

2018

Colección de dictámenes sobre derechos humanos

Dictámenes PGN N°6

Los derechos económicos, sociales y culturales

Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2018)

DGDH | Dirección General de Derechos Humanos



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

Los derechos económicos, sociales y culturales

Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación
(2012 - 2018)

Dirección General de Derechos Humanos

Edición: Dirección de Relaciones Institucionales

Diseño: Dirección de Comunicación Institucional

Publicación: Octubre 2018

— 2018 —

Colección de dictámenes sobre derechos humanos

Dictámenes PGN N°6

Los derechos económicos, sociales y culturales

Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2018)

DGDH | Dirección General de Derechos Humanos

ÍNDICE

I. PRESENTACIÓN.....	7
II. INTRODUCCIÓN	9
III. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LOS DICTÁMENES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN	16
A) Derecho a una vivienda adecuada.....	16
B) Protección judicial de los derechos a la salud y al medio ambiente	24
C) Derecho a la salud sexual y reproductiva.....	26
D) Derecho a la educación.....	28
E) Derechos de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación y a la seguridad social	33
F) Derecho a la seguridad social	45
G) Derecho al trabajo en igualdad de condiciones	50
H) Derechos a la sindicalización y a la huelga.....	68
I) Derecho de las personas migrantes a la protección familiar.....	81

I. PRESENTACIÓN

Es una enorme satisfacción presentar esta colección de dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en temas de derechos humanos. La colección pretende ser un insumo de trabajo para la tarea de los/as fiscales y de todos/as los/as integrantes del Ministerio Público; así como de aquellos/as interesados/as en reflexionar sobre la incorporación de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno.

Esta publicación compila, analiza y sistematiza los dictámenes más relevantes elaborados por la Procuración General de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años (desde el 2012), y se actualizará periódicamente.

Los dictámenes seleccionados se encuentran clasificados por tema o derecho, y cada cuadernillo incluye una introducción sobre los principales estándares que surgen de instrumentos internacionales y pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos en la materia. El análisis de cada dictamen comienza con una síntesis de la causa llevada a conocimiento de la Corte Suprema, y luego transcribe textualmente los fragmentos del dictamen que exponen los desarrollos jurídicos del derecho bajo estudio. Corresponde advertir que las transcripciones textuales de las partes pertinentes de los dictámenes no siguen el orden original del documento; por eso, se cita siempre la referencia al dictamen completo, para el/la lector/a que lo precise. También se informa si a la fecha la Corte Suprema se ha expedido en el caso, y en ese supuesto, qué ha resuelto.

La colección se inauguró con el cuadernillo dedicado a la temática de libertad de expresión y acceso a la información pública, repasando dictámenes vinculados con conflictos con los derechos al honor, la intimidad y la imagen; con debates surgidos por el uso de Internet; dictámenes en casos en que las expresiones cuestionadas tienen un fin comercial; dictámenes en los que estuvo en discusión el alcance del derecho a la manifestación y asociación; y en los que se analizó el deber estatal de garantizar la pluralidad de voces y evitar la concentración de los medios de comunicación; entre otros.

El segundo cuadernillo de la colección se destinó al derecho a la igualdad y a la no discriminación, y contiene dictámenes en los que se ponderó la irrazonabilidad de restricciones basadas, por ejemplo, en la orientación sexual de una persona; así como otros en los que se definió el deber de adoptar medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre varones y mujeres, tanto por parte de privados como de las autoridades públicas.

El tercer ejemplar analizó exclusivamente los dictámenes emitidos en casos vinculados con los derechos de las personas con discapacidad; en éstos se desarrolló el alcance de las obligaciones que surgen a partir del nuevo modelo social de la discapacidad, como el deber de brindar medidas especiales de apoyo y realizar ajustes razonables a las políticas públicas.

El cuarto cuadernillo compiló diversos dictámenes en los que el Ministerio Público Fiscal se expidió

sobre el alcance del derecho al debido proceso. Entre otros, reúne pronunciamientos sobre el derecho a un juez imparcial y a ser juzgado en un plazo razonable, el derecho a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.

Por su parte, el derecho a la protección contra todas las formas de violencia de género fue la temática elegida para el quinto cuadernillo. Allí se reunieron dictámenes ante la CSJN en los que se desarrollan estándares sobre la obligación del Estado de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y contra el colectivo de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI).

Este sexto cuadernillo abarca la temática de los derechos económicos, sociales y culturales. Reúne dictámenes ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se desarrollan estándares sobre el derecho a una vivienda adecuada, a la salud, al trabajo y a la previsión social, a la vez que recoge pronunciamientos relativos al goce de derechos sociales por parte de determinados grupos objeto de protección especial, tales como las personas con discapacidad y los migrantes.

La colección continuará con ejemplares destinados a presentar los dictámenes sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, derechos de los pueblos indígenas, derechos de las personas migrantes, y derecho a la protección judicial, entre otras temáticas.

Las tareas emprendidas para concretar esta obra responden a una de las líneas estratégicas de la Dirección General de Derechos Humanos, que tiene como misión principal colaborar con los/as fiscales, así como con las diferentes áreas y dependencias del organismo para asegurar su actuación de acuerdo con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales. Esta colección que, como dije, se actualiza periódicamente, ha sido el fruto del trabajo de todo el equipo de la Dirección, bajo la coordinación de María Victoria Meza en los primeros ejemplares y de Juan Esteban Antoniassi más recientemente. A todos/as ellos, mi reconocimiento.

Finalmente, este compendio resulta una oportunidad para resaltar la labor de la Procuración General de la Nación en la tarea de dictaminar ante la Corte Suprema. Los dictámenes son una parte esencial del proceso para que el máximo Tribunal decida en la causa. Pero un dictamen es mucho más que una simple opinión fundamentada: en ese documento, el Ministerio Público Fiscal representa los intereses generales de la sociedad en el caso concreto y en el debate público sobre ese conflicto en general. Por ello, los desarrollos jurídicos que se incorporan en cada uno de estos pronunciamientos constituyen un paso fundamental en la protección de los derechos humanos.

Esperamos entonces que la colección pueda ser aprovechada por todos/as.

Andrea Pochak
Directora General de Derechos Humanos

II. INTRODUCCIÓN

Los derechos económicos, sociales y culturales incluyen, entre otros, los derechos a un nivel de vida adecuado, a la alimentación, a la vivienda digna, al agua y saneamiento, a la educación, a la salud, al trabajo, a la libertad sindical, a la seguridad social y a la protección familiar. La Constitución Nacional consagra varios de estos derechos a lo largo de su articulado. Por su parte, entre los instrumentos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN) que los contemplan con mayor o menor desarrollo podemos mencionar a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —y en particular su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), aprobado por la ley n° 24.658, de jerarquía suprallegal—, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Sin lugar a dudas es en el PIDESC donde esta categoría de derechos encuentra su previsión más amplia; y es su órgano de supervisión, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC), el pionero en el desarrollo conceptual de las cláusulas de aquel instrumento. En esta introducción, haremos referencia a los principios y obligaciones generales que se derivan del PIDESC, y a los derechos que se desarrollan en los dictámenes seleccionados para este cuadernillo.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales asume que la plena efectividad de estos derechos no podrá lograrse, en general, en un período de tiempo breve. Por ello establece el *principio de progresividad*: los Estados parte se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (artículo 2, inc. 1). Del deber de progresividad se deriva, a su vez, la prohibición de regresividad que veda a los Estados retroceder en el grado de realización alcanzado de un determinado derecho. Así, lo que define la violación del tratado no es el contenido de la política pública *per se*, sino precisamente el retroceso injustificado desde la situación de protección social alcanzada (cfr. Comité DESC, Observación General N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes [párrafo 1 del artículo 2 del Pacto]”, 1991, punto 9).

La obligación de progresividad apuntada no exime del deber que corresponde a los Estados de asegurar *la satisfacción de un nivel mínimo*, esencial, de cada uno de los derechos protegidos. En este sentido, el Comité DESC ha señalado que para que el Estado pueda atribuir su incumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todos

los esfuerzos posibles a fin de utilizar todos los recursos que están a su disposición para satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas (cfr. Comité DESC, Observación General N° 3, ya citada, punto 10). Para el Comité, la frase “hasta el máximo de los recursos de que disponga” establecida en el artículo 2 del Pacto se refiere tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales (cfr. Comité DESC, Observación General N° 3, punto 13).

No obstante el principio de progresividad, hay algunas obligaciones en materia de derechos sociales que no son de cumplimiento progresivo sino inmediato, tales como las mencionadas obligaciones mínimas; el deber de adoptar ciertas medidas, como producir información, adoptar políticas públicas, realizar monitoreo y evaluación sobre los progresos y proveer recursos judiciales efectivos; la prohibición de regresividad; y el deber de no discriminar en relación con ninguno de los derechos reconocidos en el PIDESC (artículos 2 y 3). También son de cumplimiento inmediato las obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales no sujetas al logro progresivo de la efectividad. Entre otros, puede mencionarse el deber de garantizar a toda persona el goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7); el deber de respetar el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección (artículo 8); el deber de proteger a niños, niñas y adolescentes contra la explotación económica y social, su empleo en trabajos nocivos y el deber estatal de establecer límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil (artículo 10, párr. 3); la libertad de elegir la educación de los/as hijos/as (artículo 13.2.a); y el deber de respetar la libertad para investigación científica y para la actividad creadora (artículo 15, párr. 3) (cfr. Comité DESC, Observación General N° 3, punto 6). En estos casos —tal como ocurre frente a derechos civiles y políticos— si el Estado no adopta de modo inmediato medidas para respetar estos derechos incurre en responsabilidad internacional.

De lo anterior se sigue que la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales es relativa. En rigor, ambas categorías de derechos generan niveles de obligaciones comunes para los Estados. Esta idea se emparenta con los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos que postulan que todos los derechos humanos, sean éstos los derechos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, son indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás; de la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás. La interdependencia refuerza la unidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales pues los distintos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos.

El PIDESC establece la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales *sin discriminación* alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (artículo 2.2). Al respecto, el Comité DESC ha reconocido que la no discriminación y la igualdad “son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y

son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales” (Comité DESC, Observación General N° 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales [artículo 2, párrafo 2 del Pacto]”, 2009, punto 2).

En particular sobre el respeto y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas extranjeras, el Comité DESC ha advertido que no se debe impedir su acceso por razones de nacionalidad dado que “los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean” (Comité DESC, Observación General N° 20, ya citada, punto 30).

A la vez, el PIDESC reconoce la igualdad y no discriminación por razones de género en su artículo 3. El Comité DESC ha explicitado que la igualdad sustantiva de varones y mujeres no se logra sólo con la promulgación de leyes o la adopción de principios que sean a primera vista indiferentes al género, y señaló que “... al aplicar el artículo 3, los Estados Partes deben tener en cuenta que las leyes, los principios y la práctica pueden dejar a un lado la desigualdad entre hombres y mujeres o incluso perpetuarla, si no tienen en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales existentes, en especial las que sufren las mujeres” (Comité DESC, Observación General N° 16, “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales [artículo 3 del Pacto]”, 2005, punto 8).

El Comité DESC también tuvo oportunidad de pronunciarse respecto de la obligación de promover la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad. En este sentido, advirtió que “...en el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación [de realización progresiva] consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente” (cfr. Comité DESC, Observación General N° 5, “Las personas con discapacidad”, 1994, punto 9).

Uno de los derechos que ha merecido un análisis exhaustivo por parte del Comité DESC ha sido el *derecho a la salud*, contemplado en el art. 12.1 del PIDESC. Para el Comité, se trata de un derecho que “... no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”. Asimismo, el Comité advirtió que otro aspecto importante de este derecho es “... la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los

planos comunitario, nacional e internacional” (cfr. Comité DESC, Observación General N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud [artículo 12 del Pacto]”, 2000, punto 11). A su vez, el Comité destacó que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca ciertos elementos esenciales e interrelacionados. Así, advirtió que los establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de salud deben ser disponibles —es decir que los Estados deben contar con un número suficiente—; accesibles —esto es, accesibles a todos, sin discriminación alguna—; aceptables —deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiado—; y de calidad —apropiados desde el punto de vista científico y médico— (cfr. Comité DESC, Observación General N° 14, ya citada, punto 12). A esta altura, vale la pena mencionar que estos cuatro elementos son aplicables no solo al derecho a la salud sino a los derechos económicos, sociales y culturales en general.

El derecho a la salud sexual y reproductiva también ha sido abordado por el Comité DESC. En su Observación General N° 22 destacó que la garantía del derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es esencial para la efectivización de todos sus derechos humanos, en tanto es indispensable para su autonomía y para tomar decisiones sobre sus vidas y su salud. Para el Comité, la igualdad de género requiere que se tengan en cuenta las necesidades en materia de salud de las mujeres, distintas de las de los hombres, y se presten servicios apropiados para las mujeres en función de su ciclo (cfr. Comité DESC, Observación General N° 22, “El derecho a la salud sexual y reproductiva [artículo 12 del Pacto]”, 2016, punto 25).

Por otra parte, el PIDESC establece el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (artículo 11.1). De este modo, el Pacto reconoce, entre otros, *el derecho humano a una vivienda*. A este respecto, el Comité DESC, ha establecido que este derecho no debe interpretarse en un sentido estricto o restrictivo, sino que debe cumplir con determinados parámetros en orden de que una vivienda sea considerada “adecuada” (cfr. Comité DESC, Observación General N° 4, “El derecho a una vivienda adecuada [párrafo 1 del artículo 11 del Pacto]”, 1991, punto 9). Para el Comité, este concepto implica disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio, seguridad, iluminación y ventilación adecuados, una infraestructura básica y una situación adecuadas en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable (cfr. Comité DESC, Observación General N° 4, ya citada, punto 7).

De acuerdo con la interpretación que el Comité DESC ha efectuado, el derecho a la vivienda está compuesto por los siguientes elementos: 1) seguridad jurídica de la tenencia: en cualquiera de sus formas, el Estado debe garantizar una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas; 2) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura: el Estado debe garantizar el acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia; 3) gastos soportables:

el porcentaje de los gastos de vivienda deben ser, en general, conmensurados con los niveles de ingreso, y el Estado debe crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. También debe protegerse por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres; 4) habitabilidad: la vivienda debe poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y protegerlos de cualquier amenaza para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad; debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. Al respecto, deben aplicarse los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la Organización Mundial de la Salud; 5) asequibilidad: el Estado debe garantizar cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos; 6) localización adecuada: la vivienda debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. No debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud; y 7) adecuación cultural: la manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda (cfr. Comité DESC, Observación General N° 4, ya citada, punto 8).

