

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Causa: Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSES y otro s/ varios

Buenos Aires, 22 de marzo de 2018

Dictámen de la Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

La Sala A de la Cámara Federal de Rosario revocó la decisión del juez de primera instancia, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 9 del decreto 1602/09, ordenó a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) otorgarle a la señora V F T , en representación de su hijo menor con discapacidad, la prestación correspondiente a

la Asignación Universal por Hijo para la Protección Social CAUH) y abonarle las prestaciones adeudadas desde mayo de 2010 (fs. 165/168).

La cámara entendió que la acción de amparo era inadmisibles puesto que fue iniciada una vez transcurrido el plazo de caducidad de quince días previsto en el artículo 2, inciso e, de la ley 16.986. Puntualizó que se arriba

FORTALEZA ANTE LA VULNERABILIDAD DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

STRENGTH IN THE FACE OF VULNERABILITY OF PEOPLE WITH DISABILITIES

MARÍA MILENA BELANTI¹

RESUMEN

En el caso "Tejera, Valeria Fernanda C/ ANSES y otro s/ varios" la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve a favor de que una mujer pueda percibir una Asignación Universal por Hijo y una pensión provincial para su hijo menor discapacitado, entendiendo que gozar de ambas no es incompatible. A través del presente comentario se intentará hacer una aproximación del razonamiento de la Corte en una ejemplar decisión que recayó sobre una persona de extrema vulnerabilidad: un niño, con discapacidad y en condiciones de carencias económicas.

ABSTRACT

In the case "Tejera, Valeria Fernanda C / ANSES and other s / several" the Supreme Court of Justice of the Nation resolves in favor of a woman being able to receive a Universal Assignment for Child and a provincial pension for her disabled minor child, understanding that to enjoy both is not incompatible. Through this commentary we will try to approximate the reasoning of the Court in an exemplary decision that fell on a person of extreme vulnerability: a child, with a disability and in conditions of economic deprivation.

¹ Alumna avanzada de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Becaria de Pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS). Ha realizado intercambio de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid en el Curso Académico 2016/17. Correo electrónico: milena.belanti@hotmail.com

a esa conclusión tanto si se toma como punto de partida el momento en que se dejó de abonar la AUH –noviembre de 2009- o el rechazo del primer reclamo administrativo –junio de 2011-. Señaló que el hecho de que la actora hubiera presentado dos reclamos administrativos idénticos ante la misma autoridad, que además fueron respondidos en la misma forma, impedía que se tomara en cuenta la fecha del segundo reclamo, razón por la cual correspondía hacer mérito solo del primero y rechazar la acción de amparo.

-II-

Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso recurso extraordinario (fs. 171/181), que fue concedido por la cuestión federal y rechazado por la arbitrariedad planteada (fs. 190/192 vta.).

La recurrente alega que existe cuestión federal ya que la sentencia apelada desatendió el derecho de acceso a la justicia y, en particular, a interponer una acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Por un lado, cuestiona la interpretación que realizó el *a quo* del artículo 2, inciso e, de la ley 16.986. Al respecto, argumenta que la conducta lesiva de la ANSES es de carácter continuado, por lo que la interposición de la acción no fue extemporánea.

Por otro lado, aduce que el tribunal otorgó preeminencia a una cuestión formal por sobre los derechos sociales del niño con discapacidad contemplados en la Constitución Nacional y en instrumentos internacionales de derechos humanos. En especial, esgrime que el derecho a la seguridad social previsto en el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional ha sido desconocido por una interpretación del plazo de caducidad de excesivo rigor formal. Por último, añade que la sentencia recurrida desconoció el orden de prelación normativa establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional puesto que privilegió la aplicación del artículo 2, inciso e, de la ley 16.986 en detrimento de la normativa con jerarquía constitucional que protege a la niñez y a las personas con discapacidad.

-III-

.....
Palabras claves: Niñez; discapacidad; carencia; amparo; AUH

Key Words: Child; disability; poverty; Amparo action; AUH

Introducción

El caso que nos trae a cuestión nos pone en presencia de una acción incoada por Valeria Fernanda Tejera, madre de J.N.T., un infante con discapacidad, contra la Administración Nacional de Seguridad Social (en adelante ANSES) y el Estado Nacional.

Los hechos que lo motivan se originaron en 2009, cuando la mujer, que ya percibía una pensión provincial para su hijo, tramitó ante la ANSES la Asignación Universal por Hijo para Protección Social (en adelante, AUH o Asignación Universal), la cual se otorga y se procede al cobro. Sin embargo, al mes siguiente de percibirla por primera vez sería interrumpida.

El organismo previsional basó esta decisión entendiendo que, de conformidad con el artículo 9 del decreto que estableció la creación de la AUH, existía una incompatibilidad entre la percepción de la Asignación con el cobro de la pensión provincial que venía percibiendo. Ante este escenario, la mujer presentó dos reclamos administrativos ante ANSES en el año 2011, los días 24 de junio y el 9 de agosto. Ambos fueron rechazados.

El 7 de septiembre de ese mismo año se da inicio a una acción de amparo, a la que el juez de primera instancia hizo lugar, rechazando los cuestionamientos formales de la demandada atinentes a la improcedencia de la vía elegida y a su caducidad. En consecuencia, ordeno a la demandada seguir otorgando la Asignación y abonar las prestaciones adeudadas desde mayo del 2010.

Frente a aquella resolución, la ANSES interpone recurso de apelación, en virtud del

A mi modo de ver, el recurso extraordinario es admisible.

En primer lugar, si bien la sentencia dictada en el marco de la acción de amparo no es de carácter definitivo, la Corte Suprema ha hecho excepción de esa doctrina cuando lo decidido produce un agravio de difícil o imposible reparación ulterior (Fallos: 339:201, “Martínez” y sus citas). Esas circunstancias excepcionales acontecen en el caso puesto que, luego del tiempo que insumió la tramitación de la presente acción, la promoción de un nuevo reclamo a través de las vías ordinarias podría comprometer de modo irreparable la subsistencia de un niño con discapacidad.

En segundo lugar, los agravios de la apelante suscitan cuestión federal toda vez que controvierten la validez de la interpretación que efectuó el *a quo* respecto al artículo 2, inciso e, de la ley 16.986, objetándola como violatoria de garantías reconocidas en la Constitución Nacional y en instrumentos internacionales (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 329:5266, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti” y dictamen de la Procuración General de la Nación, CSJ 1255/2013 (49-A)/CSI, “Arregui, Diego M. el Estado Nacional’ PFA y otros s/ daños y perjuicios”, 27 de marzo de 2015).

-IV-

Ante todo, correspon

de destacar que la presente acción de amparo fue iniciada por V F T, madre de J.N.T., contra la ANSES y el Estado Nacional a fin de obtener la prestación de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH) en los términos del decreto 1602/09.

No se encuentra aquí controvertido que el niño padece una seria discapacidad, que la madre se encuentra en una situación de precariedad laboral y que el sustento estable del que dispone el núcleo familiar proviene de la percepción de una pensión por discapacidad otorgada al niño en virtud de la ley provincial 10.205 (modificada por leyes 11.427, 11.698 y 13.248), que asciende actualmente a la suma de setecientos cincuenta pesos (\$750) (decreto 486116) (fs.5).

.....
cual los jueces que conformaron la mayoría de Sala A de la Cámara Federal de Rosario, sostuvieron que la demanda de amparo era inadmisibile dado que se había iniciado una vez transcurrido el plazo de caducidad de quince días en virtud del art 2 inc. e de la ley 16.986. Esto tanto desde el momento en que se dejó de abonar la AUH -noviembre de 2009-, como del rechazo del primer reclamo administrativo -junio de 2011-.

Contra ese pronunciamiento la actora interpuso Recurso Extraordinario Federal, el cual fue concedido parcialmente por la Cámara. La Corte Suprema de Justicia, tomando casi en su totalidad el dictamen del Procurador General, resuelve de una manera ejemplar expidiéndose sobre el tipo de acto dañoso perpetrado por ANSES, recordando su doctrina sentada acerca de la inviabilidad de considerar formalismos extremos en estos casos, y contemplando los derechos inmiscuidos de un menor, discapacitado y en serias condiciones sociales.

