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer (IARC), Evaluación de cinco insecticidas organofosforados y herbicidas, marzo 2015 IARC Monographs Volume 112: evaluation of five organophosphate insecticides and herbicides

- UNICEF. Comunicados de Prensa (2018). 11 datos que desconocías sobre agua, higiene y saneamiento en las escuelas. Recuperado de <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/11-datos-que-desconoc%C3%ADas-sobre-agua-higiene-y-saneamiento-en-las-escuelas>
- Instituto de Investigación e Ingeniería Ambiental. Universidad Nacional de San Martín. No de informe: 61/2018.
- CELS. El acceso a agua segura en el Área Metropolitana de Buenos Aires: una obligación impostergable. Buenos Aires, 2009.
- Ministerio Público Fiscal. Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental - Lic. en Química María Fernanda Cúneo Basaldúa.
- Javier Souza Casadinho. Informe sobre los plaguicidas altamente peligrosos en Argentina, realizado CETAAR, la Red de Acción en Plaguicidas y sus Alternativas en América Latina, RAP-AL e IPEN, agosto 2019.
- Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Voluntariado Universitario, Informe sobre agroquímicos plaguicidas en escuelas rurales del partido de Tandil, 2020.
- UNGS. Proyecto de extensión. Análisis de los impactos ambientales y sanitarios del agronegocio en los partidos de Marcos Paz y Exaltación de la Cruz, Buenos Aires. Salud colectiva, coproducción de conocimiento y territorios (CyTUNGS 2021-2022).
- UNMDP. Facultad de Ciencias Exactas y Naturales. Grupo Aguas. Análisis químico de agua subterránea proveniente de perforaciones de escuelas periurbanas y rurales en la Zona Oeste Rural (ZOR), Partido de General Pueyrredón.
- Dra. Virginia Aparicio, Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria, Estación Experimental Agropecuaria Balcarce, Laboratorio de Plaguicidas. Informe Asamblea Ayacucho, 13 de junio de 2022.
- Informe Navarro, 30 de mayo de 2022.
- Informe conjunto de las organizaciones socioambientales de Baradero. ¿Qué agua tomamos? ¿Qué aire respiramos?: Análisis ambiental en Baradero, agosto 2022.
- Colectivo Aporte por el Ambiente de Lobos (APAL). Monitoreo ambiental para la detección de agroquímicos plaguicidas partido de Lobos, agosto 2022.
- Red de Seguridad Alimentaria del CONICET. Arsénico en agua - Informe final - 31 de julio de 2018.
- Sociedad Argentina de Pediatría, Comité de Salud Ambiental, Efectos de los agrotóxicos en la salud infantil, Junio 2021.
- Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, Unidad de Investigación y Desarrollo Ambiental, Epidemiología del Hidroarsenicismo Crónico Regional Endémico (HACRE) en la República Argentina, Buenos Aires, 2006.
- La Nación (2020). Lo calificó de “veneno”. Polémica por las declaraciones del ministro Cabandié sobre el glifosato. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/economia/campo/lo-califico-veneno-polemica-declaraciones-del-ministro-nid2367185/>

La Izquierda Diario (2019). Pergamino, Madres de Barrios Fumigados logran el procesamiento de empresarios rurales. Recuperado de <https://www.laizquierdadiario.com/Pergamino-Madres-de-Barrios-Fumigados-logran-el-procesamiento-de-empresarios-rurales>

Universidad Nacional de General Sarmiento (2024). Ambiente y salud: la coproducción del saber. Recuperado de <https://www.ungs.edu.ar/new/ambiente-y-salud-la-coproduccion-del-saber>

Registro de trabajo de campo del programa de investigación Conflictos Socioambientales, Conocimientos y Políticas en el Mapa Extractivista Argentino (2023) del LICH-EH. Testimonio de Ana María Rodríguez, SUTEBA Marcos Paz (video). Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=5cY47R61uew>

# Rodolfo Ortega Peña

## 50 años de un legado emancipatorio que deviene urgente



*Walter Javier Viegas\**

El 31 de julio de 1974, apenas unos minutos después de las 22, la Triple A asesinó a Rodolfo Ortega Peña en Carlos Pellegrini, a pocos metros de Arenales.