En cuanto a la realización progresiva de este derecho, el Comité DESC ha indicado que si el Estado alega que las medidas requeridas para promover el derecho a la vivienda van más allá del máximo de sus recursos disponibles, debe hacer una solicitud de cooperación internacional. A su vez, advirtió que las obligaciones derivadas del PIDESC son quizás más pertinentes durante tiempos de contracción económica (cfr. Comité DESC, Observación General N° 4, punto 10). Por último, el Comité DESC ha entendido que los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del PIDESC y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional (cfr. Comité DESC, Observación General N° 7, “El derecho a una vivienda adecuada [párrafo 1 del artículo 11 del Pacto]: los desalojos forzosos”, 1991, punto 1).

Otro derecho contenido en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado es el *derecho al agua*, porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia. En este sentido, el Comité DESC ha reconocido que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del artículo 11 del PIDESC; está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas. Asimismo, advirtió que debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, entre los que ocupa un lugar primordial el derecho a la vida y a la dignidad humana (cfr. Comité DESC, Observación General N° 15, “El derecho al agua [artículos 11 y 12 del Pacto]”, 2002, punto 3).

El Comité DESC también ha resaltado que los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo

12; aclarando que debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. Asimismo, entendió que el modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras (cfr. Comité DESC, Observación General N° 15, ya citada, punto 11).

Por su parte, en cuanto al *derecho a la alimentación adecuada* (art. 11 del PIDESC), según el Comité DESC “se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla... no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos”. A la vez, destacó que si bien este derecho se alcanza progresivamente “...los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre tal como se dispone en el párrafo 2 del artículo 11 [del PIDESC], incluso en caso de desastre natural o de otra índole” (cfr. Comité DESC, Observación General N° 12, “El derecho a una alimentación adecuada [artículo 11 del Pacto]”, 1999, punto 3).

Previsto en el art. 13 del PIDESC, el *derecho a la educación* ha sido considerado por el Comité DESC como un medio indispensable de realizar otros derechos humanos (cfr. Comité DESC, Observación General N° 13, “El derecho a la educación” [artículo 13 del Pacto], 1999, punto 1). Este órgano ha delineado las cuatro características que debe tener la educación en todas sus formas y en todos los niveles. Estas son, a) disponibilidad de instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado; b) accesibilidad de las instituciones y los programas de enseñanza a todos, sin discriminación; c) aceptabilidad de la forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; y d) adaptabilidad a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados (cfr. Comité DESC, Observación General N° 13 ya citada, punto 6).

Por otra parte, el *derecho a la protección de la familia* es otro derecho reconocido en el PIDESC (art. 10 inc. 1) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11, 2), entre otros instrumentos que gozan de jerarquía constitucional. A su vez, el artículo 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que goza en Argentina de jerarquía supralegal, reconoce el derecho a la unidad familiar en el contexto migratorio. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sostuvo que el derecho a la protección familiar “... implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 21/14, “Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional”, 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21, párr. 264”).

En cuanto al *derecho al trabajo*, comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y el deber del Estado de tomar todas las medidas adecuadas para garantizarlo (cfr. artículo 6, PIDESC). El Pacto establece los derechos al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7), a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección (artículo 8, 1.a), así como el derecho de los sindicatos de funcionar libremente (art. 8, 1.c).

El Comité DESC ha afirmado que el derecho al trabajo es un derecho individual que pertenece a cada persona, y es a la vez un derecho colectivo; que incluye el derecho de todo ser humano a decidir libremente aceptar o elegir trabajo. Según el Comité supone el derecho a no ser obligado de alguna manera a ejercer o efectuar un trabajo, el derecho a acceder a un sistema de protección que garantice a cada trabajador su acceso a empleo, y el derecho a no ser privado injustamente de empleo (cfr. Comité DESC, Observación General N° 18, “El derecho al trabajo [artículo 6 del Pacto]”, 2005, punto 6).

La Corte IDH se ha referido también a la libertad de asociación en materia sindical, destacando que ésta “reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el corpus iuris de los derechos humanos” (Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C N° 72, p. 139). Por su parte, el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación de Naciones Unidas señaló la relevancia de este derecho para las/os trabajadoras/as, por cuanto que permite a las personas expresar y representar sus intereses, es esencial para hacer efectiva la democracia y la dignidad, exigir cuentas a los Gobiernos y empoderar la agencia humana. A la vez, la libertad de asociación es un medio de nivelar la relación desigual entre trabajadoras/es y empleadoras/es, ayudando así a los primeros a remediar los abusos y acceder a salarios justos, condiciones de trabajo seguras y una voz colectiva (cfr. Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, A/71/385, 14 de septiembre de 2016, párr. 16).

Por su parte, el *derecho a la seguridad social* está contemplado en el artículo 9 del PIDESC que dispone que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluyendo el seguro social. Para el Comité DESC, comprende “el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo, debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo” (cfr. Comité DESC, Observación General N° 19, “El derecho a la seguridad social [artículo 9 del Pacto]”, 2008, punto 2). A su vez, el Comité ha advertido que el concepto de seguridad social abarca prestaciones no contributivas, tales como los programas de transferencia de ingresos condicionada; así como pensiones no contributivas para personas adultas mayores que no tengan los períodos de aportes exigidos (Comité DESC, Observación General N° 19, ya citada, punto 15). Y sostuvo que las prestaciones de la seguridad social deben cubrir ciertos mínimos que aseguren condiciones de vida adecuadas (Comité DESC, Observación General N° 19, punto 22).

De acuerdo con los estándares en la materia, las personas y grupos en situación de vulnerabilidad merecen especial atención por parte de los Estados en el ejercicio de este derecho. En este sentido, se ha reconocido que “... en particular las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, los trabajadores domésticos, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos” tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho” (Comité DESC, Observación General N° 19, ya citada, punto 31). Por lo demás, si bien el PIDESC reconoce la realización progresiva de este derecho, impone a los Estados diversas obligaciones de efecto inmediato, tales como el deber de garantizar su ejercicio sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2); la igualdad de derechos de hombres y mujeres (art. 3); y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) para lograr la cabal aplicación del párrafo 1 del artículo 11 y del artículo 12 (cfr. Comité DESC, Observación General N° 19, punto 40). En este aspecto, si bien el Comité DESC advierte que el derecho a la seguridad social conlleva importantes consecuencias financieras para los Estados, exhorta a los Estados a darle prioridad adecuada en la legislación y en la política pública y a “elaborar una estrategia nacional para lograr que se ponga plenamente en práctica el derecho a la seguridad social, y asignar suficientes recursos fiscales y de otro tipo a nivel nacional” (Comité DESC, Observación General N° 19, punto 41).

III. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN LOS DICTÁMENES DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

A) Derecho a una vivienda adecuada

 **S., N. E. y otros¹**

Síntesis

En este caso se debatió si el rechazo de la legitimación del asesor tutelar para intervenir de modo previo al desalojo de una vivienda en la que residían niños vulnera el derecho de éstos a acceder a una vivienda digna.

1. “S., N. E. y otros s/ inf. art. 181 CP” – S.C. S.457, L. XLVII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2012/AGilsCarbo/octubre/S_N_E_S_457_L_XLVII.pdf.

Una empresa constructora, propietaria de un inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, había denunciado que una de las viviendas del predio había sido ocupada ilegalmente por N. E. S., un ex empleado de la empresa que había estado cuidándola, y su familia. El fiscal penal, contravencional y de faltas de la Ciudad resolvió dar curso a la investigación preparatoria por considerar que los hechos narrados podían configurar el delito de usurpación (artículo 181, inciso 10, del Código Penal).

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no hizo lugar a la queja interpuesta por la Asesoría Tutelar y confirmó la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas que había rechazado el planteo de nulidad del desalojo. La nulidad se basaba en la falta de intervención previa en resguardo del interés de niños y niñas que ocupaban la vivienda, contemplada en el artículo 49, inciso 10, de la ley local n° 1903 y el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño. Contra esa resolución, la asesora tutelar interpuso un recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen de fecha 16 de octubre de 2012, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia. Con fecha 1° de agosto de 2013, la CSJN declaró inoficioso un pronunciamiento en razón de que la cuestión había devenido abstracta en tanto el desalojo ya se había producido².

Principales estándares del dictamen

a) El derecho a una vivienda digna comprende la protección jurídica de la tenencia y exige que los Estados garanticen el acceso a un recurso efectivo para resguardar los derechos e intereses en juego

“... [U]na medida como la aquí objetada puede afectar severamente intereses fundamentales de las personas involucradas, como lo es el interés en no verse privado de una vivienda digna —interés que da fundamento al derecho a acceder a una vivienda digna que reconocen el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—. Una afectación de tal importancia exige que la medida sea adoptada a través de un procedimiento judicial eficaz para resguardar los derechos e intereses en juego”.

“Esa conclusión se sigue llanamente, a mi entender, del derecho al debido proceso que asegura el artículo 18 de la Constitución Nacional”.

“Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— ha sostenido una conclusión semejante al interpretar el artículo 11 del

2. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7018151>.

Pacto en relación al derecho a una vivienda adecuada. En su Observación General n° 4 sostuvo que, entre los aspectos identificables de ese derecho, está incluida cierta seguridad en la tenencia que garantice protección contra el desahucio, aun cuando la tenencia cobre la forma de un asentamiento informal u ocupación de tierra o propiedad. La disponibilidad de acciones legales eficaces para evitar, en su caso, desalojos planeados o demoliciones mediante la emisión de órdenes de tribunales — afirmó— compone el derecho a la vivienda internacionalmente garantizado”.

“La protección jurídica de la tenencia como aspecto integrante del derecho a la vivienda fue vinculada por el Comité con el tercer párrafo del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exige a los Estados garantizar ‘un recurso efectivo’ a todas las personas cuyos derechos hayan sido violados”.

b) El recurso efectivo frente a los desalojos justificados comprende una serie de garantías procesales específicas

“En la Observación General N° 7, el Comité se refirió, en parte, a los desalojos justificados. Al respecto, enunció un conjunto de garantías procesales que han de ser observadas. Ellas comprenden una auténtica oportunidad de consultar a las personas involucradas, un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las partes afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo y recursos y asistencia jurídica adecuados”.

c) La obligación estatal de garantizar el acceso a un recurso efectivo frente a los desalojos justificados se potencia cuando los afectados son niños y niñas

“La exigencia de un mecanismo eficaz de control de la decisión que adopta una medida capaz de privar a personas de una vivienda se potencia cuando los afectados por ella son niños. El especial estado de vulnerabilidad que caracteriza a los niños da fundamento al derecho —recogido explícitamente en el segundo párrafo del artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño y en la ley 26.061 (en especial, su artículo 27)— a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte, directamente o por medio de un representante u órgano apropiado”.

d) El rechazo de la legitimación del asesor tutelar para ser oído y evitar un desalojo, vulnera las garantías de los niños y niñas involucrados en el proceso.

“... [L]a decisión impugnada desatendió garantías constitucionales al rechazar la legitimación del asesor tutelar para ser oído oportunamente y para evitar que el desalojo, que involucraría a cinco niños, produjera daños injustificados”.

“... [O]pino que la pretensión que esgrimió el asesor tutelar en este proceso de ser oído antes de la adopción de la medida de desalojo que afectaría a un grupo de niños es expresión adecuada de las normas federales aplicables al caso. Al negar esa pretensión, los tribunales que han intervenido en el caso descuidaron injustificadamente derechos que cuentan con protección constitucional. Y por ello, concluyo, la decisión apelada no puede ser convalidada”.

 **Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería³**

Síntesis

Una de las cuestiones que se buscó determinar en el caso fue si la medida que dispuso el aumento del servicio de gas debía considerar su eventual impacto en el derecho a una vivienda adecuada y asequible.

El Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) promovió una acción de amparo colectivo (artículo 43 de la Constitución Nacional y ley n° 16.986) contra el Ministerio de Energía y Minería de la Nación, por la aplicación de un nuevo cuadro tarifario del servicio de gas. En efecto, mediante la Resolución 28/2016 de ese Ministerio se había modificado el primer componente de la tarifa, esto es, el precio del gas (art. 37, inc. a, ley n° 24.076 de Gas Natural). El amparo pretendía que se garantizara el derecho constitucional a la participación de los usuarios, previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, y que, en forma cautelar, hasta tanto se diera efectiva participación a la ciudadanía, se suspendiese la aplicación del nuevo cuadro tarifario. Con posterioridad al inicio del juicio, el señor Carlos Mario Aloisi adhirió a la demanda y solicitó su incorporación como legitimado activo. En el expediente, además, fue tenida como parte otra organización, Consumidores Argentinos Asociación para la Defensa, Educación e Información de los Consumidores (Consumidores Argentinos), que cuestionaba no solo la Resolución 28/2016, sino también la Resolución 31/2016 que había modificado los restantes componentes de la tarifa, esto es, la tarifa de transporte y la tarifa de distribución.

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, declaró la nulidad de las Resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, por no haber sido precedidas de la celebración de la audiencia pública que exigen el artículo 42 de la Constitución Nacional y la ley 24.076 de Gas Natural. La Cámara

3. “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” - FLP 8399/2016/CS1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2016/AGilsCarbo/agosto/Centro_de_Estudio_FLP_8399_2016.pdf.

ordenó que el marco tarifario del servicio de gas se retrotrajera a las tarifas vigentes con anterioridad al dictado de las resoluciones impugnadas. Contra ese pronunciamiento, el Ministerio de Energía y Minería de la Nación interpuso un recurso extraordinario, que fue concedido.