I. Acerca del Art 9 del decreto 1602/09

El artículo 9 del decreto 1602/09 dispone que “La percepción de las prestaciones previstas en el presente decreto resultan incompatibles con el cobro de cualquier suma originada en prestaciones contributivas o no contributivas nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incluyendo las prestaciones de las Leyes Nros. 24.013, 24.241 y 24.714 y sus respectivas modificatorias y complementarias”. Éste artículo fue el utilizado por ANSES a los fines de motivar la incompatibilidad en la percepción de una pensión provincial que la madre del menor discapacitado, con el otorgamiento de la Asignación Universal.

Cabe preguntarnos entonces, en primera medida, acerca del alcance de dicho artículo

En esas circunstancias, la señora T petitionó a la ANSES la prestación de la AUH, que fue concedida por el término de un mes y discontinuada a fines del año 2009. El organismo previsional revocó la prestación pues entendió que, de conformidad con el artículo 9 del decreto 1602/09, existía una incompatibilidad entre la AUH y la pensión por discapacidad otorgada en los términos de la ley provincial. El 24 de junio de 2011, la señora T presentó un reclamo administrativo, que fue rechazado el 27 de junio de ese año. El 9 de agosto presentó un nuevo reclamo, que también fue desestimado por el organismo previsional el 31 de agosto. Finalmente, el 7 de septiembre fue iniciada la presente acción de amparo. Como fue señalado, el juez de primera instancia hizo lugar al reclamo del amparista y esa decisión fue revocada por el *a quo*, quien consideró que el amparo fue deducido en forma extemporánea.

-V-

En estas circunstancias, entiendo que el tribunal apelado interpretó y aplicó el plazo previsto en el artículo 2, inciso e, de la ley 16.986, soslayando el derecho a una tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, la Procuración General de la Nación en el caso “Etchart”, registrado en Fallos: 338: 1092, dijo que “resulta conveniente recordar la doctrina del Tribunal en orden a que el requisito exigido por el artículo 2, inciso e, de la ley 16.986 no puede constituir un obstáculo insalvable cuando el actor no enjuicia un acto único de la autoridad sino una infracción continuada, extremo al que se suma la índole de los derechos que se dicen comprometidos”. Esa doctrina, desarrollada en el marco del reclamo de una prestación previsional periódica, fue compartida por la Corte Suprema (considerando 6°) y remite a la expuesta en el dictamen de la Procuración General registrado en Fallos: 307:2174, “Bonorino Peró”, y en los precedentes de la Corte Suprema de Fallos: 324:3074, “Tartaroglu de Neto”; 329:4918 “Mosqueda” y 335:44, “Koch”. En el caso citado en último lugar,

.....
 en el caso concreto que nos trae en análisis. ¿Impide la norma otorgar la AUH peticionada por la actora?

El sistema de Asignaciones Familiares tal como lo tenemos concebido en la actualidad Argentina, es el resultado de distintas modificaciones que dan cuenta de cómo fue evolucionado su contenido a hasta arribar al presente.²

Después de la última gran reforma al mismo, en el año 1996 con la sanción de la Ley 24.714, el régimen de asignaciones familiares se mantuvo inalterado. Ello sería hasta la creación de la AUH en el año 2009, lo que supuso cambios sustantivos dando lugar a la conformación, según la Ley 24.714 (Art. 1º) de un nuevo subsistema de transferencia de ingresos a las familias, que se suma a los dos ya existentes. De esta forma el sistema quedó configurado de la siguiente manera: un sistema contributivo destinado a los tra-

2 Siguiendo a Pautassi, Laura; Arcidiácono, Pilar y Straschnoy, Mora en “Asignación Universal por Hijo para la Protección Social de la Argentina. Entre la satisfacción de necesidades y el reconocimiento de derechos” hasta 1957, el sistema de Seguridad Social en nuestro país estaba caracterizado por ser un modelo contributivo, lo cual significaba que el derecho a percibir prestaciones se encontraba ligado a las propias contribuciones realizadas por los beneficiarios y de los aportes realizados por sus empleadores. Es a partir de aquel año que se implementó el Sistema de Asignaciones Familiares en Argentina, el cual tenía como objetivo aliviar a los trabajadores formales de los gastos de la reproducción familiar, a través de transferencias de ingresos que se realizaban por intermedio del Sistema de Seguridad Social. Es decir, el derecho a estas asignaciones se encontraba condicionado y legitimado por la relación de los sujetos con el mercado laboral y los aportes financieros realizados al Sistema de Seguridad Social que el vínculo laboral presumía. En 1968, el régimen unifica, a través de la Ley 18017, las distintas cajas de las Asignaciones Familiares. El objetivo de la ley era “la creación de un régimen orgánico de asignaciones familiares, mediante la fijación de leyes únicas que amparen por igual a los distintos sectores de trabajadores. En 1973 se consolida el proceso de inclusión de todos los sectores de trabajadores formales al sistema, y es durante la década de los años noventa donde se lleva a cabo una reforma, que comienza en el año 1991 con la creación del sistema único de seguridad social (SUSS); y culmina en 1996 con la sanción de la ley 24.714 que implica una transformación en la concepción del instituto de las asignaciones familiares. Dicha ley establece modificaciones al sistema que causaron la eliminación de las prestaciones en los tramos más altos de ingresos, y el establecimiento de un monto escalonado de las transferencias que resultaba inversamente proporcional a los ingresos. Pero fundamentalmente, la modificación del régimen supuso un cambio de paradigma: mientras anteriormente las asignaciones familiares tenían como objetivo cubrir las contingencias familiares, a partir de la nueva ley, la protección de tales contingencias familiares pasaron a estar supeditadas por los ingresos familiares, ligando la contingencia al nivel salarial del titular y no más considerando la contingencia en sí misma. Ver más en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/pautassi-asignacion-universal-por-hijo.pdf>

la Corte enfatizó que “el plazo establecido por el arto 2º, inciso e, de la ley 16.986, no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable ni es aceptable la interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional (art. 43), cuando como ha sido invocado y *prima facie* acreditado en el caso- se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial, comprometen la salud, y la supervivencia misma de los reclamantes (cf. doctrina de Fallos: 324:3074 y el allí citado r. 68 XXXVI “Imbrogno, Ricardo el IOS s/ amparo” del 25 de septiembre de 2001)” (Fallos: 335:44, considerando 6º).

En el presente caso, la señora T no controvierte un acto único, sino una omisión arbitraria e ilegal de carácter continuado. En efecto, la AUH ha sido instituida como una prestación dineraria periódica para el sostenimiento de las necesidades generales básicas de niñas y niños, cuyos padres se encuentren desempleados o se desempeñen en la economía informal (arts. 1 y 5, decreto 1602/09). La ANSES ha omitido otorgar la prestación social periódica reclamada y, de este modo, se ha configurado un estado de cosas potencialmente violatorio de derechos, que se inició con el primer rechazo de la ANSES y persiste en el tiempo.

Además, en el *sub lite* se encuentra en juego la protección de derechos sociales fundamentales de un niño con discapacidad que está en una situación de precariedad económica.