Sus últimas palabras fueron: “¿Qué pasa flaca?”. Su compañera no pudo responder.

En aquel tiempo ejecutar a un diputado nacional en pleno centro porteño desplazó los límites de la confrontación política.

Cincuenta años después, en tiempos en los que la globalización y el flujo incontrolable del capital han sometido a millones de personas a la experiencia clónica de la incertidumbre y a la angustia colectiva más profunda y alejada de los verdaderos causantes de su desdicha, conviene retornar a algunas experiencias que nos permitan empezar a vislumbrar un horizonte en el que la retórica se corresponda con su testimonio.

La noción de verdad ha perdido consistencia. La incertidumbre y la desprotección ontológica ha existido siempre, sin embargo, en el discurso contemporáneo se encuentran legitimadas y justificadas. Flexibilidad, autonomía, tercerización son significantes que hemos normalizado en la carrera de la supervivencia del más fuerte.

\* UNPAZ - Director de la Carrera de Abogacía. Contacto: [wviegas@unpaz.edu.ar](mailto:wviegas@unpaz.edu.ar)

La tecnología de redes sociales ha contribuido a construir este modelo de identidad adaptativa generando así un simulacro de sociedad, una falsa comunidad, una prédica del compartir que es, en verdad, una acción puramente mecánica y vacía de todo contenido genuino.

No dudo que hace rato que Rodolfo Ortega Peña se hubiera preguntado ¿qué pasa, compañero?, ¿qué pasa, compañera?

Es cierto que la denuncia que efectuamos ante la Justicia Federal contra el ex ministro de Economía parece moverse dentro del ámbito de castigo individual de las normas penales. Pero el objetivo, más que alcanzar a Krieger con sanciones jurídicas es poner en evidencia de una manera efectiva los mecanismos de poder económicos y financiero que generan a los Krieger Vasena, en un proyecto de control de nuestro país cuya lógica interna y desenvolvimiento tiene modificaciones con respecto a los métodos operativos tradicionales.

(Rodolfo Ortega Peña – Eduardo Luis Duhalde. *Nuevo Nombre*, Año 2, N° 29, mayo de 1972)

## De la introducción

Hay en este trabajo la pretensión de abordar algunos aspectos de la vida de Rodolfo Ortega Peña, entre octubre de 1956 y julio de 1974, que permanecen vigentes. El período elegido obedece a que en aquel año de la década de 1950 se recibió de abogado a los 21 años y en el de la década de 1970, a las 22:25 del miércoles 31 de julio, en la esquina de Carlos Pellegrini y Arenales, tres hombres de mediana edad, armados de ametralladoras, con absoluta frialdad y precisión, dispararon contra Ortega Peña y su esposa. Todo fue muy rápido. Ahora, el cadáver del diputado nacional Rodolfo Ortega Peña.

Hay un texto de Leonardo Bettanín (1974), en ese entonces diputado nacional del Frente Justicialista de Liberación (FREJULI), que recuerda a Ortega Peña como “una mezcla extraña de intelectual y militante, de teórico y practicista, apologista de lo organizativo pero totalmente incapaz de ser encuadrado, amante de lo popular pero con una inserción en círculos elitistas, casi exquisitos, que expresaban un aislamiento en términos prácticos de ese pueblo”.

Hay el encuentro con Eduardo Luis Duhalde y, a través del cruce de pareceres sobre la situación política universitaria y la coyuntura nacional e internacional en el Movimiento Universitario Reformista, el inicio de una amistad y una relación tan profunda que pocos personajes de la época recuerdan haberlos visto a uno sin el otro.

Hay una irrupción de Ortega Peña en el mundo jurídico intelectual con un texto que, en su esencia, no es jurídico, pero resulta de un gran aporte a la teoría jurídica. Efectivamente, en octubre de 1959 publica en la revista universitaria del Partido Comunista *Mar Dulce*, un artículo en el que presenta los temas que serán de su preocupación cotidiana: el imperialismo, sus consecuencias internas y las posibilidades de liberación. Se trataba de “América y el pensar”, en él expresa con claridad que los



pensadores de la región se enfrentan al problema de la originalidad para diferenciarse de los esquemas europeos (Celesia y Waisberg, 2007).