En su dictamen de fecha 17 de agosto de 2016, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que se debía rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia de la Cámara Federal. Entre otras cuestiones, señaló que el análisis de las medidas que habían dispuesto un aumento significativo de las tarifas de gas requería considerar su eventual impacto en el derecho que tienen todas las personas a un nivel de vida adecuado, que incluye a su vez el derecho a una vivienda adecuada y asequible. En esa línea, concluyó que una medida que restringe el acceso al servicio de gas puede redundar en una afectación al derecho a la vivienda digna. El 18 de agosto de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró admisible el recurso extraordinario y confirmó parcialmente la sentencia recurrida en cuanto a la nulidad de las Resoluciones 28/2016 y 31/2016, circunscribiendo la decisión al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural. En consecuencia, solo respecto de ellos se mantendría, y en la medida en que resulte más beneficiosa, la vigencia de la tarifa social correspondiente al cuadro tarifario anterior⁴.

Principales estándares del dictamen

a) El derecho a una vivienda adecuada comprende la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; la habitabilidad; y la accesibilidad en términos económicos

“El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló en la Observación General Nro. 4 que el derecho a una vivienda adecuada comprende: ‘b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia’ (párr. 8, punto b). Agregó que ese derecho demanda: ‘d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad... ’ (párr. 8, punto d). Enfatizando estos aspectos, ese Comité de Naciones Unidas asevera que ‘la vivienda adecuada debe ser asequible’, esto es, accesible en términos económicos (párr. 8, punto e)”.

4. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7327882>.

b) El servicio público domiciliario de gas es indispensable para la salud y la vida digna, que está expresamente comprendido dentro de la noción de vivienda adecuada

“... [S]egún da cuenta la multiplicidad de amparos y acciones judiciales promovidas a lo largo de todo el país, el aumento tarifario podría afectar el acceso de usuarios y consumidores al servicio básico de gas, por lo que el presente caso pone en juego derechos humanos y fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales”.

“Por un lado, se halla involucrada la protección del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, que comprende alimentación y vivienda adecuados, así como una mejora continua de las condiciones de existencia (arts. 14 bis y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 11, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 11, Protocolo de San Salvador). El servicio público domiciliario de gas es un servicio indispensable para la salud y la vida digna, que está expresamente comprendido dentro de la noción de vivienda adecuada desarrollada por el sistema de protección de derechos humanos”.

c) La regulación de las tarifas de los servicios públicos está sujeta a revisión judicial y debe observar los derechos a la información y participación, a la protección de los intereses económicos, y al trato digno y equitativo de usuarios y consumidores

“Si bien es cierto que el mérito o conveniencia de una política pública es una cuestión que excede el ámbito de una revisión judicial, no es menos cierto que tales políticas deben implementarse con acatamiento a los límites que resultan del marco regulatorio legal específico en la materia, y sin vulnerar los derechos y garantías constitucionales reconocidos a favor de los usuarios y consumidores. En tal sentido, una de las funciones del Poder Judicial es controlar que los restantes poderes del Estado no se extralimiten en el ejercicio de sus facultades y respeten el ordenamiento jurídico vigente”.

“En el caso, la facultad del Poder Ejecutivo de regular las tarifas de los servicios públicos debe observar los derechos previstos por el artículo 42 de la Constitución Nacional que se refieren tanto a la información y participación, como así también a la protección de los intereses económicos y al trato digno y equitativo de usuarios y consumidores. En particular, en la regulación de las tarifas de gas, ello exige respetar la realización de una audiencia pública previa (arts. 46 y 47, ley 24.076), y la determinación de tarifas justas y razonables observando los principios de accesibilidad, gradualidad, coherencia, progresividad y previsibilidad (arts. 2, inc. d, y 38, incs. c y d, ley 24.076; art. 42, decreto reglamentario 1738/1992)”.

Síntesis

En este caso la discusión se refirió al eventual impacto de una medida que dispuso el aumento tarifario del servicio de energía eléctrica en el derecho a una vivienda adecuada y asequible.

Un grupo de diputados bonaerenses, en ese carácter y en calidad de usuarios e invocando la representación de todos los usuarios afectados de la Provincia de Buenos Aires, promovió una acción de amparo a fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones 6/2016 y 7/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, y la Resolución 1/2016 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) bajo el argumento de que mediante éstas se establecieron incrementos exorbitantes en las facturas de electricidad sin celebrar audiencia pública. A su turno, el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, el Presidente, el Vicepresidente y el apoderado del Partido Justicialista de esa provincia, así como el Presidente del Club Social y Deportivo 12 de Octubre se presentaron como terceros y adhirieron a la demanda.

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar a la medida cautelar que suspendió, por el término de tres meses, las resoluciones cuestionadas para el ámbito geográfico de la Provincia de Buenos Aires. Contra ese pronunciamiento, el Ministerio de Energía y Minería de la Nación y el ENRE interpusieron recursos extraordinarios, que fueron concedidos.

El 5 de septiembre de 2016, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, dictaminó que correspondía rechazar los recursos extraordinarios interpuestos y confirmar la decisión de la Cámara Federal. Entre sus consideraciones, entendió que la fijación de tarifas irrazonables puede afectar el acceso de usuarios y consumidores al servicio básico de energía eléctrica, comprometiendo de esta forma el goce de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales, tales como el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, que comprende alimentación y vivienda adecuados, así como a una mejora continua de las condiciones de existencia. Con fecha 6 de septiembre de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió declarar admisibles los recursos extraordinarios y revocar la sentencia recurrida. Para el Tribunal, los actores carecían de legitimación para actuar en representación de todos los usuarios del servicio de energía eléctrica de la Provincia de Buenos Aires. En cuanto a la presentación del Club Social y Deportivo “12 de octubre”, que también había adherido a la demanda, la Corte resolvió reenviar las actuaciones al juez de primera instancia para

5. “Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Energía y Minería y otro s/amparo ley 16.986” - FLP- 1319/2016/CS1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2016/AGilsCarbo/septiembre/Abarca_Walter_FLP_1319_2016.pdf.

que verificara si dicho club representaba a alguna categoría determinada de clubes de barrio o de pueblo⁶.

Principales estándares del dictamen

a) El servicio público domiciliario de energía eléctrica es un servicio indispensable para la salud y la vida digna, y está expresamente comprendido dentro de la noción de vivienda adecuada

“... [N]o puede obviarse que la fijación de tarifas irrazonables puede afectar el acceso de usuarios y consumidores al servicio básico de energía eléctrica, comprometiendo el goce de derechos humanos y fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales”.

“En efecto, por un lado, se halla involucrada la protección del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, que comprende alimentación y vivienda adecuadas, así como una mejora continua de las condiciones de existencia (arts. 14 bis y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 11, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y art. 11, Protocolo de San Salvador)”.

“En particular, el servicio público domiciliario de energía eléctrica es un servicio indispensable para la salud y la vida digna, que está expresamente comprendido dentro de la noción de vivienda adecuada desarrollada por el sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nro. 4, párr. 8)”.

b) Los derechos de usuarios y consumidores de recibir información adecuada y veraz y de peticionar a las autoridades exigen la celebración de una audiencia pública previa al aumento tarifario

“En este contexto y en el ámbito de conocimiento propio de las decisiones cautelares, los artículos 46 y 48 de la ley 24.065, interpretados a la luz de los derechos constitucionales previstos en el artículo 42 de la Constitución Nacional dan sostén a la exigencia de celebrar la audiencia pública en forma previa a implementar el aumento tarifario dispuesto a través de las resoluciones 6/2016 y 7/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación y 1/2016 del ENRE. De este modo, entiendo que la sentencia apelada valoró adecuadamente la configuración del requisito de verosimilitud en el derecho”.

“Esta conclusión no es conmovida por los argumentos de los recurrentes tendientes

6. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7331662>.

a excluir de la audiencia pública el precio de la electricidad fijado por la resolución 6/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación. En el caso, es intrascendente que se trate de un aumento de los precios de referencia estacionales de la potencia y energía en el mercado mayorista, porque lo determinante es el impacto extraordinario que los aumentos han causado, *prima facie*, en el acceso de los usuarios y consumidores al servicio como resultado del cambio sustancial en el régimen de financiamiento del esquema de la energía eléctrica”.

“En las circunstancias descriptas, debe primar el derecho de los usuarios y consumidores a participar en la determinación de la tarifa final, ya sea para recibir información adecuada y veraz sobre los aumentos, como para petitionar que la implementación de una nueva política pública no afecte sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional vinculados a la accesibilidad a un servicio básico”.

B) Protección judicial de los derechos a la salud y al medio ambiente

Martínez, Sergio Raúl c/Agua Rica LLC Suc. Argentina y otros⁷

Síntesis

En el presente caso se analizó el alcance de la protección judicial de los derechos a la salud y a gozar de un ambiente sano, en particular al verificar los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo cuando se plantean vulneraciones a estos derechos sociales.

Un grupo de vecinos del municipio de Andalgala, Provincia de Catamarca, inició una acción de amparo contra esa provincia, el citado municipio y la empresa Minera Agua Rica LLC Sucursal Argentina, Yamana Gold Inc. El objeto de la acción fue suspender todo trabajo de instalación, transporte, construcción o preparación, destinado a la explotación de las Minas de Agua Rica, ubicadas en los nevados de Aconquija, así como el cese definitivo de dicho emprendimiento, por lesionar al medio ambiente, y afectar los derechos a la vida y a la salud de todos los habitantes de la región.

La Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por los actores contra la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial,

7. “Martínez, Sergio Raúl c/Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otro s/ acción de amparo” - S.C.M. 1314 L. XLVIII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/AGilsCarbo/diciembre/Martinez_Sergio_M_1314_L_XLVIII.pdf. Similares estándares pueden encontrarse en el dictamen del Ministerio Público Fiscal emitido en el caso “Custet Llambi, María Rita - Defensora General s/ Amparo” - CSJ- 2810/2015, del 29/03/2016.

de Minas y del Trabajo de Segunda Nominación de Catamarca, que había confirmado la decisión del Juzgado de Control de Garantías que rechazaba la acción de amparo. El rechazo se fundaba en la necesidad de un mayor debate y prueba. Contra dicho pronunciamiento, los actores presentaron un recurso extraordinario federal que, al ser denegado, motivó un recurso de queja.

En su dictamen del 3 de diciembre de 2014, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía declarar admisible la queja y procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y devolver las actuaciones al tribunal provincial a fin de que se dicte una nueva decisión ajustada a derecho. Con fecha 2 de marzo de 2016, la CSJN resolvió, concordantemente con lo dictaminado por la Procuradora General, hacer lugar a la queja, declarar formalmente procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada⁸.

Principal estándar del dictamen

En los casos que involucran el derecho a la salud y a gozar de un ambiente sano, se debe aplicar el máximo grado de prudencia en la verificación de los requisitos para la admisibilidad del amparo

“... [L]a Corte ha sostenido que constituye un criterio en extremo formalista, que atenta contra el adecuado resguardo de los derechos fundamentales que el amparo busca asegurar, la afirmación dogmática de que se requiere mayor debate y prueba, sin indicar en forma concreta cuáles son los elementos probatorios que no se pudieron utilizar, ni su incidencia para la resolución del caso (*Fallos* 327:2955 y 329:899)”.

“En el caso particular, en el que las cuestiones en debate involucran el derecho humano de todos los habitantes a la salud y a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes, sin comprometer las de las generaciones futuras (artículo 41, Constitución Nacional), era exigible el máximo grado de prudencia en la verificación de los recaudos para la admisibilidad de la vía de amparo, a fin de garantizar el acceso a la justicia de los afectados (cf. dictamen de la Procuración General de la Nación emitido en la causa S.C.C. 154, L. XLIX, ‘Cruz Felipa y otros c/ Minera Alumbrera Limited y otro s/sumarísimo’, del 5 de diciembre de 2013)”.

8. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=728552&interno=4>.

C) Derecho a la salud sexual y reproductiva

L., E. H. c/ Obra Social de Empleados Públicos⁹

Síntesis

La cuestión analizada en el caso se circunscribió a determinar el alcance de los derechos a la salud sexual y reproductiva y a la vida familiar y, en particular, a definir si la Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida (ley n° 26.862) comprende la cobertura integral del método de fertilización solicitado por los actores.

E. H. L. y E. D. V. interpusieron una acción de amparo contra la Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia de Mendoza, a fin de que se la condene a otorgar la cobertura integral de una técnica de fecundación específica —fecundación *in vitro* con inyección intracitoplasmática de espermatozoides con diagnóstico genético preimplantacional—, que le había sido prescrita por el médico para lograr el embarazo.

La Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, por mayoría, rechazó el recurso de inconstitucionalidad presentado por los actores y, en consecuencia, confirmó la sentencia dictada por la Quinta Cámara en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, que había denegado la cobertura integral del tratamiento de fertilidad solicitado. Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso un recurso extraordinario cuyo rechazo motivó la interposición de la correspondiente queja.

En su dictamen de fecha 4 de mayo de 2015, la Procuradora Fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Irma Adriana García Netto, opinó que se debía admitir el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Según el dictamen, la decisión recurrida había interpretado en forma errónea la ley n° 26.862 en cuanto concluyó que el método de fertilización asistida cuya cobertura había sido requerida no estaba incluido en la citada ley. El 1° de septiembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y, contrariamente a lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal, confirmó la sentencia de la Corte mendocina. Según el fallo, la negativa de la obra social no constituía un acto u omisión teñido de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, de modo que no se encontraban configurados los requisitos de procedencia del amparo según el art. 43 de la Constitución Nacional¹⁰.

9. "L., E. H. c/ Obra Social de Empleados Públicos s/ Amparo" - CSJ 3732/2014/RHI. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/I/Garcia/mayo/LHE_CSJ_3732_2014.pdf.

10. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7243421>.

Principales estándares del dictamen

a) El derecho a la salud comprende el acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de elección y el acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud

“En efecto, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza el derecho de toda persona al nivel más alto posible de salud física y mental. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que ‘la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho [a] tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto’ (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)’, E/C.12/2000/4, 2000, párr. 12; en el mismo sentido, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, A/CONF.171/13/Rev. 1, 1994, párr. 7, inc. 2)”.

b) La posibilidad de procrear forma parte del derecho a la protección familiar

“... [L]a Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que el derecho de protección a la familia, consagrado en el artículo 17 de la Convención Americana, alcanza, entre otras obligaciones, a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar de la manera más amplia (‘Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’, sentencia del 28 de noviembre de 2011, párr. 145). A su vez, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia (Observación General n° 19, ‘Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos’, Artículo 23 - La familia, HRI/GEN/1/Rev.7, 171, 1990, párr. 5)”.

c) El derecho a la autonomía reproductiva y a fundar una familia comprende el derecho de toda persona a beneficiarse de los avances científicos

“... [L]a Corte Interamericana ha entendido que el alcance del derecho a la autonomía reproductiva y a fundar una familia se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones (‘Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’, cit., párr. 150)”.

d) La ley n° 26.862 debe ser interpretada de modo tal que respete y proteja los derechos a la salud sexual y reproductiva, a la vida familiar y a beneficiarse de los avances científicos

“... [E]l espíritu de la ley [26.862] es respetar y proteger los derechos constitucionales a la salud sexual y reproductiva, a la vida familiar y a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. En las circunstancias concretas de este caso, la cobertura solicitada tiende a garantizar el goce de esos derechos”.