En particular, están comprometidos el derecho a la seguridad social, que cubre los riesgos de subsistencia (art. 14 *bis*, Constitución Nacional y arto 9, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); el acceso a un nivel de vida adecuado, que comprende alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y el disfrute del más alto nivel posible de la salud (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

A ello cabe agregar la especial protección que los instrumentos internacionales y las leyes prevén a favor de los niños con discapacidad a fin de garantizar su acceso a un nivel de vida adecuado para su desarrollo en condiciones de igualdad (art.75, inc. 23, Constitución Nacional; arts. 6, 23, 24 y 27, Convención sobre los Derechos

.....
bajadores formales y receptores del seguro de desempleo; un sistema no contributivo destinado a los trabajadores pasivos (que perciban jubilación y/o pensión) y, finalmente, un tercer subsistema no contributivo creado a partir de la AUH, —Decreto1602/09— destinado a los trabajadores informales, desocupados, trabajadoras del servicio doméstico y monotributistas sociales.³

La puesta en marcha del AUH ha significado un cambio estructural en las políticas sociales y será recordado, seguramente, como uno de los hitos más importantes que marcan la historia de protección social de Argentina. La medida, tal como se expone en el decreto que le da su nacimiento, se origina en el consenso entre la comunidad y las instituciones en la necesidad urgente de la implementación de medidas como medios que permitan mejorar la situación de los menores y adolescentes en situación de vulnerabilidad social. Se agrega, que “se torna necesario contemplar la situación de aquellos menores pertenecientes a grupos familiares que no se encuentren amparados por el Régimen de Asignaciones Familiares instituido por la Ley N° 24.714 creándose, a tal fin, la Asignación Universal por Hijo para Protección Social”.⁴ A su vez, la medida, contempla la exigencia de condicionalidades tendientes al acceso de los derechos a la salud y a la educación de los menores. Por ello, la ANSES retiene mensualmente el 20% de la prestación hasta que se demuestre anualmente su cumplimiento en materia de salud y educación. Esto es, acreditar controles sanitarios y asistencia al establecimiento

3 Pautassi, Laura; Arcidiácono, Pilar y Straschnoy, Mora. (2013) *Asignación Universal por Hijo para la Protección Social de la Argentina. Entre la satisfacción de necesidades y el reconocimiento de derechos*. Publicación de las Naciones Unidas; Pág. 15 y 16. Ver más en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/pautassi-asignacion-universal-por-hijo.pdf>

4 Decreto 1602/2009 (BO del 30/10/2009). Régimen General y Disposiciones Especiales. Subsistema no Contributivo de Asignación Universal por hijo para Protección Social.

del Niño; arts. 5, 7, 10, 17, 19, 25 y 28, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 8 y 26 de la Ley 26.601 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

En este marco, la decisión apelada realizó una interpretación del artículo 2, inciso e, de la ley 16.986 que conduce a la frustración de derechos fundamentales y que soslaya la doctrina elaborada por la Corte Suprema a fin de garantizar que la acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional sea una vía idónea y efectiva contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos y garantías. Por lo tanto, entiendo que la acción de amparo fue interpuesta en tiempo oportuno puesto que a través de esa vía se impugna una arbitrariedad o ilegalidad de la ANSES, que es de carácter continuado y que impacta sobre derechos fundamentales de un niño con discapacidad en situación de vulnerabilidad social extrema.

-VI-

Dicho lo anterior, estimo que las particulares circunstancias del caso, la naturaleza de los derechos discutidos, y el tiempo transcurrido desde su inicio habilitan que, por razones de economía y celeridad procesal y de un buen servicio de justicia, esa Corte Suprema se expida sobre el fondo del asunto, con arreglo al artículo 16 de la ley 48 (CSJ 880/2012(48-C)/CSI, “Chiesa Humberto Juan *cl* ANSES *si* retiro por invalidez (art. 49 PA LEY 24.241)”, sentencia del 30 de junio de 2015 y sus citas), de conformidad con lo peticionado por el Defensor General Adjunto de la Nación ante la Corte Suprema (fs. 198/201).

En el caso bajo examen la actora peticiona la AUH creada por el decreto 1602/09, que dispuso el pago de una asignación no contributiva destinada a los niños, niñas y adolescentes, que no tengan otra asignación familiar prevista por la ley 24.714 y pertenezcan a grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal. Esa prestación dineraria está destinada al sostenimiento de necesidades generales básicas de esos grupos familiares que se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica y social. Así

educativo del menor. La acreditación de ello, da lugar al cobro de lo acumulado y a continuar percibiendo la asignación; caso contrario, se suspende.

A su vez puede observarse en el decreto una institucionalización de dos medidas diferentes en virtud del sujeto al que se dirigen: la norma instituye una modalidad genérica, la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, y una modalidad especializada, la Asignación Universal por Hijo con Discapacidad.

De la misma norma referenciada, emana que la prestación monetaria no retributiva de carácter mensual se abonará a uno solo de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado, por cada menor de dieciocho años que se encuentre a su cargo.

Sin embargo, la situación es distinta en el caso del otorgamiento a un hijo discapacitado, en el que la AUH tendrá las mismas características antes mencionadas, aunque se entregará sin límite de edad. A ello se agrega, en virtud del Art. 14 bis los requisitos de no estar empleado, emancipado o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la Ley N° 24714.

En este contexto, en el caso que nos trae aquí en cuestión, la demandada alega la imposibilidad de otorgamiento de la AUH motivada en que la actora percibía pensión provincial por discapacidad, entendiéndose que se configura la incompatibilidad del otorgamiento de la asignación, por preexistir un cobro de una suma incompatible en los términos del art. 9 del decreto 1602/09.

En cuanto a la regla de incompatibilidad, debe decirse que obedece a una legítima finalidad de evitar la superposición de prestaciones que puedan brindar distintos sistemas públicos, incluso de distintas jurisdicciones, en aras de asegurar la sostenibilidad y coherencia de estos sistemas y el uso racional de los recursos públicos disponibles.

se ha pretendido equiparar la situación de las familias amparadas por el régimen de asignaciones familiares de la ley 24.174 con las que no reciben una prestación similar.

La cuestión aquí debatida es el alcance y la constitucionalidad del citado artículo 9 y, en particular, determinar si esa norma impide brindar la AUH peticionada por la señora T en representación de su hijo.

El artículo 9 del decreto 1602109 dispone que “La percepción de las prestaciones previstas en el presente decreto resultan incompatibles con el cobro de cualquier suma originada en prestaciones contributivas o no contributivas nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, incluyendo las prestaciones de las Leyes Nros. 24.013, 24.241 y 24.714 y sus respectivas modificatorias y complementarias”. El 15 de abril de 2016, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 593/2016, que prevé la derogación del artículo 9 del decreto 1602109 a partir del dictado de un nuevo régimen de compatibilidades por parte de la ANSES (art. 13). No obstante, hasta el momento, no se ha establecido un nuevo régimen de compatibilidades en relación a las pensiones no contributivas por discapacidad de la provincia de Buenos Aires, por lo que el artículo 9 del decreto 1602/09 es aplicable al presente caso.

A mi modo de ver, la regla de incompatibilidad contemplada en el artículo 9 del decreto 1602/09 persigue un fin legítimo, esto es, evitar que se superpongan prestaciones que puedan brindar diferentes sistemas públicos, incluso de diferentes jurisdicciones, en aras de asegurar la sostenibilidad y coherencia de estos sistemas y el uso racional de los recursos públicos disponibles.

Sin embargo, y en función de esta finalidad, el alcance de la incompatibilidad para acceder a la AUH debe limitarse, como principio, a la percepción de otras prestaciones contributivas o no contributivas, que tengan propósitos similares a la AUH, y cubran las mismas o análogas contingencias y necesidades, pero sin alcanzar a aquellas otras que responden a fines diversos y resguarden otros riesgos sociales.