Hay en 1962 la creación del estudio jurídico Ortega Peña y Duhalde, que llegó a defender a más de 25 gremios y a tener 2000 juicios laborales en trámite. Simultáneamente, ejercían el periodismo en varias publicaciones, la defensa de presos políticos y sociales, una activa militancia política en la tendencia revolucionaria del movimiento peronista, el dictado de cursos de formación política para diversos grupos militantes o para los recién llegados al movimiento, y la producción de una gran cantidad de obras sobre historia argentina en muy pocos años (Eidelman, 2004).

Hay, entre 1963 y el golpe de Estado de 1966, el desarrollo de una prolífica actividad que combinó la defensa legal de importantes sindicatos como la Unión Obrera Textil (UOT), dirigida por Andrés Framini y la Unión Tranviarios Automotor (UTA) con la defensa penal de la CGT, encabezada por José Alonso. Ortega Peña y Duhalde asesoraban a importantes dirigentes del movimiento obrero, como Framini o Augusto Vandor (Eidelman, 2004).

Hay una activa participación en la Confederación General del Trabajo junto con Eduardo Luis Duhalde. Entre 1963 y 1966, la CGT impulsó varios planes de lucha y huelgas generales en defensa de los intereses del movimiento obrero, al mismo tiempo que hacía de la negociación una táctica permanente. El ejemplo más radicalizado fue el Plan de Lucha que entre mayo y junio de 1964 llevó a la ocupación de 11.000 establecimientos y fábricas por parte de casi 4 millones de trabajadoras y trabajadores. Ortega Peña y Duhalde tuvieron una activa participación colaborando con el secretario gremial de la CGT, el metalúrgico Avelino Fernández.

Hay la denuncia de la desaparición de Felipe Vallese, frente al silencio de los medios de comunicación oficiales. En 1965, junto a Duhalde, escribe un libro con motivo de cumplirse en agosto el tercer aniversario de la desaparición de Felipe Vallese. En agosto apareció *Felipe Vallese: proceso al sistema*. El libro de la UOM, estaba dedicado a “Manuel Dorrego, Facundo Quiroga, Martiniano Chilavert, Jerónimo Costa, Nazario Benavidez, Angel Vicente Peñaloza, Aurelio Zalazar, el general Valle y sus hombres y a los fusilados de José León Suárez”. El trabajo tuvo una distribución gratuita en el activismo obrero y una tirada de 20.000 ejemplares (Celesia y Waisberg, 2007).

Hay a partir de la dictadura de 1966 un activo defensor de presos políticos ensayando todos los caminos de una práctica social de la abogacía. Contribuyó a la fundación de la Asociación Gremial de Abogados, que se conformó en contraposición con los organismos profesionales que, en aquella época, agrupaban a los abogados de la Capital Federal, que se negaban a asumir la actividad defensiva, como el “conservador” Colegio de Abogados, o bien mantenían una actitud vacilante, como la Asociación de Abogados de Buenos Aires, que tenía un perfil más “liberal”. En ese espacio coexistían abogados provenientes de diferentes orientaciones políticas e ideológicas: por un lado, los abogados simpatizantes o vinculados al peronismo y, por otro, los que formaban parte de la izquierda disidente. Ortega Peña y Duhalde no eran orgánicos ni de FAR ni de Montoneros, pero tenían relación privile-

giada con ellos. Cuando la organización sabía que había caído algún militante iban ellos y distribuían las defensas (Chama, 2010).

Hay el surgimiento de un nuevo modelo de profesional: el abogado orgánico, concepto sobre el que efectuaremos algunas consideraciones en paralelo al clásico: intelectual orgánico.

Hay, posteriormente, el planteo y análisis de la necesidad de llevar adelante lo que se denomina “juicio de ruptura”, en el que se aprovecha el proceso penal para denunciar políticamente al sistema cambiando el eje del proceso; en cambio, en el “juicio de connivencia” se intentaba lograr su sobreseimiento. La defensa de connivencia equivale a la aceptación implícita de la culpabilidad, al reconocimiento de que el tribunal está legítimamente capacitado para impartir justicia y a que su sentencia debe ser asumida por el acusado. Por el contrario, la defensa de ruptura apuesta por desbordar el estrecho marco del derecho y trasladar el juicio a ámbitos más amplios, como pueden ser los medios de comunicación o la sociedad en general. Con esta defensa se niega la legitimidad a un tribunal para emitir una sentencia justa y se inicia un contraataque que trata de poner en contexto la verdadera magnitud del hecho enjuiciado.