“En este contexto, entiendo que la sentencia aquí recurrida interpretó en forma errónea la ley 26.862 en cuanto concluyó que la técnica DGP no está incluida en la citada ley. Esa interpretación, además, implica quitarle a la pareja actora la oportunidad de tener hijos biológicos, así como negarle su derecho a la salud sexual y reproductiva, a formar una familia y a gozar de los beneficios de los adelantos científicos”.

D) Derecho a la educación

📄 Castillo, C. V. y otros c/ Provincia de Salta, Ministerio de Educación¹¹

Síntesis

La discusión central de este caso consistió en determinar si la educación religiosa impartida en la escuela pública vulnera, entre otros, el derecho a la libertad religiosa y a la educación sin discriminación.

En el marco de una acción de amparo colectivo contra el Ministerio de Educación de la Provincia de Salta, un grupo de padres y madres de niños y niñas que asisten a la escuela primaria en la provincia, junto con la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), peticionaron la declaración de inconstitucionalidad del artículo 27, inciso ñ, de la Ley Educación salteña (ley n° 7.546). Esta cláusula dispone que la enseñanza religiosa integra el plan de estudios y se imparte dentro del horario de clase. Según los/as demandantes, esa ley, tal como ha sido aplicada por las autoridades provinciales, trajo aparejadas algunas prácticas que lesionan los derechos constitucionales a la libertad de religión y de culto, a la igualdad, a la educación sin discriminación y a la intimidad; dado que, en los hechos, la enseñanza religiosa en el horario escolar era realizada de forma coercitiva y

11. “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta, Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/amparo” - CSJ - 1870/2014. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2017/NAbramovich/marzo/Castillo_Carina_CSJ_1870_2014.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en los cuadernillos dedicados al derecho a la igualdad y no discriminación y a los derechos de niños, niñas y adolescentes, donde se desarrollan los estándares específicos de estas temáticas.

discriminatoria. En forma subsidiaria, se planteó también la inconstitucionalidad del artículo 49 de la Constitución de la Provincia de Salta, que establece que el sistema educativo contempla el derecho de los padres y tutores a que sus hijos y pupilos reciban en la escuela pública educación religiosa de acuerdo con sus propias convicciones; y del artículo 8, inciso m, de la mencionada ley provincial, que determina que uno de los principios, fines y criterios de la educación es garantizar el derecho previsto en el artículo 49 de la Constitución local.

La Corte de Justicia de Salta confirmó la declaración de constitucionalidad del artículo 49 de la Constitución de la Provincia de Salta, y de los artículos 8, inciso m, y 27, inciso ñ, de la ley n° 7.546, y revocó parcialmente la sentencia de grado, al ordenar que se arbitre un programa alternativo para quienes no deseen ser instruidos en la religión católica durante el horario escolar y que los usos religiosos como los rezos al comienzo de las jornadas, la colocación de oraciones en los cuadernos y la bendición de la mesa, tengan lugar únicamente durante la clase de educación religiosa. Contra ese pronunciamiento, la parte actora interpuso un recurso extraordinario federal, que fue concedido. En su dictamen del 10 de marzo de 2017, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich, opinó que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia, disponiendo el cese de la enseñanza religiosa dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios, y de la realización de prácticas religiosas dentro del horario escolar en el ámbito de escuelas públicas. Con fecha 11 de diciembre de 2017, el Máximo Tribunal hizo lugar al recurso extraordinario y declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial objetada¹².

Principales estándares del dictamen

a) La escuela pública primaria es la institución formal más importante para hacer efectivo el derecho a la educación

“En el *sub lite*, la aplicación de las normas cuestionadas coadyuvó, en los hechos, a la segregación y a la consolidación de prejuicios o estereotipos en contra de las minorías religiosas, con la gravedad de que la escuela pública primaria es la institución formal más importante para hacer efectivo el derecho a la educación y es una oportunidad esencial para formar a los niños y niñas en la diversidad y el pluralismo religioso, así como en el respeto y el reconocimiento recíproco”.

12. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://www.cij.gov.ar/lib/web/viewer.html?file=%2Fhttp://www.cij.gov.ar/d/doc-21501.pdf#page=93&zoom=auto,-13,694>.

b) La instrucción de niños y niñas en una religión de la que no forman parte durante el horario escolar vulnera el derecho a educación religiosa o moral acorde con sus propias convicciones

“... [E]l hecho de que niños y niñas no católicos sean instruidos en el catolicismo durante el horario escolar implica una abierta vulneración a su libertad y la de sus padres y representantes legales a recibir educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, protegida por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales (art. 12, párr. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, párr. 4, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13, párr. 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Ello implica una violación a la prohibición de obligar a un individuo o grupo a recibir instrucción religiosa incompatible con sus convicciones, tal como lo enfatiza el artículo 5, inciso b, de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza”.

c) La educación obligatoria que incluya instrucción en una religión o en creencias particulares es incompatible con el derecho a la libertad de enseñanza, a menos que se prevean alternativas acordes con los deseos de los padres o tutores

“... [E]l Comité de Derechos Humanos afirma que la libertad religiosa permite que la escuela pública imparta la enseñanza de materias tales como historia general de las religiones y ética, siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva (Observación General nro. 22, párr. 6). A su vez, señala que la educación obligatoria que incluya instrucción en una religión o en creencias particulares es incompatible con el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores. En el mismo sentido, se pronunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General nro. 13, “El derecho a la educación”, 210 período de sesiones, 1999, UN Doc. E/C. 12/1999/10, párr. 28)”.

“En el *sub lite*, la educación religiosa prevista por las normas locales no ha sido implementada como una enseñanza neutral y objetiva. Además, el régimen de exenciones que la demandada intentó ejecutar no constituyó más que una posibilidad teórica, sin que se haya acreditado que en la práctica los alumnos que no deseaban participar de la instrucción religiosa en la religión mayoritaria tuvieran una posibilidad cierta y efectiva de recibir educación de acuerdo con sus propias convicciones y creencias u otra propuesta educativa alternativa. De este modo, en el caso no se han satisfecho las circunstancias excepcionales requeridas por el Comité de Derechos Humanos (Observación General nro. 22, párr. 6) y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General nro. 13, párr. 28) para que la instrucción

religiosa no vulnere el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente. En los términos de esos organismos, no se han brindado exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y representantes legales que no profesan la religión mayoritaria”.

 **Universidad Nacional de La Matanza y otros c/ Estado Nacional - M. Cultura y Educación**¹³

Síntesis

En este caso, entre otras cuestiones, se discutió el alcance del derecho a la educación superior, en particular, respecto del deber del Estado de adoptar medidas especiales para garantizar la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación superior.

La Universidad Nacional de La Matanza (UNLaM) interpuso una acción de amparo y solicitó que se declare la inconstitucionalidad los artículos 2 y 4 de la ley n° 27.204 de Implementación Efectiva de la Responsabilidad del Estado en el Nivel de Educación Superior, por contravenir la autonomía universitaria. En este sentido, el art. 2 de esa ley establece la responsabilidad principal e indelegable del Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de garantizar la igualdad de oportunidades y condiciones en el acceso a la educación superior; mientras que el artículo 4 dispone que “todas las personas que aprueben la educación secundaria pueden ingresar de manera libre e irrestricta a la enseñanza de grado en el nivel de educación superior”. El argumento de la actora fue que esas disposiciones se contraponen a la autonomía y autarquía universitarias.

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal desestimó el recurso presentado por el Fiscal General y, de ese modo, confirmó la sentencia de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad de los referidos artículos. Contra esa sentencia, el representante del Ministerio Público dedujo un recurso extraordinario federal que, al ser denegado, motivó la correspondiente queja.

Con fecha 1° de agosto de 2017, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, sostuvo la queja presentada por el Fiscal General y solicitó que se hiciera lugar al recurso extraordinario y se revoque la sentencia de la Cámara.

13. “Universidad Nacional de La Matanza y otros c/ el Estado Nacional - M. Cultura y Educación s/ amparo ley 16.986” - CAF 80419/2015/1/RH1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2017/AGilsCarbo/agosto/Universidad_Nacional_CAF_80419_2015.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado al derecho a la igualdad y no discriminación, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

Principales estándares del dictamen

a) Los instrumentos internacionales de derechos humanos no pueden interpretarse de modo tal que disminuyan los niveles de protección alcanzados en la legislación interna

“En ese marco constitucional, los fiscales intervinientes en estas actuaciones han defendido la constitucionalidad y aplicabilidad de la ley 27.204. A su vez, los fiscales resaltaron acertadamente que la declaración de invalidez de la ley 27.204 no puede sustentarse en una exégesis errada de los instrumentos de derechos humanos, que en ningún caso pueden interpretarse para disminuir los niveles de protección alcanzados en el orden jurídico interno de los Estados (art. 5, inc. 2, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 4, Protocolo de San Salvador; art. 29, inc. b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestó que ‘los tratados internacionales pueden sólo mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla’ (Fallos 329:2986, ‘Gottschau’, considerando 10°)”.

b) El derecho a la educación superior está sujeto al principio de igualdad de oportunidades en el acceso y requiere eliminar prácticas discriminatorias y adoptar medidas especiales respecto de los grupos más vulnerables

“[L]os derechos a la educación superior, a la igualdad y a la no discriminación están consagrados en los artículos 16, 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional y en los artículos 2 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que tiene rango constitucional. Esos derechos exigen que el Estado adopte políticas igualitarias de ingreso a la educación superior que compensen los obstáculos de base que padecen los grupos más desaventajados de la sociedad, ya sea por motivos económicos, étnicos, de género, por factores vinculados a la discapacidad y la edad, entre otros”.

“En igual sentido, el Relator de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación destacó que el goce del derecho a la educación superior está sujeto a criterios de mérito o capacidad, dentro de los principios fundamentales de no discriminación e igualdad y señaló que ‘Los Estados tienen el deber de adoptar medidas para eliminar la discriminación y garantizar a todos la igualdad de acceso a la educación. La promoción de la igualdad de oportunidades (...) requiere no sólo eliminar las prácticas discriminatorias sino también adoptar medidas especiales provisionales para conseguir la igualdad de hecho en lo que respecta a la educación’ (Informe sobre la promoción de la igualdad de oportunidades en la educación, A/HRC/17/29, 18 de abril de 2011, resumen y párr. 11)”.

c) La accesibilidad es un componente central del derecho a la educación y requiere que se adopten medidas especiales a favor de los grupos en situación de mayor vulnerabilidad

“Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entiende que la accesibilidad es un componente central del derecho a la educación e implica, entre otros aspectos, que las instituciones y los programas de enseñanza deben ser accesibles a todos sin discriminación, especialmente a los grupos en situación de mayor vulnerabilidad de hecho y de derecho (Observación General nro. 13, párr. 6)”.

E) Derechos de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación y a la seguridad social

L., Edith Silvia c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno¹⁴

Síntesis

En este caso se analizó cómo compatibilizar la obligación legal de cobertura médica asistencial de las obras sociales y las empresas de medicina prepaga con el derecho a la salud y los derechos de las personas con discapacidad.

Edith Silvia L. había demandado a la empresa de medicina prepaga a la que está afiliada para que esta le provea, con una cobertura total, una droga que se le había prescrito para un tratamiento médico, a pesar de que esa droga no estaba aprobada por la ANMAT para ese uso.

La Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la resolución de la jueza de grado que había admitido la acción de amparo y condenado a la prepaga a proveer el medicamento en cuestión. Contra ese pronunciamiento, la parte demandada interpuso un recurso extraordinario, cuya denegatoria motivó la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen de fecha 28 de mayo de 2013, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía hacer lugar a la queja y rechazar el recurso extraordinario. Así, sostuvo que no era arbitraria la valoración del juez sobre la conveniencia y la razonabilidad del uso de la droga para el tratamiento de la enfermedad. El 20 de mayo de 2015, la CSJN se pronunció en el

14. “L., Edith Silvia c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno (CEMIC) s/ amparo” – L. 85 L XLVII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2013/AGilsCarbo/mayo/L_Edith_L_85_L_XLVII.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a los derechos de las personas con discapacidad, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

caso y, en sentido contrario al Ministerio Público, resolvió dejar sin efecto la sentencia de Cámara por considerarla arbitraria, y dispuso que el tribunal de origen dicte una nueva decisión¹⁵.

Principales estándares del dictamen

a) El derecho a la salud comprende el derecho de acceder al tratamiento médico adecuado para la patología en cuestión

“El derecho a la salud —reconocido expresamente en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y tal como lo ha interpretado la Corte en su jurisprudencia constitucional (cf., por ejemplo, *Fallos* 323:1339; 329:2552)— garantiza al paciente el acceso al tratamiento médicamente adecuado para la patología que padece”.

b) El derecho a acceder al tratamiento médico adecuado para la patología exige evaluar la conveniencia y razonabilidad de la utilización de medicamentos por un uso distinto del aprobado por la autoridad de aplicación

“... Tanto la regulación internacional del uso fuera de prospecto de medicamentos aprobados, como la regulación de la ANMAT sobre uso compasivo de medicamentos no aprobados pretenden garantizar el acceso del paciente a un tratamiento adecuado, aun cuando ello implique utilizar un fármaco para un uso distinto del aprobado por la autoridad de aplicación. Ello exige evaluar debidamente la conveniencia y razonabilidad del uso fuera de prospecto del fármaco, teniendo en cuenta la información científica acerca de la eficacia del fármaco para la patología en cuestión y para la situación concreta del paciente, la razonabilidad de la relación entre riesgos y beneficios y el consentimiento informado del paciente”.