Esta última circunstancia es la que se verifica en el presente caso, puesto que no existe identidad entre la

Sin embargo, tal como se pronunció el procurador fiscal ante la Corte Suprema, “la prestación nacional y la local están dirigidas a satisfacer finalidades diferentes, y por ende, no se superponen ni cubren los mismos riesgos sociales”⁵ [...] “la AUH forma parte del sistema de seguridad social y consiste en una prestación periódica dirigida al sostenimiento del ingreso de los grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal. Por su parte, las pensiones por discapacidad de la provincia de Buenos Aires tienen por objeto contribuir a solventar las prestaciones específicas vinculadas con la condición de discapacidad, incluyendo la cobertura médica del Instituto de Obra Médico Asistencial. De los fundamentos de la ley provincial 11.427, modificatoria de la ley 10.205, surge que el régimen de protección a los niños con discapacidad y sus familiares “está altamente justificado, dado que las características de estas afecciones además de generar gastos extraordinarios por los altos costos de su tratamiento, generalmente afectan el desarrollo de las actividades no solo de los menores que padecen la enfermedad sino también la de sus responsables que deben dedicar mayor tiempo al cuidado de estas personas”⁶

A ello agrega, que el propósito diferenciado emana del propio decreto que ha instituido, junto con la modalidad genérica de la AUH, la Asignación Universal por Hijo con Discapacidad dirigida a atender esta situación, -incluso con posterioridad a los 18 años- para posibilitar que puedan afrontar las necesidades particulares referidas a su situación de discapacidad.⁷

5 Dictamen del Procurador Fiscal, Victor Abramovich, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

6 ibid

7 ibid

AUH y la pensión provincial por discapacidad instituida a favor de la niñez. La prestación nacional y la local están dirigidas a satisfacer finalidades diferentes y, por ende, no se superponen ni cubren los mismos riesgos sociales.

En efecto, como señalé, la AUH forma parte del sistema de seguridad social y consiste en una prestación periódica dirigida al sostenimiento del ingreso de los grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal. Por su parte, las pensiones por discapacidad de la provincia de Buenos Aires tienen por objeto contribuir a solventar las prestaciones específicas vinculadas con la condición de discapacidad, incluyendo la cobertura médica del Instituto de Obra Médico Asistencial. De los fundamentos de la ley provincial 11.427, modificatoria de la ley 10.205, surge que el régimen de protección a los niños con discapacidad y sus familiares “está altamente justificada, dado que las características de estas afecciones además de generar gastos extraordinarios por los altos costos de su tratamiento, generalmente afectan el desarrollo de las actividades no solo de los menores que padecen la enfermedad sino también la de sus responsables que deben dedicar mayor tiempo al cuidado de estas personas”.

Además, el propio decreto 1602/09 reconoce que la AUH tiene una finalidad diversa a la de cubrir los gastos específicos que se derivan de la discapacidad. En efecto, este decreto ha instituido, junto con la modalidad genérica de la AUH, la Asignación Universal por hijo con Discapacidad (cfr. Art. 5). Esa asignación está dirigida a atender la situación de los niños o niñas con discapacidad -incluso con posterioridad a los 18 años- para posibilitar que puedan afrontar las necesidades particulares referidas a su situación de Discapacidad.

Si bien en el caso la accionante expresó que no desea solicitar esta asignación, a fin de mantener la pensión provincial que prevé, además, una cobertura médica (fs, 5), el hecho de que se haya previsto una AUH por discapacidad es un reconocimiento de que el piso mínimo de ingreso provisto por la AUH no alcanza para cubrir

.....
Emanan del Dictamen del Ministerio público fiscal, dos cuestiones que terminan por dar apoyo a la apropiada solución tomada por la Corte Suprema:

En primera medida, se expone que el hecho de que se haya previsto una AUH por discapacidad, es un reconocimiento de que el piso mínimo provisto por la AUH genérica no alcanza para cubrir las prestaciones accesorias que requiere un niño con discapacidad. De hecho, se expone que esa asignación por discapacidad tiene un valor que triplica el de la prestación genérica. En este sentido, con la reciente resolución ANSES N° 89/2018⁸ los nuevos montos a cobrar a partir del 1/06/2018 para las asignaciones familiares por hijo genérica es de \$1578, ascendiendo la AUH con discapacidad a \$ 5.147

En segundo lugar, se expone que, aun percibiendo el monto total que surge de adicionar la pensión con la AUH genérica, el núcleo familiar se encontraría por debajo de la línea de indigencia, de acuerdo a las últimas cifras publicadas por el INDEC.

II. Algunas consideraciones acerca del plazo de caducidad en la interposición de la acción de amparo

El siguiente punto versa acerca de la temporaneidad adecuada en el planteamiento de la demanda de amparo. Dilucidemos previamente algunas cuestiones acerca del instituto y su apreciación en el caso.

La actora cuestiona la interpretación que realizó el a quo del artículo 2 inciso e, de la ley 16.986. Esto es, la inadmisibilidad del amparo por considerar que la acción se presentó con posterioridad a los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue eje-

⁸Resolución ANSES N° 89/2018. Ver más en: <https://www.anses.gob.ar/archivos/cartilla/MONTOS%20AAFF-AAUU.pdf>

las prestaciones accesorias que requiere un niño con discapacidad. De hecho, esta asignación por discapacidad tiene un valor que casi triplica el de la prestación genérica (la prestación de la AUH asciende actualmente a \$966 y la AUH por discapacidad es de \$3150; cfr. anexo de la Resolución ANSES W 32/2016),

En conclusión, la AUH apunta al sostenimiento de un ingreso básico de subsistencia, y la prestación local a la cobertura de necesidades propias de la condición de discapacidad, por lo que, a la luz de la interpretación expuesta del artículo 9 del decreto 1602/09, opino que son compatibles.

Finalmente, la inteligencia de la regla de incompatibilidad que propongo resulta la más adecuada para la realización de la finalidad tuitiva del decreto 1602/09, y se ajusta también al deber de juzgar con especial cautela las peticiones vinculadas con la seguridad social en tanto revisten carácter alimentario y su cometido es la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por los riesgos sociales de subsistencia (Fallos: 338:613, "Ortega", considerando 4° y 338:1092, "Etchart"), Cabe ponderar, que aun percibiendo el monto total que surge de adicionar la pensión provincial con la AUH genérica, el núcleo familiar se encontraría por debajo de la línea de indigencia, de acuerdo a las últimas cifras publicadas por el INDEC (cfr, Informe "Valorización mensual de la Canasta Básica Alimentaria y de la Canasta Básica Total - Gran Buenos Aires Abril a Agosto de 2016", 22 de septiembre de 2016).

Por lo tanto, concluyo que la percepción de la AUH en su modalidad genérica no resulta incompatible con la pensión provincial instituida a favor de los niños con discapacidad y debe otorgársele a J.N.T.

-VII-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde admitir el recurso, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda.

Buenos Aires, 3 de febrero de 2017.

VÍCTOR ABRAMOVICH, Procurador General de la Nación

cutado o debió producirse. En este sentido, la Cámara Federal entendió que la acción de amparo era inadmisibles dado que se había iniciado una vez transcurrido el plazo de caducidad previsto en el artículo referenciado, aduciéndose que ello se había dado tanto desde el momento en que se dejó de abonar la AUH -noviembre de 2009-, como del rechazo del primer reclamo administrativo -27 de junio de 2011-.

El origen pretoriano de la acción de amparo en nuestro país, continuaría con su desarrollo legislativo en el año 1966. Paradójicamente, uno de los institutos más eficaces en el resguardo de derechos adquiriría marco normativo bajo el gobierno de facto de Juan Carlos Onganía, dando el marco legal inicial en la ley 16.986. Finalmente, sería incorporado de manera expresa en nuestra Constitución Nacional en la reforma del año 1994. En este sentido, el plazo de caducidad prescripto por su legislación inicial, ha sido motivo de diversas discusiones. A favor de su fundamentación, se ha señalado que encuentra quicio constitucional en el valor seguridad jurídica (implícito en la presunción de legalidad de los actos estatales), la renuncia tácita a esta herramienta, la naturaleza excepcional del amparo y hasta la división de poderes, resaltando que el verdadero fundamento es el castigo a la negligencia del perjudicado, quien con su demora está dando a entender que puede recurrir a las vías ordinarias para la protección de sus derechos.⁹ La doctrina contraria a la viabilidad de un plazo de caducidad en la acción de amparo, se pueden clasificar en: aquellas que consideran operativo el artículo de la Constitución

9 Sagüés, N. P., Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 276, citado por: Totino Soto, M. K. (2013) "REPERCUSIONES DEL CASO "MOSQUEDA": EL CAMINO HACIA LA EXCLUSIÓN DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO" Lecciones y Ensayos, Nro. 91; pág 279. Ver más en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-olmos-sonntag.pdf>

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 22 de marzo de 2018

Vistos los autos: “Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSES y otro s/ varios”.