Hay en Ortega Peña la convicción de que lo jurídico es un saber hacer para la liberación.

Hay, finalmente, el cargo de diputado de la nación argentina por Buenos Aires entre el 25 de mayo de 1973 y el 31 de julio de 1974, por el FreJuLi. Asume bajo el lema “la sangre derramada no será negociada”, que hacía referencia a la fuga y fusilamiento de los presos políticos del penal de Rawson, en 1972, que se conoció como la masacre de Trelew.

## **¿Hay un jurista en Rodolfo Ortega Peña?**

Lo primero que me pregunté, reflexionando sobre este tema, es si en Rodolfo Ortega Peña hay un jurista. Si en las pinceladas de su vida, entre octubre de 1956 y julio de 1974, arbitrariamente seleccionadas y enunciadas en la introducción, podemos encontrar aquellas características que definen a un jurista.

No encuentro en él el clásico generador de conocimiento a partir del análisis de las normas jurídicas formales entendidas como objetos autónomos de la historia social, política y económica que las rodea. Tampoco hallo en él un apego al discurso jurídico integrado por las teorías, doctrinas, opiniones, que resultan de la práctica teórica de los juristas y por las alusiones de uso y manipulación del cuerpo normativo por la práctica de los abogados, jueces, escribanos y operadores en general. Menos aún, su discurso se acerca al de los magistrados, los abogados, los profesores de derecho, los juristas, quienes “son los modernos brujos que transmiten e interpretan la palabra del poder, en un mundo donde la autoridad y Dios ya no se confunden” (Ruíz, 1986).

En cambio, sí hay en Ortega Peña alguien que le pone el cuerpo a la defensa que asume. Cuando digo cuerpo me refiero al sentido más literal de la palabra. Para él, la práctica de la abogacía está afectada por una serie de dispositivos jurídicos que, por un lado, pareciera que se le imponen rígidamente en su existencia e insistencia. Sin embargo, por otro lado, constituye un desafío que lo impulsa a desa-

rollar estrategias a fin de sortear los obstáculos que el mismo ordenamiento jurídico construye para la práctica abogacía. Ante él, la arquitectura normativa y la praxis de la abogacía son dos elementos que confluyen en su posicionamiento subjetivo como abogado.

Para Ortega Peña la arquitectura jurídica es una técnica próxima al pensamiento y apta para ponerlo en acción en el espacio aceptando, al mismo tiempo, la imposibilidad de la materialización absoluta de aquel (el pensamiento). Porque hay algo de él, “lo real”, que no cesa de no inscribirse. Sabe, aunque no lo diga, que el derecho cumple la función de soldar lo real con lo imaginario. Pone en evidencia el problema de la arquitectura jurídica como una posibilidad del pensamiento mismo; establece un ríspido y agudo contrapunto entre la defensa, el ordenamiento jurídico y el poder real. Encuentra allí un territorio fértil sobre el cual trazar caminos que abran otros espacios de denuncia y emancipación. Particularmente en el ámbito de la defensa de obreros y de presos políticos.

Su práctica está al servicio de la denuncia del Estado de derecho, en tanto y en cuanto no sea una herramienta emancipatoria. La relación abogado-ordenamiento jurídico la vive como una relación dialéctica, en la que conviven lo real y lo pensado, lo concreto y lo abstracto.

Definitivamente, no estamos ante un jurista. Más bien se trata de un intelectual. Su obra trasciende ampliamente el mundo de la abogacía y/o de lo jurídico.