 **G., I. C. c/ Swiss Medical S.A.**¹⁶

Síntesis

La discusión fundamental en esta oportunidad consistió en determinar el alcance de los derechos a la salud, a la integralidad de las prestaciones, a la educación y al desarrollo de una vida digna, que le conciernen a un niño con discapacidad.

15. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=7113861>.

16. “G., I. C. c/ Swiss Medical S.A. s/ Amparo Ley 16.986” - S.C. G. 701; L. XLIX. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/MSachetta/abril/GIC_G_701_L_XLIX.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado a los derechos de las personas con discapacidad, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

El padre del niño I. G., quien padece una discapacidad mental y motora, permanente y parcial, reclamó, mediante un amparo, que la empresa de medicina prepaga Swiss Medical S.A. cubriera la prestación consistente en la cuota del instituto educativo Rosario Vera Peñaloza de Bahía Blanca y la prestación por “acompañante terapéutico”. La acción también persiguió el reembolso de las cuotas correspondientes a los períodos ya cursados por I. G., y el reintegro de las diferencias pagadas en concepto de acompañante terapéutico por esos períodos. Por pedido del Ministerio Pupilar, la *litis* se integró con el Servicio Nacional de Rehabilitación de las Personas con Discapacidad.

La Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca confirmó parcialmente la sentencia de mérito que había admitido el amparo y condenado a Swiss Medical S.A. y, en subsidio, al Estado Nacional —Servicio Nacional de Rehabilitación de las Personas con Discapacidad— a cubrir las cuotas escolares del niño. En tal sentido, dispuso el reembolso de las cuotas de ciertos períodos y denegó el reclamo en concepto de matrícula escolar. Asimismo, la Cámara revocó la sentencia en cuanto a la cobertura de la prestación “acompañante terapéutico”, la que sustituyó por un “apoyo a la integración escolar”, y la limitó a las horas de permanencia de I. G. en el establecimiento educativo. Contra el pronunciamiento, el padre del niño dedujo un recurso extraordinario que fue concedido en lo vinculado con la cuestión federal y descartado respecto de la alegación de arbitrariedad, aspecto que no fue recurrido por la actora. La Corte además, previo a expedirse, le confirió vista a la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que solicitó la admisión de los agravios del menor de edad en punto a la matrícula escolar y a la integralidad del acompañamiento terapéutico.

En su dictamen de fecha 28 de abril de 2015, el Procurador Fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Marcelo A. Sachetta, opinó que correspondía declarar procedente el recurso federal interpuesto y revocar la sentencia cuestionada. El 16 de febrero de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁷.

Principal estándar del dictamen

El Estado tiene la obligación de adoptar medidas para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a las prestaciones de rehabilitación relacionadas con la salud

“A su vez, tanto la Ley Fundamental como los tratados de derechos humanos consagran el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (arts. 42 de la Constitución Nacional, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Se estipula allí que los Estados adoptarán medidas para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a las prestaciones de

17. Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7280232>.

rehabilitación relacionadas con la salud, proporcionarán los servicios que requieran como consecuencia de la discapacidad y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para que estas personas puedan alcanzar y mantener la máxima independencia, inclusión y participación en todos los aspectos de la vida (v., en esp., arts. 25 y 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)”.

 **Naranjo, Emiliano Pablo c/ Universidad Nacional de La Matanza**¹⁸

Síntesis

En este caso se buscó dilucidar el alcance del derecho a la educación de las personas con discapacidad y, entre otras cuestiones, si la negativa a inscribir en la carrera de educación física a quien padece una discapacidad motriz, sobre la base de que no reúne las condiciones físicas para la cursada, vulnera ese derecho.

Emiliano Pablo Naranjo, quien tiene una deficiencia motriz, inició una acción de amparo contra la Universidad Nacional de La Matanza a raíz de la negativa de esta última a inscribirlo en el profesorado universitario en educación física basada en que el postulante no reunía las condiciones físicas para la cursada.

La Sala II de la Cámara Federal de San Martín confirmó la sentencia de primera instancia y ordenó a la Universidad Nacional de La Matanza inscribir a Naranjo y efectuar los ajustes razonables en los métodos de examen, con el fin de que no resulte de imposible realización para el actor. Contra ese pronunciamiento, la Universidad interpuso un recurso extraordinario federal, cuya denegación motivó la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen de fecha 1 de junio de 2015, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía declarar admisible la queja, rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada. Así consideró que el nuevo modelo social de la discapacidad al que adhirió el Estado argentino implica la realización de ajustes razonables y la prestación de apoyos técnicos para el goce pleno de los derechos, lo que no atenta contra la autonomía universitaria. El 10 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁹.

18. “Naranjo, Emiliano P. c/ Universidad Nacional de la Matanza” – CSJ 94/2014 50-N CS001. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2015/AGilsCarbo/junio/Naranjo_CSJ_94_2014.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en los cuadernillos dedicados al derecho a la igualdad y no discriminación, y a los derechos de las personas con discapacidad donde se desarrollan los estándares específicos de esas temáticas.

19. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=726344>.

Principales estándares del dictamen

a) El Estado debe asegurar un sistema de educación inclusivo en todos los niveles y garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior y a la formación profesional

“... [E]l artículo 24 [de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] dispone que los Estados deben asegurar un sistema de educación inclusivo en todos los niveles y garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior y a la formación profesional. Estipula también que, para hacer efectivo el derecho a la educación, se deben realizar ajustes razonables en función de las necesidades individuales y prestar medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión (inc. 1, aps. r, la y d, e inc. 5; en el mismo sentido, art. 3, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 5, párr. 35; Consejo de Derechos Humanos, Resolución 25/20, ‘El derecho de las personas con discapacidad a la educación’, A/HRC/25/L.30, 24 de marzo de 2014, párr. 8, aps. e y g”).

“Por su parte, el artículo 6, inciso 6, apartado b, de las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad prevé que se debe ‘permitir que los planes de estudio sean flexibles y adaptables y que sea posible añadirles distintos elementos según sea necesario’ (en el mismo sentido, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones Finales sobre Argentina, CRPD/C/ARG/CO/ 1, 19 de octubre de 2012, párr. 37). A su vez, se ha enfatizado que es necesario que las personas con discapacidad obtengan títulos y certificados de estudio en pie de igualdad con los demás estudiantes para poder competir y formar parte de la fuerza de trabajo (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ‘Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación’, A/HRC/25/29, 18 de diciembre de 2013, párr. 9). En particular, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad obliga a los Estados a adoptar medidas para emplear maestros con discapacidad (art. 24, inc. 4) a fin de utilizar la diversidad como oportunidad para enseñar y aprender”.

“Por otra parte, en el ordenamiento jurídico nacional se sancionó la ley 25.573, que reformó la Ley de Educación Superior (ley 24.521). Dicha reforma prevé que el Estado deberá garantizar los apoyos técnicos necesarios y suficientes para todas aquellas personas con discapacidad que quieran cursar estudios superiores (art. 2). Asimismo,

establece que, entre las funciones básicas de las instituciones universitarias, se encuentra la de ‘formar y capacitar científicos, profesionales, docentes y técnicos, capaces de actuar con solidez profesional, responsabilidad, espíritu crítico y reflexivo, mentalidad creadora, sentido ético y sensibilidad social, atendiendo a las demandas individuales, en particular de las personas con discapacidad’ (art. 3)”.

b) Las normas constitucionales de protección del derecho a la educación y de los derechos de las personas con discapacidad son aplicables al ámbito universitario y no afectan su autonomía

“... [L]as normas constitucionales de protección del derecho a la educación y las referidas a los derechos de las personas con discapacidad —arts. 14, 16 y 75 incisos 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional; artículo 13, inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2 y 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 1 y 3 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad— resultan aplicables en el ámbito de la universidad, sin que pueda alegarse que ello importa un avasallamiento de su autonomía (dictamen en la causa S.C. U. 8, L. XLV, ‘Universidad Nacional de Córdoba c/ Estado Nacional s/acción declarativa’, cit.)”.

 **V. I., R. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación²⁰**

Síntesis

En esta oportunidad se analizó el alcance de los derechos a la salud y a la integralidad de las prestaciones que le conciernen a un niño con discapacidad. En particular, se buscó definir si las obras sociales deben cubrir estas prestaciones de modo completo o únicamente hasta el tope arancelario dispuesto en la normativa aplicable.

La Obra Social del Poder Judicial de la Nación había limitado la cobertura médica de un niño que padece de Trastorno Generalizado del Desarrollo (TGD), de acuerdo con el criterio del Nomenclador de Prestaciones Básicas. Ese nomenclador, según el decreto n° 1193/1998, reglamenta las obligaciones previstas en los artículos 11 a 39 de la ley regulatoria del sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad (n° 24.901), aplicando

20. “V. I., R. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Ordinario” - FCR 11050512/2013. Dictamen completo disponible en https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2016/NAbramovich/agosto/V_I_FCR_11050512_2013.pdf.

topes arancelarios a la cobertura de determinados servicios médicos. Frente a ello, el padre del niño entabló una demanda contra esa obra social a fin de obtener la cobertura por el monto total de las erogaciones realizadas para costear las prácticas educativas y asistenciales y los gastos de las derivaciones médicas necesitadas por el niño.

La Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia modificó parcialmente la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda. El tribunal de alzada decidió elevar el monto que debía cubrir la obra social por las prestaciones solicitadas hasta los valores máximos establecidos en el Nomenclador de Prestaciones Básicas (resolución 1512/2013 del Ministerio de Salud) con más el 50% por zona desfavorable en aquellos casos en los que el valor facturado excediera esos topes. La Cámara, entonces, resolvió no aplicar esa resolución al caso y, en consecuencia, condenó a la obra social demandada a abonar la totalidad de la cobertura médica requerida por el niño, incluyendo las prácticas educativas y asistenciales y los gastos de las derivaciones médicas. Contra ese pronunciamiento, la demandada interpuso un recurso extraordinario, cuya denegación motivó la correspondiente queja.

En su dictamen de fecha 18 de agosto de 2016, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich, opinó que se debía confirmar la sentencia apelada, pues la aplicación de los topes arancelarios previstos en el Nomenclador de Prestaciones Básicas resultaba irrazonable al desnaturalizar el derecho del niño a obtener los tratamientos que requiere y, en definitiva, al vulnerar su derecho a la salud. Con fecha 19 de septiembre de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió rechazar el recurso y, en consecuencia, revocar la sentencia apelada²¹.

Principales estándares del dictamen

a) Las obras sociales tienen la obligación de brindar a sus afiliados una cobertura integral de las prestaciones que requieren en virtud de su discapacidad

“... [E]l derecho a la salud es ampliamente garantizado en nuestro ordenamiento constitucional, especialmente en favor de los niños y de las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional, arts. 10, inc. 3, y 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 25 y 26, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 23 y 24, Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 4, inc. 1, y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 24, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En consonancia, la Corte Suprema ha destacado que la asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país (*Fallos* 327:2127, ‘Martin’; 327:2413, ‘Lifschitz’). En ese marco, es obligación de todas las prestadoras de

21. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=ucjyurX551tKiwHCiGizleUUb6cdLJEVzr7He%2FuY%3D&tipoDoc=sentencia&cid=4441805>.

salud hacer su máximo esfuerzo por satisfacer el derecho a la salud de los niños con discapacidad, por lo cual a la demandada no le resulta ajena la obligación de brindar una cobertura integral de las prestaciones que sus afiliados requieren en virtud de su discapacidad (ver *Fallos* 327:2127; 331:1449, ‘Segarra’). Asimismo, esta obligación surge, tal como lo han entendido las instancias anteriores, de la resolución OSPJN 1126/2004, mediante la cual la obra social se ha obligado a adecuar su cobertura al régimen que establece la ley 24.901”.

b) La cobertura integral a las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad debe considerar el interés primordial del niño con discapacidad

“... [C]orresponde tener en cuenta que las condiciones del niño con discapacidad beneficiario de las prestaciones requieren de una especial atención al valorarse las circunstancias particulares del caso. Por ello, la consideración primordial de su interés debe orientar la decisión de los jueces (*Fallos* 324:122, ‘Guckenheimer’; 327:2413)”.

c) La obligación de prestar cobertura integral de determinadas prestaciones médicas no es necesariamente incompatible con la aplicación de topes arancelario

“... [C]orresponde examinar la razonabilidad del Nomenclador de Prestaciones Básicas. De acuerdo con el decreto 1193/1998, ese nomenclador reglamenta las obligaciones previstas en los artículos 11 a 39 de la ley 24.901. Opino que reglamentar los valores reembolsables por las prestaciones de salud no es en sí irrazonable. Por el contrario, constituye un medio adecuado para garantizar similares prestaciones a todos los afiliados que las requieran y permite que las entidades del sistema de salud puedan prever los costos de sus obligaciones”.

“En este sentido, la Corte Suprema ha destacado que ‘el régimen de recursos para el funcionamiento de la Obra Social se obtiene del aporte de los afiliados, y el principio de solidaridad exige una correcta y cuidadosa administración de sus finanzas, ya que, de no ser así, tal solidaridad sería ilusoria’ (*Fallos* 325:977, ‘Melich’, 327:3256, ‘Viton de Borda’). De igual modo, esta Procuración General y la Corte Suprema han considerado que la obligación de prestar cobertura integral de determinadas prestaciones médicas no es necesariamente incompatible con la aplicación de topes arancelarios (*Fallos* 334:1869, ‘G., M. E.’)”.

d) La reglamentación no puede restringir irrazonablemente el derecho de los niños con discapacidad a recibir la cobertura de las prestaciones que requieren para su rehabilitación

“... [L]a disposición reglamentaria en ningún supuesto puede restringir irrazonablemente el derecho que regula (doctr. *Fallos* 322:1318, ‘Tantucci’; 327:4932, ‘Cha Cha Huen’), en este caso, el derecho de los niños con discapacidad a recibir la cobertura de las prestaciones que requieren para su rehabilitación...”.

e) El examen de razonabilidad de la limitación de cobertura para la rehabilitación de un niño con discapacidad debe ponderar diferentes extremos fácticos del caso

“... [L]a limitación de cobertura no puede conducir a que en una situación particular se desconozca o desvirtúe la finalidad protectoria del régimen que reglamenta, sino que debe ser razonable, lo cual significa que debe atender a los fines que contempla y no ser descalificable por razón de inequidad (doctr. *Fallos* 327:3677, ‘Vizzoti’, considerandos 60 y 70; ver también *Fallos* 329:1638, ‘Reynoso’)”.