Considerando:

1°) Que en el marco de un proceso de amparo promovido por la madre de un menor discapacitado contra la ANSES, con el objeto de que se ordenara rehabilitar el beneficio correspondiente a la asignación universal por hijo para protección social, previsto en el decreto 1602/09, así como el pago retroactivo de las prestaciones que la actora había dejado de percibir desde noviembre de 2009 (escrito de fs. 4/10, del 7 de septiembre de 2011), el juez de primera instancia rechazó los cuestionamientos formales de la demandada atinentes a la improcedencia de la vía elegida y a su caducidad, e hizo lugar a la pretensión.

En consecuencia, ordenó a la agencia demandada continuar brindando la asignación de que se trata, además de pagar las prestaciones devengadas desde mayo de 2010 (sentencia de fs. 76/80, del 7 de mayo de 2012).

Frente al recurso de apelación deducido por la ANSES (escrito de fs. 89/91, del 14 de mayo de 2012), la decisión fue revocada por la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario (sentencia de fs. 165/168, del 13 de noviembre de 2014). Para concluir de ese modo, los jueces que conformaron la mayoría sostuvieron que la demanda de amparo se dedujo en forma extemporánea, pues había sido deducida pasado el plazo de caducidad de quince días previsto en el arto 2°, inc. e, de la ley 16.986, desde el momento en que tuvo lugar el acto que se consideraba lesivo; para lo cual era indiferente que dicho plazo se computara a partir del momento en que se dejó de abonar el beneficio (a fines de 2009), o desde el momento en que la demandada respondió negativamente el primer pedido de reactivación (el 27 de junio de 2011), que era el único que correspondía tomar en cuenta.

Nacional y por lo tanto no sujeto a regulación de fondo; y las que consideran ineficaz el plazo de caducidad por la jerarquía de los derechos lesionados.¹⁰

Más allá de tomar partido por alguna posición, es indudable que la problemática del plazo y su cómputo adquieren una mayor complejidad cuando los actos lesivos se concatenan o reiteran. En este contexto se ha desarrollado pretorianamente la “Doctrina de la Ilegalidad Continuada”¹¹ que según Casco fue inicialmente esbozada en el punto 9°) del dictamen de fecha 30 de octubre de 1985 del procurador general subrogante Jorge Mosset Iturraspe, en la causa “Bonorino Perú, Abel y Otros c/ Estado Nacional s/ Amparo”, en virtud de la cual pueden reconocerse los actos lesivos únicos y actos lesivos continuados, teniendo los primeros un punto de partida único e inicial desde donde puede rastrearse la manifiesta violación al derecho constitucional, mientras los segundos se van consumando periódicamente a lo largo del tiempo a través de sucesivos, ilegales y continuos actos lesivos, los que van haciendo renacer o renovar constantemente el plazo de quince días hábiles, impidiendo la caducidad de la acción.

Es esta exactamente la situación que se dio en el caso en cuestión, como expone Abramovich y toma posteriormente la Corte: La señora Tejera, Valeria Fernanda no controvierte un acto único, sino una omisión arbitraria e ilegal de carácter continuado. En efecto, la AUH ha sido instituida como una prestación dineraria periódica para el sostenimiento de las necesidades generales básicas de niñas y niños, cuyos padres se encuentren desempleados o se desempeñen en la economía informal (arts. 1 y 5, decreto

10 Casco Javier Cesar “Tres posturas sobre la no vigencia del plazo de caducidad en la ley de amparo nacional” (2003); La Ley. Citado por Totino Soto, M. K. (2013) “REPERCUSIONES DEL CASO “MOSQUEDA”: EL CAMINO HACIA LA EXCLUSIÓN DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO” Lecciones y Ensayos, Nro. 91; pág 282. Ver más en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-olmos-sonntag.pdf>

11 Casco Javier Cesar “Tres posturas sobre la no vigencia del plazo de caducidad en la ley de amparo nacional” (2003); La Ley.

20) Que contra ese pronunciamiento la parte actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 170/181, que fue contestado a fs. 184/187 y concedido parcialmente por la cámara a fs. 190/192.

La demandante sostiene como cuestión federal que lo resuelto por el tribunal *a quo* vulnera su derecho a la tutela judicial, pues la alzada interpretó con excesivo rigor formal la norma aplicable, al negarle el derecho de acceso a la jurisdicción por el mero transcurso del plazo previsto en el art. 2º, inc. e, de la ley 16.986, sin considerar que, en el caso, se

está ante un acto lesivo de carácter continuo por parte de la administración. En ese sentido, afirma que la prestación que se solicita es de carácter periódico y, en consecuencia, los sucesivos actos lesivos hacen renacer o renovar constantemente el plazo de quince (15) días hábiles para accionar establecido en la norma citada. Arguye que lo resuelto ha conculcado directamente las garantías superiores que le asisten, previstas en los arts. 14, 14 bis, 16, 18 Y 33 de la Constitución Nacional, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3º) Que si bien es clásica la formulación general de que decisiones como la impugnada resultan ajenas a la instancia del arto 14 de la ley 48, por tratarse de sentencias que -al rechazar la vía del amparo y dejar subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria- carecen del carácter de definitivas, es igualmente tradicional el reconocimiento por parte de esta Corte de que corresponde hacer excepción a dicha regla cuando lo resuelto ocasiona un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior (Fallos: 315:1361; 320:1789; 322:3008; 326:3180 y 335:361) o en las circunstancias que singularizan este asunto, la alegada urgencia en la satisfacción de la prestación solicitada

eh beneficio de un niño discapacitado y el hecho no cuestionado de que la demandada, tras conceder el beneficio, ha dejado de afrontar las prestaciones periódicas y sucesivas, originando el reclamo de la peticionaria desde el mes de noviembre del año 2009, ponen de manifiesto que el fallo apelado irroga agravios de imposible reparación ulterior, condición que fundadamente autoriza a equiparar el pronunciamiento recurrido a la sen-

1602/09). La ANSES ha omitido otorgar la prestación social periódica reclamada y, de este modo, se ha configurado un estado de cosas potencialmente violatorio de derechos, que se inició con el primer rechazo de la ANSES y persiste en el tiempo.¹²

La doctrina recientemente delineada fue inicialmente esbozada por el procurador general en la causa Bonorino Perú, en año 1985, pero esta fue adoptada diez años después en la causa “Video Club Dreams c. Instituto Nac. de Cinematografía”¹³. No es menor recordar que ambos precedentes tienen contenido patrimonial, motivo por el cual la Corte no tardaría en implementar la doctrina en derechos o cuestiones que trasciendan el plano pecuniario. Al respecto, distinguida doctrina se expide -analizando los precedentes jurisprudenciales al respecto- que cuando se trata de derechos a la salud, la CSJN muestra una actitud amplia y reñida con óñices meramente formales.¹⁴ Tal como se expresó el Órgano Supremo en el caso objeto de análisis, esto se da, maxime, “cuando la cuestión versa sobre la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes”.¹⁵ Con anterioridad, en resonantes precedentes se expuso que “...la reforma constitucional de 1994 consagró un mecanismo para garantizar de un modo expeditivo y eficaz la plena vigencia y protección de los derechos constitucionales, por lo que corresponde adoptar una interpretación extensiva y no restrictiva sobre la procedencia de la acción, a fin de no tornar utópica su aplicación”¹⁶ y “Tratándose de la cobertura integral de las prestaciones básicas por

12 Dictamen del Procurador Fiscal, Víctor Abramovich, ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

13 Casco Javier Cesar “Tres posturas sobre la no vigencia del plazo de caducidad en la ley de amparo nacional” (2003); La Ley.

14 Palacio de Caeiro Silvia B. (2011) Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - 1ª ed.- Buenos Aires: La Ley, 2011. Pág. 227

15 Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSES y otro s/ varios.