Ya desde su formación, asoma en él un intelectual. Además de recibirse de abogado, tenía rendidas libres dieciocho materias de Filosofía, sólo le quedaban Griego, Latín y la tesis para obtener su licenciatura. También había aprobado un par de materias de Ciencias Económicas y un año académico de Ciencias Exactas. Estudió autores como Heidegger y Hegel con el filósofo Raúl Sciarreta. Tiene un breve paso como ayudante de cátedra de Filosofía del Derecho entre 1957 y 1958. Luego, en abril de 1959, presentó en la UBA una propuesta de tesis sobre “La teoría egológica del Derecho. Exposición crítica de sus supuestos ontológicos”, bajo la dirección de Ambrosio Gioja. Incluso llegó a intercambiar correspondencia con Carlos Cossio (Celesia y Waisberg, 2007).

En 1962, en la revista *Ficción*, que dirigía Juan Goyanarte, Ortega Peña publicó un largo análisis de la novela *Sobre héroes y tumbas*. En esa nota, analiza el tema de la muerte (aún era tiempo de que esa generación la visualizara a través de las obras literarias) y dice:

Lavalle, Alejandra, Fernando, muertos. ¿Sus muertes tienen algún sentido o carecen absolutamente de él? ¿Por qué ir a Jujuy? ¿Por qué morir en ‘El Mirador’? ¿Azar de una partida que dispara? ¿Libre determinación en incendiar la casa, su propia vida? La muerte, ¿tiene realmente un sentido que no es posible delimitar en lo orgánico? Allí quedan los restos lacerados de Lavalle. Malolientes. Ahí va su corazón con sus hombres. ¿Llevaba Lavalle dentro, muy dentro, su muerte como Alejandra o Fernando? ¿Fue creciendo esta muerte día a día con su vida, hasta surgir galopando desesperadamente? ¿O, por el contrario, la muerte se cruza en el camino inesperadamente? ¿Es realmente un elemento irracional que no se puede reducir? Quizá no estamos preparados para responder. Pero la existencia sigue su curso: y allí va Martín, como nosotros, proyectando su vida, abierto a lo inesperado (Duhalde, 2003).

A los 26 años reflexionaba antropológicamente sobre el sentido de la muerte, que es lo mismo que decir que analizaba el sentido de la vida. Estaba dotado de una inteligencia tan fuera del nivel común y de una cultura de límites improbables. Polemizaba con Julián Marías sobre la ontología de Unamuno; con Carlos Cossío sobre la teoría ontológica del derecho; con Tulio Halperín Donghi sobre la significación del Facundo; con Marechal y Sabato sobre la estructura de la novela; con Córdova Iturburu sobre las pinturas rupestres de Cerro Colorado. Y lo que resulta llamativo es que no mostraba ningún interés en dedicar su vida prioritariamente a cualquiera de esas disciplinas, a pesar de haber sido, hasta el fin, un ávido y obsesivo lector de todas ellas, en castellano, inglés, francés, alemán, italiano, portugués, latín y griego.

Dirigió junto a Eduardo Luis Duhalde *La Unión Americana* (1965), *Mundo Nacionalista* (1969-1970). Lanzaron en 1973 la revista *Militancia Peronista*. Escribieron, *Felipe Vallese: Proceso al sistema, El asesinato de Dorrego, Baring Brothers y la historia política argentina, Las guerras civiles y la historiografía, Facundo y la montonera: Historia de la resistencia nacional a la penetración británica*.

Prologó *Imperialismo y Cultura* de Juan José Hernández Arregui.

Sin lugar a dudas se trata de un intelectual y en términos sartreano un intelectual comprometido. No puedo afirmar si él se consideraba a sí mismo un intelectual. No obstante, se solidarizó con cuanta lucha consideraba revolucionaria saliendo a la calle, estando con el pueblo, en los comités de acción, en las fábricas.

## ¿Hay conceptos?

El ordenamiento jurídico y la práctica de la abogacía resultan una materialidad clave. A partir de ellos se originan una serie de representaciones con las cuales la práctica de la abogacía se significa y se resignifica.

Ya dijimos que estamos ante un intelectual comprometido, orgánico. En este caso de un modelo de profesional llamado “abogado orgánico”. Retomemos, entonces, su participación en la Asociación Gremial de Abogados en un momento en el que las condiciones represivas y la cantidad creciente de presos políticos demandaban mayores esfuerzos a los abogados defensores de presos políticos.