“Ello requiere, por lo tanto, un examen de razonabilidad circunstanciado que verifique las consecuencias de la implementación del nomenclador, ponderando cuidadosamente los extremos fácticos que caracterizan la controversia, como el tipo de prestaciones en juego, sus costos efectivos, las sumas a cubrir por la obra social y la temporalidad de los reembolsos, la situación del grupo familiar y de la persona interesada, y la continuidad y regularidad de los tratamientos médicos involucrados, entre otras cuestiones relevantes”.

 **T., V. F. c/ ANSES²²**

Síntesis

En este caso se analizó, entre otras cuestiones, si las prestaciones dirigidas a brindar un ingreso básico de subsistencia y la cobertura de necesidades propias de la condición de discapacidad son adecuadas al deber de garantizar una protección especial a niños y niñas con discapacidad.

La señora V. F. T., madre de J. N. T. —quien padece una seria discapacidad—, inició una acción de amparo contra la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) y el Estado nacional, por

22. “T., V. F. c/ ANSES y otro s/ varios” - FRO - 73023789/2011. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2017/VAbramovich/febrero/T_V_FRO_73023789_2011.pdf.

haberles revocado la prestación de la Asignación Universal por Hijo (AUH), que había sido concedida por el término de un mes y discontinuada a fines del año 2009. La ANSES le había cancelado la prestación pues entendió que, de conformidad con el artículo 9 del decreto n° 1602/09, existía una incompatibilidad entre la AUH y la pensión provincial por discapacidad que el niño recibía. En efecto, el artículo 9 del decreto n° 1602/09 establece que la percepción de la AUH resulta incompatible con el cobro de cualquier suma originada en prestaciones contributivas o no contributivas nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Sala A de la Cámara Federal de Rosario dejó sin efecto la decisión del juez de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad del artículo 9 del decreto n° 1602/09 y ordenado a la ANSES otorgarle a la señora V. F. T, en representación de su hijo menor con discapacidad, la prestación correspondiente a la AUH y abonarle las prestaciones adeudadas desde mayo de 2010. Contra ese pronunciamiento, la madre del niño interpuso un recurso extraordinario, que fue concedido por la cuestión federal y rechazado por la arbitrariedad planteada.

Con fecha 3 de febrero de 2017, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich, opinó que correspondía admitir el recurso, revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda. El 22 de marzo de 2018 la CSJN, en concordancia con lo dictaminado por el MPF, declaró procedente el recurso y dejó sin efecto la sentencia apelada.²³

Principales estándares del dictamen

a) Los niños con discapacidad gozan de una especial protección a fin de garantizar el acceso a un nivel de vida adecuado para su desarrollo en condiciones de igualdad

“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)”.

b) En los casos que involucran derechos sociales fundamentales de un niño con discapacidad, se debe aplicar el máximo grado de prudencia en la verificación de los requisitos para la admisibilidad del amparo

“... [S]i bien la sentencia dictada en el marco de la acción de amparo no es de

23. Fallo completo disponible en:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=7441612&cache=1532360403896LINK>

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”.

“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 Perú’, 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, la Corte enfatizó que ‘el plazo establecido por el art. 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 (cf. doctrina de *Fallos* 324:3074 y el allí citado r. 68 XXXVI ‘Imbrogno, Ricardo c/ I. O. S. s/ amparo’ del 25 de septiembre de 2001 *Fallos* 335:44, considerando 6°)”.

“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)”.

c) Las peticiones vinculadas con la seguridad social, al tener carácter alimentario, deben ser analizadas con especial cautela

“... [L]a 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)”.

d) La prestación dirigida a brindar un ingreso básico de subsistencia y la prestación local destinada a la cobertura de necesidades propias de la condición de discapacidad son compatibles por tener propósitos diferentes

“... [L]a 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 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 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...”.

F) Derecho a la seguridad social

 **Etchart, Fernando Martín c/ ANSES²⁴**

Síntesis

La discusión en este caso giró en torno al derecho a la seguridad social y, concretamente, si ciertas restricciones a determinadas clases de beneficiarios de la renta vitalicia resultan compatibles con este derecho.

El beneficiario de una renta vitalicia previsional inició una acción de amparo en contra de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) a fin de obtener el pago de la diferencia entre la renta que percibía en virtud del retiro definitivo por invalidez y el haber mínimo legal. El actor cobraba una renta vitalicia sin componente público, y reclamó percibir la integración de la prestación previsional hasta alcanzar el haber mínimo garantizado para el régimen de reparto, ya que se hallaba excluido de la garantía prevista en el artículo 125 de la ley n° 24.241. Dicha cláusula establece que el Estado Nacional garantizará un haber mínimo a los beneficiarios del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones del Régimen Previsional Público y a los beneficiarios del Régimen de Capitalización que perciban componente público.

La Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo. Contra ese pronunciamiento, la ANSES presentó un recurso extraordinario y, ante su rechazo, el correspondiente recurso de queja.

Con fecha 13 de mayo de 2015, el Procurador Fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia, Marcelo Sachetta, dictaminó que se debía hacer lugar a la queja y confirmar la sentencia de la Cámara. Entre sus consideraciones, entendió que la renta vitalicia y la integración de la prestación

24. “Etchart, Fernando Martín c/ANSES s/amparo” - S.C.E. 261; L. XLVIII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/MSachetta/mayo/Etchart_E_261_L_XLVIII.pdf.

debían analizarse a la luz de los fines del sistema previsional y de los estándares internacionales que rigen en esa materia. El 27 de octubre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló en el mismo sentido que lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal²⁵.

Principales estándares del dictamen

a) Las prestaciones de la seguridad social deben interpretarse de manera amplia

“En concordancia con ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de la seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano (cf. Observación General n°19, ‘Derecho a la seguridad social’, aprobada el 23/11/2007, párrafo 4)”.

b) La exclusión de los beneficiarios de la renta vitalicia que tienen un ingreso inferior al mínimo legal de la prestación del retiro por invalidez es una restricción irrazonable del derecho a la seguridad social

“En tales condiciones, en las que el ingreso del actor, de naturaleza previsional (v. Fallos 331:2006), resulta inferior al mínimo legal —que fue establecido en ese monto por juzgarse suficiente para cubrir necesidades primarias de los beneficiarios— la exclusión de la garantía prevista por el artículo 125 [de la ley 24.24, que dispone que el Estado Nacional garantizará a los beneficiarios del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones del Régimen Previsional Público y a los beneficiarios del Régimen de Capitalización que perciban componente público, el haber mínimo establecido por el artículo 17 de esa ley, que determina —en lo pertinente— que el régimen previsional otorgará como prestación el retiro por invalidez], sin que el ordenamiento previsional obligue a las compañías de seguros a cubrir dicho mínimo vital, restringe de manera irrazonable derechos consagrados en la Constitución Nacional y que el Estado debe garantizar de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 14 bis de la Carta Magna, por resultar una protección operativa a las jubilaciones y pensiones (v., también, Preámbulo de la Ley Fundamental)...”.

c) La renta vitalicia posee una finalidad compatible con la tutela constitucional de la seguridad social cuyos propósitos son la cobertura de riesgos de subsistencia y la protección integral de la familia

“... [L]a renta vitalicia previsional reviste una finalidad específica que es compatible con la tutela que la Constitución Nacional otorga a los beneficios de la seguridad

25. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7261052>.

social. De esa forma, y no obstante las particularidades de la prestación, que es contratada por el afiliado con una compañía de seguros de retiro (art. 101, ley 24.241), deberá analizarse la pretensión del amparista teniendo en cuenta el propósito que persigue el sistema previsional. Para ello, al decir reiterado del Máximo Tribunal, el rigor de los razonamientos lógicos habrá de ceder ante la necesidad de que no se desnaturalicen los fines que inspiran el régimen, que no son otros que la cobertura de riesgos de subsistencia y la protección integral de la familia (v. *Fallos* 331:804, entre otros). A ello se suma que el tenor alimentario de los derechos en juego impone resolver estas cuestiones con extrema cautela (v. *Fallos* 327:1143; 329:5857 y 331:2006, ya cit., cons.4º).

d) El carácter alimentario de los beneficios previsionales obliga a sostener el principio de favorabilidad

“... [C]abe añadir que el Tribunal ha destacado en *Fallos* 331:2006, ya citado, que el tenor alimentario de todo beneficio previsional y su reconocida naturaleza de subsistencia, obligan a sostener el principio de favorabilidad, a la par de preterir toda fundamentación restrictiva; en un contexto en el que las razones que conducen al Estado a garantizar el ingreso mínimo jubilatorio encuentran sustento en el imperativo de cubrir las necesidades elementales de manutención, las que no difieren esencialmente entre los beneficiarios”.

 **Schmidt, Esther M. c/ Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires**²⁶

Síntesis

En el presente caso se analizó el alcance del derecho a la seguridad social, en particular en el marco de la discusión sobre el cobro de una pensión por invalidez de un trabajador que había sido cesanteado con anterioridad a su fallecimiento.

Esther M. Schmidt, viuda de un trabajador, en representación además de su hijo menor, solicitó al Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires el beneficio de la pensión por invalidez a raíz del fallecimiento de su esposo, ocurrido con posterioridad a la declaración de su cesantía. Dicha solicitud fue denegada con fundamento en el artículo 34 del decreto-ley n° 9650/1980, que exige que el causante, al momento del deceso, sea jubilado, afiliado en actividad o cuente con derecho a jubilación. Así, el Instituto concluyó que el causante no tenía un derecho a jubilación por invalidez

26. “S., E. M. c/ Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires s/Pretensión anulatoria” - CSJ 155/2014 (50-8)/C81. Dictamen completo disponible en https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2016/VAbramovich/febrero/Schmidt_CSJ_155_2014.pdf.

toda vez que su cesantía había sido dispuesta con causa. Entonces, la señora Schmidt entabló una demanda contra el citado organismo provincial a fin de que se declare la nulidad de las resoluciones que habían denegado el beneficio de pensión. La actora alegó que la enfermedad del causante, que culminó con su deceso, se había manifestado durante la relación laboral y, por consiguiente, antes del cese.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires no hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de la ley interpuesto y confirmó el rechazo de la demanda. Para así resolver, el tribunal entendió que la negativa del beneficio se fundaba en una correcta aplicación de los artículos 32 y 34 del decreto-ley 9650/1980. Contra esa decisión, la actora interpuso un recurso extraordinario, que al ser denegado motivó la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen del 23 de febrero de 2016, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia, Víctor Abramovich, sostuvo que se debía admitir el recurso extraordinario y revocar la sentencia, toda vez que el rechazo del beneficio no había contemplado que el cometido propio de la seguridad social es la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales. Con fecha 13 de junio de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibile el recurso en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.²⁷

Principal estándar del dictamen

En atención a la naturaleza asistencial del derecho a la seguridad social, la pérdida del derecho a la jubilación por causa de la cesantía administrativa debe guiarse por un criterio estricto

“Opino en este punto que la recurrente plantea una cuestión que merecía un examen profundo, pues la pérdida del derecho a la jubilación por causa de la cesantía administrativa, en el marco de las circunstancias especiales de este caso, bien podría entenderse contraria a la naturaleza asistencial del beneficio previsional integral consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Además podría atentar contra la finalidad de un sistema de seguridad social contributivo que necesariamente debe considerar la magnitud de los aportes solidarios realizados por el afiliado durante la relación de empleo, a los efectos de brindar adecuada cobertura a los riesgos sociales del retiro, la muerte y la incapacidad de quien trabaja y de su grupo familiar, más allá de los motivos de la extinción del vínculo”.

“La tesitura adoptada por la sentencia desconoció el criterio estricto que, según la doctrina de la Corte Suprema, debe guiar la pérdida de beneficios de la seguridad

27. Fallo completo de la CSJN disponible en:
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=7380012&cache=1540316288013>

social en el marco de sanciones administrativas (doctr. *Fallos* 329:3617, ‘Spinosa Mela’ y sus citas). A fin de resolver la inconstitucionalidad planteada, correspondía atender al cometido propio de la seguridad social, cual es la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales (*Fallos* 324:1980, ‘Margarita’ y sus citas), evitando soslayar el carácter alimentario y protector de los riesgos de subsistencia que poseen beneficios como los comprometidos, que sólo pueden ser desconocidos con suma cautela (*Fallos* 325:1616; ‘Cucci’ y sus citas; 327:867, ‘Arismendi’ y sus citas)”.

 **Quiroga, Carlos Alberto c/ ANSES²⁸**

Síntesis

La discusión central en este caso se vinculó con el modo en el que debían calcularse los componentes del haber jubilatorio de un trabajador y si correspondía o no reconocer la movilidad de la prestación.

La Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social había confirmado la sentencia de primera instancia y ordenado recalcular los componentes del haber jubilatorio inicial del actor a la fecha de su adquisición y reconocer su movilidad a partir de entonces. Para la Cámara, la Prestación Básica Universal (PBU) se debía ajustar de acuerdo con las pautas fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Badaro”, en tanto que la Prestación Adicional por Permanencia y la Prestación Compensatoria se debían adecuar a lo establecido en el fallo “Elliff”. Contra ese pronunciamiento, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) interpuso un recurso extraordinario, el cual fue concedido.

Con fecha 20 de agosto de 2013, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, dictaminó que la sentencia cuestionada era arbitraria y debía ser revocada, pues había aplicado una pauta de movilidad fijada judicialmente para otro caso, soslayando el impacto de su decisión en la sustentabilidad del sistema. El 11 de noviembre de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió declarar procedente el recurso extraordinario y ordenó revocar parcialmente la sentencia apelada, dejando a salvo la posibilidad del actor de replantear la cuestión del ajuste de la Prestación Básica Universal en la etapa de ejecución, si quedara acreditado un daño que hiciera procedente el reclamo²⁹.

28. “Quiroga, Carlos Alberto c/ ANSES s/ Reajustes varios” - Q, 68, XLVI. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2013/AGilsCarbo/agosto/Quiroga_Carlos_Q_68_L_XLVI.pdf.

29. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7167981>.