16 “Tartaroglu de Neto, Leonor c. IOS s/ amparo” del 25/09/2001, que remiten a los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal en la causa “Imbrogno,

tencia definitiva exigida por el arto 14 de la ley 48.

4°) Que al desestimar la vía del amparo con motivo del mero vencimiento del plazo previsto en el arto 2°, inc. e, de la ley 16 0986, la cámara prescindió de considerar una circunstancia decisiva para dar una respuesta sostenible a su decisión de cancelar la admisibilidad de este remedio constitucional, pues desconoció el carácter periódico de la prestación reclamada por la peticionaria para su reincorporación a un sistema de ayuda económica, en el marco de un conflicto urgente destinado a tutelar derechos que cuentan con reconocimiento directo e inmediato en Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

5°) Que, en efecto, ello es así pues para revocar la decisión apelada que había reconocido raigambre constitucional a la instancia promovida y enfatizado sobre la inexistencia de otra vía que permitiera analizar adecuadamente la pretensión, la alzada se limitó a indicar dogmáticamente que el amparo resultaba extemporáneo, en tanto había sido presentado transcurrido el plazo de quince días previsto para instar esta vía en el texto normativo citado. Empero, en la sentencia se omitió ponderar que, en el caso, no se halla controvertido un acto único de la administración, sino que, en cambio, se cuestiona una omisión de carácter continuo atribuible a aquella, pues el beneficio que había sido denegado a la actora consiste en una “prestación monetaria no retributiva de carácter mensual” para la atención de situaciones de exclusión de diversos sectores vulnerables (conf. arto 14 bis de la ley 24.714, incorporado por el arto 5° del decreto 1602/09).

Desde esta nítida comprensión, esta Corte ha establecido para los procesos de amparo una regla de derecho de inequívoca aplicación en el sub lite, que ha sido soslayada por la cámara. En efecto, el Tribunal ha resuelto consistentemente que el plazo de caducidad contemplado en el arto 2°, inc. e, de la ley 16.986 no puede constituir un impedimento insalvable cuando -como en el caso- con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad periódica o continuada (Fallos: 324: 3074; 329:4918 y 338:1092).

6°) Que la aplicación de esa doctrina se justifica aun en mayor grado en este caso, si se considera que con particular referencia a los asuntos en los que se ha invocado, y prima facie acreditado, que la cuestión versa sobre

discapacidad, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría - en el caso- si el reclamo del actor tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso”¹⁷. Por último, en Koch¹⁸, tal como expone el dictamen del Procurador General, se enfatizó en que “el plazo establecido por el arto 2°, inciso e, de la ley 16.986, no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable ni es aceptable la interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional (art. 43), cuando como ha sido invocado y prima facie acreditado en el caso- se trata de la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial, comprometen la salud, y la supervivencia misma de los reclamantes.

III. Algunas reflexiones acerca de la admisibilidad del Recurso Extraordinario Federal

Otra de las cuestiones sobre la que la Suprema Corte se expide, versa sobre la admisibilidad en la interposición del Recurso Extraordinario Federal, el cual fue concedido por la cuestión federal y rechazado por la arbitrariedad planteada, luego de denegarse el amparo por la Cámara.

Sucede, que estamos ante una decisión impugnada que resultaría, en principio, ajena a la posibilidad de interponer un Recurso Extraordinario federal en los términos del art

Ricardo c/ IOS s/ amparo”

17 CSJN, Fallos 329:4918, “Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, (2006).

18 Koch, Lilian Mercedes c/ PEN – ley 25.561 – dtos. 1570/01 214/02 (Boston – Citi) s/ amparo sobre ley 25.561”.

la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes, esta Corte ha enfatizado que el plazo establecido en la citada disposición no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable, ni es aceptable una interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional (art. 43; Fallos:335:44).

Al respecto, es un consolidado criterio hermenéutico seguido por el Tribunal que, dada la índole peculiar de ciertas pretensiones, compete a los jueces la búsqueda de soluciones que se avengan a estas, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas, a fin de evitar que la incorrecta utilización de las formas, pueda conducir a la frustración de derechos tutelados constitucionalmente, cuya suspensión, a las resultas de nuevos trámites, es inadmisibles (Fallos: 327:2127; 329:2179; 330:4647; 332:1394 y 1616).

7º) Que las circunstancias señaladas bastan para poner de manifiesto que las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto, por lo que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti.

14 de la ley 48. Ello encontraría fundamento en que al rechazarse previamente la vía de amparo y dejar su posibilidad de acceso a la revisión judicial ordinaria, carecen éstas sentencias del carácter de definitivas.

Sin embargo, a esta tradicional regla de viabilidad de la acción, viene haciendo excepción la Suprema Corte cuando, en casos como éste, lo resuelto ocasiona un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior, doctrina que se esgrime por el Sr Procurador, y que luego es recordada por nuestro Órgano Supremo al momento de hacer lugar a la vía del Recurso Extraordinario, cuando expresa que “Exponiéndose que la alegada urgencia en la satisfacción de la prestación solicitada en beneficio de un niño discapacitado y el hecho no cuestionado de que la demandada, tras conceder el beneficio, ha dejado de afrontar las prestaciones periódicas y sucesivas ponen de manifiesto que el fallo apelado irroga agravios de imposible reparación ulterior, condición que fundadamente autoriza a equiparar el pronunciamiento recurrido a la sentencia definitiva exigida por el arto 14 de la ley 48.”

La característica de este tipo de agravios de inviable satisfacción posterior emanan de manera notable en el caso en cuestión, puesto que luego del tiempo que insumió la tramitación de la acción hasta el momento, la única posibilidad recursiva que subsistiría –dada la decisión de la Cámara– de interponer una demanda ordinaria de reconocimiento, con los tiempos que éste procedimiento insumiría, comprometería de manera irreparable la supervivencia misma de un niño discapacitado y la posibilidad de afrontar las necesidades particulares referidas a su situación de discapacidad que logren garantizarle el acceso a un nivel de vida adecuado y el disfrute del más alto nivel posible de salud. Recuérdese que los reclamos por parte de la madre del infante se vienen realizando desde el año 2009 en sede administrativa. Si luego de casi ocho años desde aquel momento, la única solución que se le hubiese podido otorgar el pasado 22 de marzo

de 2018 hubiese sido que interponga un nuevo reclamo a través de las vías ordinarias, esto sin duda y dadas las circunstancias del caso, se hubiese asemejado más una burla y desconsideración extrema del derecho al acceso a la justicia, a partir del cual se intentan hacer valer todos los demás derechos en cuestión.

En este contexto, dada la prioridad del derecho a la vida y a la salud y su rango constitucional e internacional, queda agregar – reprobando aún más la decisión de la Cámara Federal de Rosario- que con relación a las vías mediante las cuales pueden hacerse efectivos estos derechos, la jurisprudencia de la Corte es unánime en afirmar que ante la posibilidad de un menoscabo, el camino adecuado resulta la acción de amparo del art 43 de la Constitución Nacional.

Se ponderó, que el derecho a la salud, especialmente cuando se trata de enfermedades graves, se relaciona estrechamente con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal, en consideración que un individuo “gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida”¹⁹. En tales circunstancias, la presencia de un daño grave e irreparable, torna improcedente remitir el examen de tales cuestiones a los procedimientos ordinarios. En esta línea, corresponde a los magistrados “habilitar las vías de amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende de la situación concreta a examinar. [...] Si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de controversias y quien solicita tal protección judicial debe acreditar la inoperancia de las vías procesales ordinarias para reparar el perjuicio invocado, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias.”²⁰

IV. Una cuestión de Derechos

Esto nos lleva a un análisis de los derechos aquí involucrados y que se han visto soslayados por la decisión de la Cámara, basándose meramente en una extrema formalidad. Debe decirse que éstos van desde el más amplio derecho al acceso a la tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y efectivo, en conjunto con un desconocimiento del orden de prelación normativa, lo que se alega por la actora dado que privilegió la aplicación de art 2 de la ley 16.986 por sobre toda la normativa constitucional en virtud del art 75 inc. 22 e instrumentos internacionales que protegen a la niñez, a las personas con discapacidad, y a aquellas en contexto de insuficiencia de recursos económicos.