A principios de 1971 se funda la Asociación Gremial de Abogados (“la Gremial”) en la que Rodolfo Ortega Peña y Eduardo Luis Duhalde fueron, quizás, los referentes más destacados. En esa época, quedaron definidos dos grandes grupos de abogados defensores de presos políticos y sociales: aquel nucleado alrededor de “la Gremial” y el constituido por los abogados comunistas que atendían en “La Liga Argentina por los Derechos del Hombre”. La mayoría de los presos políticos miembros de las organizaciones armadas fueron defendidos por los abogados de “la Gremial” porque tanto Montoneros como otras expresiones del peronismo y de la izquierda combativa pertenecían o se encontraban de alguna manera representadas en la nueva asociación. Los debates que tuvieron lugar dentro de “la Gremial” se referían a las estrategias posibles en ese contexto y a la organización interna del grupo: cómo distribuir las causas, si cobrar o no cobrar las defensas, etc. Debates sobre la vía armada y la vía no armada; sobre la identidad política peronista o no peronista; sobre si poner el acento en la actividad sindical o en la actividad política y militar; entre los abogados independientes, entre comillas, y los

abogados encuadrados en organizaciones políticas. Existía la idea de que defender guerrilleros y presos políticos era un cargo público para los abogados. Era un deber ético y militante.

Luego, el advenimiento del gobierno de Héctor Cámpora en 1973 originó nuevas discusiones entre los abogados. Diferentes posicionamientos políticos y concepciones jurídicas se entrecruzaron con rigor. Una de ellas remitía a la figura jurídica que debía garantizar la libertad de los presos políticos. ¿Debía imponerse la amnistía o el indulto? ¿Se debía esperar que el Congreso anulara, mediante una amnistía general, los delitos por los que tantos militantes habían sido juzgados y encarcelados o, atendiendo a la consigna “Ni un día de gobierno popular con presos políticos”, debía imponerse un criterio de urgencia que echara mano de una figura de poca reputación como el perdón presidencial?

Ortega Peña no rehuyó ninguno de estos debates, y en cada uno de ellos manifestó su posición coherente y consistente con que hemos señalado de abogado/intelectual orgánico.

También, y en el marco de las estrategias de las defensas, surge la discusión sobre si era dable avanzar con los denominados “juicios de ruptura” o “juicios de connivencia”. Ambas categorías habían sido acuñadas por el abogado francés Jacques Vergès, en *Estrategia judicial en los procesos políticos*, editada por primera vez en París en el año 1968. El autor, por aquel entonces un conocido abogado de filiación comunista y militancia anticolonialista, explica las diferencias básicas entre las dos estrategias defensivas opuestas a las que puede acogerse un acusado, individual o colectivo, resumidas, en su propia terminología, en “defensa de connivencia o defensa de ruptura”. La primera equivale a la aceptación implícita de la culpabilidad, al reconocimiento de que el tribunal está legítimamente capacitado para impartir justicia y a que su sentencia debe ser asumida por el acusado. En cambio, la segunda va por desbordar el estrecho marco del derecho y trasladar el juicio a ámbitos más amplios, como pueden ser los medios de comunicación o la sociedad en general. El objetivo es negar la legitimidad a un tribunal para emitir una sentencia justa e iniciar un contraataque que trata de poner en contexto la verdadera magnitud del hecho enjuiciado. La defensa de ruptura no era una estrategia reciente. Vergès toma la coherencia de Sócrates al negarse a aceptar una solución negociada en el juicio que, a la postre, le condenaría a muerte. Los jueces atenienses no doblegaron el discurso del filósofo que prefirió beber la cicuta antes que retractarse de sus doctrinas (Vergès, 2008).

Tal como se puede acreditar con el artículo “Krieger Vasena o del imperialismo en las semicolonias”, escrito junto a Eduardo Luis Duhalde, en *Nuevo Nombre*, Año 2, N° 29, mayo de 1972, Ortega Peña estaba posicionado con los juicios de ruptura.

## ¿Hay conclusión?

Una posibilidad de retomar el legado de un intelectual comprometido como Rodolfo Ortega Peña es continuar la lucha defendiendo a los sectores oprimidos y a sus líderes, impulsando y adoptando decisiones en base a la construcción de prácticas jurídico-políticas emancipatorias a partir de conceptos y criterios propios de este tiempo.