Principales estándares del dictamen

a) El sistema previsional debe garantizar a las personas una subsistencia digna, universalizar los beneficios de la seguridad social y mejorar prioritariamente la situación de jubilados y pensionados más vulnerables

“... [E]l fin sustitutivo del sistema previsional debe ser compatibilizado con otros, como los vinculados a los objetivos más generales de brindar a las personas que requieren de su cobertura los medios necesarios para garantizarles una subsistencia digna (C.E. Fallos 324:3868, 334:829 y sus citas). El sistema previsional también procura universalizar los beneficios de la seguridad social y mejorar prioritariamente la situación de los jubilados y pensionados de la parte inferior de la escala a través del otorgamiento de prestaciones de naturaleza distributiva —como la ‘prestación básica universal’— y del incremento del haber mínimo garantizado, todo ello sobre las bases solidarias que regulan el régimen de reparto...”.

b) La prestación básica universal es la que mejor responde al principio de solidaridad intra - generacional

“... [E]n virtud de su fin distributivo, la ‘prestación básica universal’ es, en definitiva, aquella que mejor responde al principio de solidaridad intra-generacional”.

G) Derecho al trabajo en igualdad de condiciones

 **Gallo, María Liliana c/ Provincia de Buenos Aires³⁰**

Síntesis

La principal cuestión debatida en el caso consistió en determinar si el ejercicio de la facultad de la administración pública de establecer el horario de prestación de tareas laborales es compatible con los derechos a la protección contra la discriminación de la mujer, y a la protección de la familia, la maternidad y el cuidado de los hijos.

María Liliana Gallo demandó al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires a fin de que se deje sin efecto la resolución n° 1272/2001, mediante la cual se había dispuesto su cesantía

30. “Gallo, María Liliana c/ Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Salud – s/ demanda contencioso administrativa”, CSJ 616/2014 (50-G). Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/IIGarcia/septiembre/Gallo_CSJ_616_2014.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado al derecho a la igualdad y no discriminación, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

como técnica en hemoterapia del Hospital Interzonal General de Agudos Evita y, en consecuencia, se la reincorpore al cargo y se ordene el pago de los salarios caídos. Sostuvo que la administración pública había utilizado un instrumento legítimo, como es el cambio de horarios de tareas, para un fin diverso, esto es, hostigarla laboralmente y aprovecharse de su situación de reciente maternidad y de encontrarse en período de lactancia.

Luego de transitar las instancias provinciales, la Suprema Corte bonaerense rechazó la demanda. Contra tal pronunciamiento, Gallo dedujo un recurso extraordinario federal, cuya denegatoria dio lugar a la presentación de un recurso de queja.

El 21 de septiembre de 2015 la Procuradora Fiscal subrogante, Irma Adriana García Netto, dictaminó que se debía hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia y ordenar el dictado de una nueva ajustada a derecho. El 23 de febrero de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en sintonía con la postura del Ministerio Público Fiscal³¹.

Principal estándar del dictamen

Las facultades del empleador de establecer el horario de prestación de tareas deben compatibilizarse con los derechos a la protección contra la discriminación de la mujer, y a la protección familiar

“... [L]a decisión recurrida prescindió de valorar esos mismos elementos probatorios que sustentan que la modalidad del cambio horario —a pocos días de que la actora se reintegre a su puesto de trabajo, luego de la licencia por maternidad y teniendo un niño lactante— podría haber implicado una violación a sus derechos. Por un lado, a su derecho previsto en el artículo 46, inciso a, del citado estatuto provincial, que dispone que el agente público que tuviera un hijo puede optar por continuar su trabajo en las mismas condiciones en que lo venía haciendo. Por otro, a sus derechos a la protección contra la discriminación de la mujer por motivos de maternidad (cf. art. 11, apartado 2, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) y a la protección de la familia, la maternidad y el cuidado de los hijos (art. 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3, 7 y 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4, 5 y 16, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y Comité DESC, Observación General n° 16, párrafo 24, *in fine*). De este modo, la facultad de la Administración Pública de establecer el horario de prestación de tareas debía analizarse en forma armónica con la disposición local y los derechos constitucionales precedentemente mencionados”.

31. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=727720&interno=2>.

Síntesis

En el caso se buscó determinar el alcance del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación de las mujeres en la selección de personal para ocupar puestos de trabajo. A su vez, se debatió qué obligaciones generan esos derechos en las empresas empleadoras en el contexto de un mercado laboral segregado en perjuicio de las mujeres.

Mirtha Graciela Sisnero y la Fundación Entre Mujeres (FEM) habían presentado una acción de amparo colectivo contra la Sociedad Anónima del Estado del Transporte Automotor (SAETA), la Autoridad Metropolitana de Transporte (AM1) y las siete empresas operadoras de SAETA que tienen a su cargo los ocho corredores del transporte público urbano de pasajeros en la ciudad de Salta. Las actoras interpusieron dos pretensiones, una de carácter individual y otra de carácter colectivo. En relación con la pretensión individual, alegaron la violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación en razón del género a raíz de la imposibilidad de la señora Sisnero de acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas, pese a haber cumplido con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicho puesto. Fundaron la pretensión colectiva en la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación debido a la falta de contratación de choferes mujeres en el transporte público de pasajeros por parte de las empresas operadoras de SAETA.

La Corte de Justicia de Salta revocó la sentencia de la Sala V de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial que había hecho lugar a la demanda por considerar que “no se configuró el presupuesto para que prospere el pedido de una orden de cese de discriminación”. Contra esa sentencia Mirtha Sisnero y FEM interpusieron un recurso extraordinario federal cuya denegatoria motivó la presentación de sendos recursos de queja.

En su dictamen de fecha 24 de junio de 2013, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia impugnada a fin de que se dictara una nueva conforme a derecho. Así, sostuvo en su dictamen que las empresas demandadas debían adoptar medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre varones y mujeres en la planta de choferes. Asimismo, consideró que se debía instar a que los poderes ejecutivo y legislativo de la provincia implementen medidas propias dirigidas a revertir la discriminación por género. Con fecha 20 de mayo de 2014, la CSJN se expidió en concordancia con los fundamentos del dictamen de la Procuradora General de la Nación³³.

32. “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo” - S 932 L XLVI. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2013/AGilsCarbo/junio/Sisnero_Mirtha_S_932_L_XLVI.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado al derecho a la igualdad y no discriminación, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

33. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7113781>.

Principales estándares del dictamen

a) En el marco de las relaciones laborales, las obligaciones en materia de igualdad y no discriminación recaen sobre todos los poderes del Estado y también sobre los particulares

“La obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares. Y se extiende tanto respecto de aquellos casos en que la situación discriminatoria es el resultado de las acciones y omisiones de los poderes públicos como cuando es el resultado del comportamiento de los particulares (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párr. 104). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer advirtió que los Estados parte de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer deben garantizar, a través de los tribunales competentes y de la imposición de sanciones u otras formas de reparación, que la mujer esté protegida contra la discriminación cometida tanto por las autoridades públicas como por las organizaciones, las empresas y los particulares (Recomendación general n° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, párr. 7)”.

“En el marco de las relaciones laborales, la Corte Interamericana ha resaltado que ‘los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares’ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 18/03, párrs. 139). En el mismo sentido, desde su antigua jurisprudencia la Corte Suprema ha afirmado: ‘Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos [...] esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad’ (Fallos 241:291, considerando 3)”.

b) La justificación de cualquier decisión de contratación en perjuicio de las mujeres deberá estar despojada de estereotipos

“Por otra parte, la defensa planteada por las empresas demandadas con relación a la falta de experiencia en el ejercicio de ese oficio por parte de la actora tampoco desvirtúa la presunción de invalidez. En efecto, dicha falta de experiencia se produce, justamente, a raíz del estereotipo de género que las ha excluido históricamente del oficio de chofer de colectivos. La justificación de cualquier decisión de contratación en perjuicio de las mujeres deberá estar despojada de estereotipos y nociones fijas y arcaicas acerca de los roles y las habilidades de los hombres y las mujeres (cf. Corte Suprema de los Estados Unidos, ‘Mississippi University for Women v. Hogan’, 458

U.S. 718, del 1° de julio de 1982, sección II y sus citas)”.

c) Las obligaciones estatales en materia de igualdad y no discriminación exigen la adopción de medidas en la esfera del empleo

“... [L]a Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer consagra de forma expresa el deber de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar el derecho a las mismas oportunidades (artículo 11; en igual sentido, Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo)”.

d) El derecho a la igualdad exige que el mercado laboral sea modificado

“El compromiso constitucional con la igualdad importa un rechazo categórico de las instituciones o prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desaventajados, y la obligación —correlativa al derecho de los desfavorecidos por esas prácticas o instituciones— de hacer de nuestra comunidad una comunidad de iguales (cf. Owen M. Fiss, ‘Groups and the Equal Protection Clause’, *Philosophy & Public Affairs*, vol 5 [1976], págs. 107 ss.; también, ‘A Community of Equals’, Boston, Beacon Press, 1999; y, en especial, en relación con la discriminación en contra de las mujeres, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ‘Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas’, OEA/Ser. LV /II, Doc. 68, 20 de enero de 2007, párrs. 71, 74, 75 y 77, y sus citas). En su faz colectiva, el derecho a la igualdad exige que el mercado laboral cuestionado sea modificado en la dirección de la igualdad e impone a los actores responsables por la conformación de este mercado —entre ellos, los responsables por las contrataciones— el deber correlativo de modificarlo”.

e) El Estado y los particulares están obligados a adoptar medidas de acción positiva en la esfera del empleo para contrarrestar la segregación por género

“Esta situación reclama la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican. La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer prevé este tipo de medidas en su artículo 4. El Comité respectivo ha destacado que dichas medidas tienen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil. En pos de ese objetivo, las medidas pueden consistir en programas de divulgación o apoyo, reasignación de recursos, trato preferencial, determinación de metas en materia de contratación y promoción y sistemas de cuotas (Recomendación General 25, párr. 22). En

concreto, el Comité ha recomendado a los Estados que deben hacer mayor uso de medidas especiales de carácter temporal en materia de empleo tendientes a lograr la igualdad (Recomendación general 5 y 25, párr. 18). Asimismo, en sus Observaciones Finales para la Argentina del 16 de agosto de 2010, expresó su preocupación ‘por la persistencia de la segregación ocupacional’ (párr. 35) e instó al Estado a ‘que adopte todas las medidas necesarias para alentar a la mujer a buscar empleo en disciplinas no tradicionales’ (párr. 36)”.

“Por lo tanto, es ineludible que las empresas demandadas adopten medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre hombres y mujeres en la planta de choferes. Entre tales medidas pueden figurar la realización de campañas y convocatorias dirigidas a las mujeres, el establecimiento de metas progresivas de incorporación de mujeres, el cupo femenino y la difusión de la sentencia. Además, es necesario que desarrollen mecanismos de articulación con la Autoridad Metropolitana de Transporte, a los fines de implementar programas que faciliten la incorporación de la mujer, y para que sean identificados los requisitos de cada empresa para la incorporación de choferes, los mecanismos de convocatoria, los criterios de selección y las vacantes disponibles”.

“A su vez, tal como lo ha destacado la propia decisión de la Corte de Justicia de Salta, en el caso se ventila un asunto de trascendencia institucional y social que amerita la exhortación a las autoridades públicas. Siguiendo la doctrina de la Corte Suprema (*Fallos* 335:197) también corresponde instar a que los poderes ejecutivo y legislativo de la provincia adopten medidas propias dirigidas para revertir la discriminación por género. Entre dichas medidas cabe destacar programas específicos desarrollados al efecto, campañas de información y capacitación laboral, la confección de listados y/o registros de mujeres en condiciones de desempeñarse como chofer, así como la puesta en práctica de acciones articuladas con las empresas prestadoras del servicio”.

 **Ríos Zorrilla, Clara Elena c/ González, Graciela Aida y otro**³⁴

Síntesis

La discusión fundamental en este caso consistió en determinar el alcance del derecho de igualdad ante la ley de las trabajadoras de casas particulares. Específicamente, si quienes prestan aquellos

34. “Ríos Zorrilla, Clara Elena c/ González, Graciela Aida y otro s/ Tribunal de Trabajo Doméstico” - S.C. R. 452, L. XLVII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/AGilsCarbo/agosto/Rios_Zorrilla_R_452_L_XLVIII.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado al derecho a la igualdad y no discriminación, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

servicios tienen derecho a la protección del embarazo y de la maternidad.

Clara Elena Ríos Zorrilla había promovido una demanda por despido, en la que había solicitado la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 8 y 9 del decreto ley n° 326/56 (hoy derogado por el artículo 75 de la ley n° 26.844), que excluían a las relaciones de servicio doméstico del régimen general del resto de los trabajadores, especialmente en cuanto no reconocían el derecho a tener una licencia por maternidad con goce de sueldo. Peticionó, en consecuencia, la aplicación de las indemnizaciones establecidas en los artículos 232, 245 y 178 de la ley n° 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo), y la inconstitucionalidad del artículo 2, inciso b, de esa ley por excluir de su aplicación al trabajo doméstico.

El Juzgado Nacional del Trabajo N° 52 confirmó la resolución del Tribunal de Trabajo Doméstico que había hecho lugar parcialmente a la acción, condenando a los demandados a abonar una indemnización en concepto de Sueldo Anual Complementario (SAC) proporcional, y desestimado el resto de los rubros y montos reclamados. Contra esa decisión, la actora interpuso un recurso extraordinario federal, cuya denegatoria motivó la presentación de un recurso de queja.

En su dictamen de fecha 11 de agosto de 2014, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario y revocar la sentencia. Para ello, consideró que el texto del decreto ley n° 326/56, al no proveer la tutela que la legislación general contempla para las mujeres durante el período de embarazo y maternidad, contradecía lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en los Convenios de la OIT, por lo que resultaba inconstitucional. Para la Procuradora, tal circunstancia configuraba además una discriminación vedada por el ordenamiento legal puesto que trataba de modo desigual a personas situadas en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes. Con fecha 19 de febrero de 2015, la Corte Suprema de Justicia tuvo por desistido el recurso de queja³⁵.

Principales estándares del dictamen

a) El Estado está obligado a promover la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación

“... [E]l Convenio 111 de la OIT establece la obligación de ‘formular y llevar a cabo una política nacional que promueva [...] la igualdad [...] de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto’ (art. 2), y de ‘derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política’ (art. 3)”.