Para una descripción más acabada al respecto, es dable recapitular acerca de la persona sobre quien ha recaído la decisión en cuestión, y por lo tanto, la naturaleza de los derechos aquí discutidos: estamos hablando de un niño, que padece una seria discapacidad, cuya madre se encuentra en una situación de precariedad laboral, y cuyo sustento

19 Palacio de Caerío, Silvia expone que así se expidió la Corte en el caso “María, Flavia Judith C/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial”, sentenciado el 30 de octubre de 2007. En el mismo, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la acción de amparo promovida con el fin de obtener la cobertura integral de gastos para la atención de salud de una persona discapacitada, en cuanto consideró que la pretensión de la actora coincidía con otra acción de amparo anterior que había sido declarada inadmisibles por el tribunal pues la demandante, se hallaba efectuando un pedido similar en sede administrativa. Contra ese pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la queja. La CSJN, dejó sin efecto el fallo apelado. Palacio de Caerío Silvia B. (2011) Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – 1ª ed.- Buenos Aires: La Ley, 2011. Pág. 220

20 Palacio de Caerío Silvia B. (2011) Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – 1ª ed.- Buenos Aires: La Ley, 2011. Pág. 221.

estable de su núcleo familiar proviene de la percepción de una pensión provincial. Todas estas son cuestiones no controvertidas en el caso, que evidentemente no solo agravan en demasía la situación del afectado y hacen más reprochable la decisión del aquo, sino que hacen que la situación esté amparada en un amplio abanico de instrumentos internacionales, a saber:

El derecho a una tutela judicial efectiva y a interponer un recurso rápido y sencillo ante tribunales competentes frente a la vulneración de derechos fundamentales previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; En este sentido, toman también importancia las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad²¹, las que comprenden dos reglas de aplicación en el caso en cuestión: quienes estén en situación de discapacidad y pobreza. En cuando a la discapacidad se establece que “Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.”²² Y en cuando a la pobreza, se expone en la regla que “constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad.”²³

Se encuentra aquí en juego el derecho a la seguridad social, que cubre los riesgos de subsistencia (art. 14 bis, Constitución Nacional y arto 9, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); el acceso a un nivel de vida adecuado, que comprende alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y el disfrute del más alto nivel posible de la salud (art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

A ello cabe agregar la especial protección que los instrumentos internacionales y las leyes prevén a favor de los niños con discapacidad a fin de garantizar su acceso a un nivel de vida adecuado para su desarrollo en condiciones de igualdad (art.75, inc. 23, Constitución Nacional; arts. 6, 23, 24 y 27, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 5, 7, 10, 17, 19, 25 y 28, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 8 y 26 de la Ley 26.601 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

21 Adoptadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia y a las que la Corte Suprema adhirió mediante la acordada 5/2009 de fecha 24/2/2009, y estableció que las mencionadas reglas “deberán ser seguidas -en cuanto resulte procedente- como guía en los asuntos que se refieren” <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

22 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, realizada los días 4 a 6 de marzo de 2008. Pág. 6; ver más en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

23 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, realizada los días 4 a 6 de marzo de 2008. Pág. 8; ver más en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

V. Efectividad de la Asignación Universal y la problemática de discapacidad

Es dable referenciar la reciente investigación interdisciplinaria publicada por ANSES, titulada “Análisis y propuestas de mejora para ampliar la Asignación Universal por Hijo”²⁴ un estudio enfocado en evaluar los alcances, impactos y desafíos futuros del programa, desde un nacimiento. En el mismo, se destaca la gran eficiencia de la AUH. Entre otros datos, se revela que protege al 87,4 de niños, niñas y adolescentes²⁵. Además, se comprueba que el impacto social es significativo, ya que generó una mejora de casi un 30% en el ingreso promedio desde su implementación. Con relación a la condicionalidad educativa, se evidencia un fuerte impacto positivo de la AUH sobre las tasas de asistencia secundaria de los varones elegibles de entre 15 y 17 años, aunque para las mujeres, no hay un impacto significativo sobre la asistencia. En lo que hace al efecto de la condicionalidad en salud, se observan diferencias estadísticamente significativas en el modo de obtención de los remedios. En este caso, los hogares que reciben AUH tienen mayores probabilidades de obtenerlos gratuitamente respecto de los no destinatarios del programa

En lo que hace a la discapacidad, lamentablemente no existen datos actuales. En el reciente estudio no se observa una diferenciación de datos entre la AUH genérica y la AUH por discapacidad. En virtud del censo del año 2010 se observa que el 12,9 % de la población padece alguna algún tipo de dificultad o limitación permanente física y/o mental²⁶. A pesar de las falencias propias de este tipo de estadísticas en temas tan particularizados, la misma nos permite tener una aproximación acerca de las características particulares que presentan más de cinco millones de personas –específicamente 5.114.190- que padecen alguna dificultad en nuestro país. Se expone que la tasa de alfabetismo es de 93,5% mientras que el 6,5% restante representa a la población analfabeta. Este último valor es superior a la media nacional que es de 1,9%, lo que hace que el porcentaje de analfabetos en la población con dificultad o limitación permanente sea tres veces mayor que en la población total del país.²⁷

Al observar la inserción en el mercado laboral, se destaca un alto porcentaje de población inactiva, la cual representa algo más del 52% de la población total de 14 años y más²⁸.

En cuanto a la Cobertura de salud y previsión social el 91,5% tiene obra social. Sin embargo, de ellos un 10,5% derivan sus aportes a una prepaga. El 4,5 posee prepaga por contratación voluntaria, y es destacable que la proporción de población que tiene cobertura por programas estatales de salud es un 4%.²⁹

24 realizada en conjunto por la Ansés, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Unicef, la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires (UBA), el Centro de Estudios Distributivos Laborales y Sociales (Cedlas) de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de La Plata (Unlp) y el Cneps. Ver estudio completo en: <https://www.unicef.org/argentina/informes/an%C3%A1lisis-y-propuestas-de-mejora-para-ampliar-la-asignaci%C3%B3n-universal-por-hijo>

25 Quedan alrededor de 1,6 millones de niños niñas y adolescentes no cubiertos. Dichas brechas de no cobertura se asocian a diversos factores, como el tope en la cantidad de niños (cinco) a cubrir por titular; la demora potencial en la inscripción de los recién nacidos, la falta de documentación necesaria para acceder a la prestación, el incumplimiento de las condicionalidades y la existencia de más de un núcleo familiar en el hogar

26 Aunque un censo no es la fuente ideal para medir la discapacidad, porque aquí se tenía en cuenta una sola pregunta dentro de otras sesenta. Por este motivo recientemente se encomendó un trabajado especializado al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), quien está realizando un nuevo Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad. La publicación final está pendiente de publicación. Sin embargo los resultados preliminares de julio de 2018 pueden verse en: https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/estudio_discapacidad_07_18.pdf

27 Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas “Censo del Bicentenario: Población con dificultad o limitación permanente”; (2010); Instituto Nacional de Estadística y Censos; Pág. 44 Ver más en: https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP_10_14.pdf

28 Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas “Censo del Bicentenario: Población con dificultad o limitación permanente”; (2010); Instituto Nacional de Estadística y Censos; Pág. 54 Ver más en: https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP_10_14.pdf

29 Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas “Censo del Bicentenario: Población con dificultad o limitación permanente”; (2010); Instituto Nacional de Estadística y Censos; Pág. 63 Ver más en: https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP_10_14.pdf

En cuanto a las condiciones de vida³⁰ se analizaron dos indicadores: la calidad de materiales de las viviendas y la presencia de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI)³¹ en sus hogares. Al comparar el comportamiento de estos indicadores en la población total y en la población bajo análisis, se concluye por el informe que en la población con dificultad o limitación permanente las condiciones habitacionales son más precarias que en el total de la población, observándose que los hogares con mayores carencias se encuentran en el norte del país³²

En cuanto al otorgamiento de Asignaciones Universales para Protección Social, se pueden encontrar bases de datos proporcionadas por ANSES³³ acerca de la Cantidad de personas beneficiarias de la Asignación Universal por Hijo e Hijo con Discapacidad en nuestro país, desde enero de 2013 hasta marzo de 2018. Estos datos exponen, que el año 2013 se entregaron un promedio de 22.231 AUH por discapacidad; en el 2014, 22.464; en el 2015, 22.879; en 2016, 24.426; en 2017, 27.058; y desde enero a marzo de 2018 se evidencia un promedio de 29.348 AUH por discapacidad entregadas.