Resulta imprescindible afinar los instrumentos de lucha incorporando una dimensión ética a las configuraciones actuales de la demanda de las necesidades más elementales de los seres humanos. Profundizar nuestros esfuerzos mediante técnicas de militancia para hacernos oír en los foros donde el poder decide los próximos infortunios de los ciudadanos.

Remarcar que uno de los elementos más importantes en los que reside la fuerza del derecho es en la intimidad de la palabra. Suspendamos el juicio crítico moral o pedagógico del amo, del maestro, del director de conciencias, del sanador de almas. Nuestra fuerza debe seguir en aquello que nos ha permitido ofrecer al ser humano un lugar donde la obra de su vida encuentre una ética de su existencia.

Aquella noche del 31 de julio de 1974, fueron numerosos, incontables, los balazos que recibió, en la cabeza, en el tórax y en una mano. No obstante, pretender encontrar en Rodolfo Ortega Peña solo un jurista o un militante es un acto de resignación ante nuestro Estado de derecho que, de un tiempo a esta parte, solo es capaz de mostrarnos sus miserias.

## Referencias bibliográficas

- Bettanín, L. (1974). Ese guerrero del pueblo. Recuperado de <http://www.ruinasdigitales.com/causa-peronista/rodolfo-ortega-pena/>
- Celesia, F. y Waisberg, P. (2007). *La ley y las armas. Biografía de Rodolfo Ortega Peña*. Buenos Aires: Aguilar.
- Chama, M. (2010). La defensa de presos políticos a comienzos de los 70: ejercicio profesional, derecho y política. *Cuadernos de Antropología Social*, (32), 195-217. Recuperado de [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1850-275X2010000200010](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-275X2010000200010)
- Duhalde, E. L. (2003). Rodolfo Ortega Peña (1936-1974), modelo para armar. *La Maga*. (Obra original publicada en 1998).
- Eidelman, A. (2004). Militancia e historia en el peronismo militante de los años 60: Ortega Peña y Duhalde. *Estudios críticos sobre historia reciente. Los 60 y 70 en Argentina*. Parte II. Buenos Aires: Centro Cultural de la Cooperación.
- Ruiz, A. (1991). Aspectos ideológicos del discurso jurídico. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Vergès, J. M. (2008). *Estrategia judicial en los procesos políticos*. Barcelona: Anagrama.

# Alejandro Drucaroff Aguiar. “Nunca hay que abandonar la búsqueda de encuentros y consensos”



*Martin Cormick\**

Alejandro Drucaroff Aguiar llegó al mundo de la abogacía quizás en el momento donde la negación de la idea de un sistema de normas y derechos en Argentina transitaba una de sus etapas más lúgubres. Como él mismo nos cuenta: “yo me recibí en una fecha un poco particular, porque fue el 23 de marzo de 1976, a la noche, es decir, pocas horas antes del golpe”. Difícil creer en algún sentido o finalidad de la abogacía en esos años. “Empecé ejerciendo la profesión junto a mis padres, a mi madre especialmente, un estudio que hacía mucho civil y comercial, donde yo venía trabajando desde primer año de la facultad, con lo cual tenía un manejo ya de tribunales en paralelo al estudio en la carrera, que fue sumamente útil porque conocía la realidad de la práctica profesional, de forma que inclusive un año antes de recibirme, empecé a armar mi propio estudio jurídico”. Y, como todos, la orientación profesional la fue dando la suerte de los casos que entraban –laboral, sociedades, entre otros–.

El desarrollo del estudio y su crecimiento con el paso de los años, fue paralelo a una actividad en el campo académico, donde se especializó en derecho comercial y bancario y escribió numerosos trabajos en las publicaciones jurídicas más conocidas. Sin embargo, tuvo siempre otras inquietudes, si bien relacionadas con el derecho, más originales, vinculadas con lo público, a partir de las cuales integró por ejemplo la Comisión Directiva de la Asociación de Abogados de Buenos Aires y participó en actividades de diversas ONG.

\* Revista Ab UNPAZ.

Más adelante surgió una nueva etapa, distinta a todo lo anterior, Nos cuenta que “hace ocho años surgió la idea con un grupo de amigos de hacer un programa de radio en una radio pequeña –se refiere al programa *Al derecho y al revés*, que primero se emitió por AM Ecomedios y luego por FM Radio Cultura y ya lleva nada menos que 368 programas al aire–. Al comienzo éramos un grupo de cuatro amigos, tres abogados, un contador y abordábamos temas de actualidad, básicamente vinculados con lo que nosotros sabemos, es decir, derecho, economía y el contador, Alfredo Popritkin, era especialista en fraudes y en delitos económicos”. “Al poco tiempo –continúa– lo ampliamos rápidamente a nuestra concepción más cercana a la sociedad civil, a la participación ciudadana, a la generación de contenidos que le sirvan a la gente para involucrarse en lo público, a la idea de que sin participación no hay democracia, siempre centrado en el debate respetuoso de ideas. Los tres primeros años los conduje con Alfredo y en los últimos cinco años este espacio fue creciendo y el equipo se integró con Marta Oyanharte, Carlos March y Mercedes Jones, todos con fuerte relación con organizaciones de la sociedad civil. Se volvió un programa muy potenciado en la cuestión de la participación, las personalidades de diferentes ámbitos que invitamos a cada programa y también muy abierto a tratar todos los temas”.

Hoy se entusiasma con el presente del programa: “Nosotros hoy podemos tratar desde la realidad y la política hasta entrevistar a destacados especialistas de distintas materias, inclusive de cuestiones científicas, de cuestiones, por supuesto, de la cultura, del arte, de la literatura, de la fotografía”. “También –acota– el tema de la longevidad nos ocupa mucho, de la nueva longevidad”. Y destaca lo que quizás es una marca registrada del programa en estos momentos donde se profundizan mucho los extremos y las grietas, cuando dice que “hemos ido ampliando el espectro de una manera tal que hoy se puede decir que es un programa de interés general, con un centro siempre, y por eso está llamado así, *Al derecho y al revés*, en el respeto por la diversidad y la búsqueda de consensos”. Dice que esa búsqueda no es casual, ya que “Los encuentros y consensos, esa búsqueda, es algo que tengo absolutamente incorporado desde mi época universitaria. En la militancia política en la universidad, fui miembro de Comisión Directiva del Centro de Estudiantes. Era una época muy distinta, porque era la época donde había un claro enemigo para todos, que era la dictadura, y bueno, las cosas eran mucho más sencillas en el sentido de identificarse amigo/enemigo. Desde esa época tengo en la cabeza el respeto por los pensamientos diferentes, por la diversidad, la construcción de ciudadanía y sobre todo en los últimos años, en las últimas décadas, cada vez más”. Analiza entonces que “Viendo el panorama que vivimos en la Argentina y conociendo, habiendo tenido la suerte de conocer un poco del mundo, o bastante si se quiere, creo que uno de los grandes problemas de la modernidad, especialmente en nuestro país, aunque también es universal, es la polarización, la pérdida de diálogo, la pérdida de posibilidad de construir acuerdos”. Y acota, “los grandes países, los grandes ejemplos de países con mejor calidad de vida, con unas sociedades más avanzadas, con menor desigualdad, con menor pobreza, con mayor crecimiento económico, todos ellos están sustentados en políticas de Estado. Y esas políticas de Estado se sostienen en el tiempo”. “Y –concluye– En nuestro país la cosa es exactamente al revés, lamentablemente. Eso porque cada gobierno que viene quiere fundar, y fundar en base a destroz



lo que hizo el anterior, y se hace muy difícil construir de esa manera”. Sin embargo, no se da por vencido. “Nosotros venimos trabajando hace muchos años. En 2019, por ejemplo, lanzamos Argentina Conversa, que era una iniciativa que tuvo una adhesión muy importante de personalidades de todos los campos, de la cultura, de la ciencia, incluso de la política, que lamentablemente no prosperó, no fructificó”. Así, “hemos fomentado muchísimas iniciativas como boleta única de papel, como ficha limpia, como todo lo que motive a mayor transparencia y a una participación más amplia de la ciudadanía. Así que bueno, seguimos trabajando en eso, seguimos fracasando cada día y buscando cómo fracasamos al siguiente, pero creyendo profundamente”.