Conclusiones

En este sentido el análisis del fallo nos deja una serie de importantes aspectos a tener en cuenta. Por una parte, la importancia de recordar que dada la trascendentalidad del derecho a la salud y a la vida y en cuanto a las vías mediante las cuales pueden hacerse efectivos estos derechos, la jurisprudencia de la Corte es unánime en afirmar que ante la posibilidad de un menoscabo, el camino adecuado resulta la acción de amparo del art 43 de la Constitución Nacional. Que frente a ello, la exclusión de la vía por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual o formalista. En este sentido cobra gran importancia la “doctrina de la Ilegalidad Continuada” en los actos lesivos continuados, que hacen renacer o renovar constantemente el plazo de quince días hábiles para la interposición del amparo, impidiendo la caducidad de la acción.

Por otra parte, acerca de la medida por la que surge esta disputa y en virtud de los datos expuestos, logra evidenciarse por un lado, la gran eficacia que ha tenido la AUH en nuestro país como política de inclusión fundamental que mejora la calidad de vida de las familias en situación de vulnerabilidad social. La cual tiene entre sus metas, además de asegurar un ingreso mínimo a las familias, garantizar el derecho de niños, niñas y adolescentes a la salud y a la educación. Que se revele que el 87,4 % de los niños niñas y adolescentes están protegidos por la medida y que esta ocasionó una mejora de casi un 30% en el ingreso de las familias desde su creación, da cuenta de que la puesta en marcha del AUH ha significado un cambio estructural en las políticas sociales de nuestro país. Sin embargo, los datos presentados por el INDEC acerca de la población con dificultad o limitación permanente, no hacen más que evidenciar aún más su condición

30 Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas “Censo del Bicentenario: Población con dificultad o limitación permanente”; (2010); Instituto Nacional de Estadística y Censos; Págs. 32 a 43 Ver más en: https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP_10_14.pdf

31 El concepto permite la delimitación de grupos de pobreza estructural y representa una alternativa a la identificación de la pobreza. Por medio de este abordaje se identifican dimensiones de carencias absolutas y se enfoca la pobreza como el resultado de un cúmulo de privaciones materiales esenciales. Se consideran hogares con NBI a aquellos que presentan al menos una de las siguientes privaciones: Vivienda, (es el tipo de vivienda que habitan los hogares que moran en habitaciones de inquilinato, hotel o pensión, viviendas no destinadas a fines habitacionales, viviendas precarias y otro tipo de vivienda.); Condiciones sanitarias: (hogares que no poseen retrete.); Hacinamiento; Asistencia escolar (hogares que tienen al menos un niño en edad escolar (6 a 12 años) que no asiste a la escuela); Capacidad de subsistencia: (hogares que tienen cuatro o más personas por miembro ocupado y que tienen un jefe que no ha completado el tercer grado de escolaridad primaria.)

32 Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas “Censo del Bicentenario: Población con dificultad o limitación permanente”; (2010); Instituto Nacional de Estadística y Censos; Pág. 90 Ver más en: https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/PDLP_10_14.pdf

33 Administración Nacional de la Seguridad Social. (2018) Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH). Ver más en: <https://www.anses.gov.ar/institucional/datos-abiertos/asignaciones-universales/>

de vulnerabilidad en el sistema, y la necesidad de políticas públicas para este tipo de poblaciones. De aquellos se expone un importante porcentaje de analfabetismo, un alto porcentaje de población inactiva en el mercado laboral, -ambos pueden ser consecuencia irremediable de sus propias limitaciones- y se evidencia que tienen condiciones habitacionales más precarias que en el total de la población de nuestro país. Por su parte, en virtud de los datos proporcionados por ANSES, se puede hacer una aproximación de 24.879 AUH por discapacidad otorgadas, en promedio, desde el año 2013 hasta la actualidad -sin datos oficiales de los años 2011, 2012 y 2013-. Dada esta información, puede decirse que los números van creciendo mes a mes y año tras año en su otorgamiento, lo que demuestra avances en la importancia de otorgar este tipo de medidas a personas discapacitadas, maxime cuando recientes estudios oficiales dan cuenta de la eficacia en su implementación y los cambios en el nivel de vida de las personas sobre las que recae el otorgamiento de la medida. Más aún se justifica, cuando de datos oficiales -aunque no actuales, pero sí aproximados con el momento en el que se desarrolló el caso en cuestión, ya que el último censo es del año 2010 y el primer reclamo presentado por la madre del menor se realiza a fines de 2009- emana mas vulnerabilidad aún, que la provocada por sus propia dificultad o limitación permanente física y/o mental.

El derecho a la vida, la salud y la protección de las personas con discapacidad se encuentra tutelado desde una perspectiva muy amplia, tanto desde el punto de vista normativo, doctrinario y jurisprudencial. En este sentido se cuenta con un gran abanico de normas que los tutelan, desde la propia Carta Magna e instrumentos con igual jerarquía, pasando por leyes nacionales, Constituciones Provinciales y legislaciones locales. Como no es menor de esperar, la doctrina y la jurisprudencia también son unánimes acerca de la garantía infranqueable que deben tener este tipo de derechos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido clara y va dejando gran cantidad de precedentes en la temática que siguen siendo fuentes de nutrición a las garantías que deben existir para que estos derechos sean efectivizados. Gratamente, el que nos trae a cuestión, es uno más de este tipo. En este sentido, es dable rememorar que una de las finalidades de la doctrina sentada consiste en unificar la jurisprudencia, ya que tiene un valor orientador en casos análogos para los tribunales inferiores, siquiera por razones de economía procesal, salvo que se agreguen nuevos argumentos que puedan variar el precedente. A través de esta función uniformadora o normofiláctica se brinda seguridad jurídica a los ciudadanos en la aplicación de la ley, siendo el acatamiento de la doctrina legal sentada, la regla. Sin embargo, el caso que nos trae en cuestión, nos demuestra que aun en tiempos de sobrada cuantía normativa, doctrina y jurisprudencia, altos tribunales siguen priorizando rigurosidades formales por sobre derechos fundamentales a la hora de tomar decisiones que definirán el futuro de vida y la salud de un niño con discapacidad de bajos recursos económicos.

La decisión, por una parte, nos da tranquilidad de saber que la Corte Suprema opera como el garante final de nuestros derechos. Sin embargo, podríamos preguntarnos que hubiese pasado si la Corte hubiese decidido confirmar la sentencia de cámara y atenerse a una extrema formalidad. Sin duda que existen resonantes y cuestionables precedentes, como es el caso Fontevicchia y D'Amico. Sin embargo, sentencias como la presente nos dan acabados fundamentos para pensar que el garantismo y la supremacía de los Tratados con jerarquía constitucional en materia de Derechos Humanos están más presentes y aplicables que nunca, como así también la postura de nuestro Órgano Supremo en la interpretación de la ley, y en el mensaje expuesto en este precedente acerca de la trascendental función de la justicia, -en sentido amplio-, y los jueces -en sentido estricto-, quienes tienen un indiscutible poder deber: asegurar que exista una garantía expedi-

ta para cada derecho escrito, lo cual se enfatiza cuando la decisión versa sobre personas vulnerables y sus derechos fundamentales; el mensaje acerca del trascendental poder deber de los jueces de ser fuertes con los más débiles.