“A su vez, el Convenio 189 prevé específicamente el deber de adoptar medidas

35. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=718979>.

para ‘asegurar la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todos los trabajadores domésticos’ (art. 3, inc. 1) y, en particular, para alcanzar ‘la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación’ (art. 3, inc. 2 d). Establece la obligación de ‘adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente’ (art 6). Finalmente, precisa que deberá asegurarse ‘que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad’ (art 14, inc. 1). Cabe aclarar que si bien el Convenio 189 (ratificado por Argentina el 24 de marzo de 2014) entrará en vigor para el país el 24 de marzo de 2015 (cf. art 21, inc. 2), surge de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados la obligación de no frustrar su objeto y fin (art 18, inc. b)”.

“En este marco, el decreto ley 326/56, en cuanto excluía a un grupo particularmente vulnerable del derecho que tienen el resto de las trabajadoras a gozar de una licencia pagada por motivos de embarazo y maternidad, importa una discriminación prohibida en su contra ya que trata desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes —esto es, en estado de embarazo o de maternidad, y, en consecuencia, temporariamente imposibilitadas de continuar prestando sus servicios— (*Fallos* 332:433, considerando 5° y sus citas)”.

“Considero que a idéntica conclusión cabe arribar respecto del pedido de inconstitucionalidad de la indemnización por antigüedad prevista en el decreto ley 326/56, que es notablemente inferior a la estipulada para el resto de los trabajadores (v. arts. 9, decreto ley 326/56; y 2 y 245, ley 20.744). Pienso que la particular naturaleza de las tareas realizadas por el personal de casas particulares no puede justificar que se disminuya a la mitad la indemnización por antigüedad a percibir’ en su caso. Por el contrario, ello expresa un menosprecio del valor de la permanencia en su lugar de trabajo por parte de esos trabajadores. —y de la experiencia y habilidad adquiridas como consecuencia— y ciertamente es contrario al deber de asegurar a todos los trabajadores la protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor (art. 14 bis, Constitución Nacional). En este sentido, cabe recordar que el derecho a la igualdad exige, entre otras cosas, que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (*Fallos* 332:433, considerando 5° y sus citas)”.

b) El Estado está obligado a garantizar los principios de igualdad y no discriminación de los/as trabajadores/as de casas particulares

“... [E]l Preámbulo del Convenio 189 de la OIT destaca que ‘el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible’ y que quienes lo realizan ‘se encuentran entre los trabajadores más marginados’. Precisa que los trabajadores del sector son ‘principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos’”.

“En este contexto, cabe recordar que la Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda forma de discriminación son elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (*Fallos* 333:2306, considerando 4°; 334:1387, considerando 5°; ‘Sisnero, Mirtha Gracieli y otros c/ Tadelva S.R.L. y otros s/ amparo’, S 932 L XLVI, sentencia del 20 de mayo de 2014, considerando 2°)”.

“Numerosos tratados internacionales de derechos humanos prohíben expresamente la discriminación por motivos de género, de posición económica y de origen o cualquier otra condición social (arts. 1.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, 3 y 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; II, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2, Declaración Universal de Derechos Humanos; y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer)”.

c) Las mujeres gozan de una protección especial durante un período de tiempo razonable antes y después del parto

“De este modo, el Estado tiene la obligación de garantizar la protección integral de la familia, especialmente para su constitución (arts. 14 bis y 75 inc. 23, Constitución Nacional; 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y 16, Declaración Universal de Derechos Humanos). Tal como se expresa en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, el Estado debe ‘[d]ictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia’”.

“En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre afirma que ‘[t]oda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales’ (art. VII; v., también, art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos)”.

“Más específicamente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 10, inciso 2, que ‘[s]e debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

“Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer establece el objetivo de garantizar ‘una comprensión adecuada de la maternidad como función social’ (art. 5, inc. b). Impone a los Estados Partes el deber de asegurar ‘la salvaguardia de la función de reproducción’ (art. 11, inc. 1 y de tomar las medidas adecuadas para ‘[p]rohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad’ (art. 11, inc. 2 a), así como de ‘implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales’ (art. 11, inc. 2 b)”.

 **Ortiz, Graciela c/ Serpa de Torres, Nidia y otro**³⁶

Síntesis

La cuestión a dilucidar en el caso se centró en caracterizar el contenido del derecho a una retribución justa ante la ausencia de reglamentación local de una ley nacional que fija las bases salariales de una actividad determinada.

Graciela Ortiz, trabajadora de casas particulares, mantenía una relación laboral con sus empleadores por la cual percibía la remuneración oportunamente pactada. Frente a su despido, advirtió que dicha base salarial era inferior a la fijada por la normativa nacional para su actividad y, por lo tanto, requirió judicialmente que se tomen en cuenta esos parámetros para el cálculo de la indemnización respectiva.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes hizo lugar parcialmente a un recurso

36. “Ortiz Graciela c/ Serpa de Torres, Nidia y/o Torres Carlos y/o quien resulte responsable s/ despido” - CSJ 643/20151RHI. Dictamen completo disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=747148&interno=1>

de inaplicabilidad de ley deducido por las demandadas y concluyó que no debían considerarse las escalas salariales establecidas por el Ministerio de Trabajo de la Nación para ese sector, puesto que la provincia no había adherido a tales disposiciones. Por ello, entendió que para el caso correspondía privilegiar lo pactado entre las partes según la costumbre imperante en la ciudad o localidad. Contra esa decisión, la trabajadora dedujo un recurso extraordinario por entender que se había lesionado su derecho a una retribución justa, al salario mínimo, vital y móvil, a la igualdad legal y al debido proceso. Al ser denegado, dio lugar al recurso de queja.

Con fecha 8 de mayo de 2017, la Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia subrogante, Irma Adriana García Netto, consideró que la decisión apelada se apartaba del marco legal y resultaba lesiva de las garantías a la retribución justa, al salario mínimo y a la tutela contra el despido arbitrario, y que por ello debía revocarse. Con fecha 23 de agosto de 2018, la Corte Suprema de Justicia de la Nación remitió al dictamen de la Procuración General y revocó la sentencia recurrida³⁷.

Principales estándares del dictamen

a) La retribución justa es aquella que garantiza la vida digna del trabajador/a y su familia

“Sentado ello, queda por determinar el alcance de esas garantías y, en cuanto a la retribución justa, ha dicho la Corte que la justicia del salario se determina por dos factores; en primer lugar, la estimación económica, consistente, en definitiva, en un juicio de valoración del trabajo y de su resultado. En segundo lugar, es primordial en nuestro orden jurídico, la exigencia de que el salario proporcione el sustento de una vida digna del trabajador y de su familia. Esta garantía se encuentra estrechamente vinculada con la base remuneratoria que integra el derecho, también constitucional, a la protección contra el despido arbitrario (cf. *Fallos* 332:2043; voto de los Dres. Highton de Nolasco, Argibay y Fayt)”.

b) El derecho a un salario digno exige la limitación de la autonomía de las partes mediante el orden público laboral

“Lo anterior exige que la autonomía de las partes para determinar ese estipendio se encuentre limitada por el orden público laboral, compuesto, entre otras normas, por las disposiciones que emanan de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales. En ese sentido ha dicho la Corte que, una vez establecido que la disputa involucra el trabajo al que refiere al artículo 14 bis citado, como ocurre aquí, el principio protectorio que el precepto enuncia y el tenor inviolable de los

37. Fallo completo de la CSJN disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=7471482&cache=1536074593023>

derechos que reconoce, conducen con necesidad a la indisponibilidad y prohibición de renuncia de la aplicación de las normas que tutelan el trabajo en todas sus formas (cf. *Fallos* 335:729, 1251; entre otros)".

 **Geizerstan, Marianne Elena c/ Alianza Francesa**³⁸

Síntesis

En el presente caso, entre otras cuestiones, se analizó si corresponde equiparar la protección frente al despido por causa de maternidad a los supuestos de maternidad por adopción.

Marianne Elena Geizerstan inició una demanda contra su empleadora con el objeto de obtener una indemnización por despido arbitrario y la multa prevista en el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo (n° 20.744) por razones de maternidad. De acuerdo con lo establecido por el artículo 178 de la citada ley, "se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley". Según la actora, su despido ocurrió luego de haber notificado debidamente a su empleadora de la guarda de un niño que le había sido otorgada con fines de adopción.

La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia apelada y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda entablada. Contra tal pronunciamiento, la parte demandada dedujo un recurso extraordinario federal, cuya denegatoria originó la presentación de un recurso queja.

En su dictamen de fecha 4 de mayo de 2015, la Procuradora fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Irma Adriana García Netto, opinó que debía desestimarse el recurso de queja interpuesto y confirmar la sentencia apelada. El 29 de septiembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibile el recurso en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación³⁹.

38. "Geizerstan, Marianne Elena c/ Alianza Francesa s/ Despido"- CNT- 13904/2010. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2015/Igarcia/mayo/Geizerstan_Marianne_CNT_13904_2010.pdf.

39. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7249601>.

Principal estándar del dictamen

Frente al despido por causa de maternidad, corresponde equiparar jurídicamente los institutos de adopción y maternidad

“La aplicación del artículo 178 de la ley 20.744 a las presentes actuaciones, en cuanto equipara jurídicamente los institutos de adopción y maternidad, luce fundada en las leyes e instrumentos internacionales con jerarquía constitucional citadas en la decisión recurrida —Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre Derechos del Niño y la ley 24.714—”.

 **Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A.**⁴⁰

Síntesis

La principal cuestión debatida en el caso consistió en determinar si la presunción de despido por matrimonio prevista en la Ley de Contrato de Trabajo para las trabajadoras mujeres —de gozar en esos supuestos de una indemnización agravada— resulta también aplicable a los trabajadores varones.

El señor Puig interpuso una demanda contra su empleador, tras haber sido despedido pocos meses después de contraer matrimonio. Argumentó que debía recibir la indemnización agravada de despido por matrimonio, prevista en el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo (ley n° 20.744, LCT); y que correspondía presumir que su despido sin causa se debía al casamiento, presunción regulada en el artículo 181 de la LCT. Esta norma establece —dentro del título VII de la ley, denominado “Trabajo de Mujeres”— que se presumirá que el despido dispuesto, sin invocación de causa, es consecuencia del matrimonio, cuando se produce en los tres meses anteriores o en los seis meses posteriores a su celebración, y se haya notificado de modo fehaciente al empleador.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda. Para así resolver, el tribunal entendió que si bien la indemnización agravada por matrimonio resultaba también aplicable a los trabajadores varones —tal como ya se había interpretado en el fallo plenario dictado en los autos “Drewes, Luis c/ Coselia S.A.”, del 23 de marzo de 1990—, la presunción *iuris tantum* del artículo 181 de la LCT se aplica únicamente a las trabajadoras mujeres, pues se trata de un instituto destinado a brindarles una protección especial en

40. “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz SA s/ despido” - CNT 57589/2012/1/RH1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2017/VAbramovich/noviembre/Puig_Fernando_CNT_57589_2012.pdf. Este dictamen se encuentra también analizado en el cuadernillo dedicado al derecho a la igualdad y no discriminación, donde se desarrollan los estándares específicos de esa temática.

el ámbito laboral, donde fueron históricamente segregadas. Para la Cámara Laboral, esa interpretación de la ley no lesionaba el derecho a la igualdad. Según los jueces, pese a que el despido de Puig se había producido dentro del plazo del artículo 181, el actor no logró demostrar que se debiera a esa causa. Contra esta sentencia, el trabajador despedido interpuso un recurso extraordinario federal, cuyo rechazo motivó la presentación de la queja correspondiente.

Con fecha 13 de noviembre de 2017, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich, dictaminó que la presunción de despido por matrimonio resulta también aplicable a los trabajadores varones. En consecuencia, opinó que correspondía conceder el recurso extraordinario, revocar la sentencia cuestionada y devolver el caso al tribunal para que dicte un nuevo pronunciamiento.

Principales estándares del dictamen

a) La prohibición del despido por matrimonio pretende garantizar el derecho a la protección familiar en el ámbito laboral

“Desde su primera regulación, la protección contra el despido por matrimonio tiene por objeto garantizar, en el ámbito laboral, el derecho a la protección de la vida familiar que reconocen los artículos 14 bis de la Constitución Nacional, 11.2 y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15 y 16 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estos instrumentos internacionales refieren que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; reconocen el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio; y establecen la obligación de los Estados de adoptar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos”.

“Además, el derecho a fundar una familia integra la vida privada y la autonomía personal (artículo 11.2 de la Convención Americana y 19 de la Constitución Nacional), entendida como la posibilidad que tiene toda persona de organizar su plan de vida de acuerdo con la ley y conforme a sus propias opciones y convicciones exenta de la injerencia arbitraria o abusiva de las autoridades públicas o de terceros (*Fallos* 308:2268, ‘Sejean’, voto de Enrique Santiago Petracchi, considerando 14º; Corte Interamericana de Derechos Humanos, ‘Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica’, sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 142 y sus citas)”.

b) Las responsabilidades familiares no pueden justificar un despido

“En esa línea, el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo tutela a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares (art. 8). Ese instrumento, que condena la discriminación contra las personas con responsabilidades familiares (arts. 3 y 4), prevé específicamente que “[l]a responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo”.

“En efecto, la protección contra el despido por matrimonio supone que cuando las personas asumen responsabilidades familiares, los empleadores tienen incentivos para desvincularlas ante la expectativa de que su capacidad productiva se vea afectada. Ante ello, las medidas sancionatorias previstas en los artículos 180, 181 y 182 de la LCT conforman el sistema de garantías a través del cual el legislador procura desalentar que los empleadores adopten decisiones discriminatorias y abusivas en perjuicio de los trabajadores que deciden conformar una familia”.

c) La presunción de despido por matrimonio constituye, junto a la indemnización agravada, una pieza fundamental del dispositivo legal dirigido a inhibir despidos discriminatorios por causa del matrimonio

“En mi entender, más allá de que el artículo 181 en cuestión se ubica bajo el título ‘Del trabajo de las Mujeres’, la interpretación de esa norma, atendiendo a su finalidad y a los derechos constitucionales involucrados, conduce a afirmar que la presunción allí prevista comprende a los trabajadores varones que, en ejercicio de su plan de vida autónomo, deciden contraer matrimonio y formar una familia”.

“Esa presunción *juris tantum* constituye, junto a la indemnización agravada, una pieza fundamental del dispositivo legal dirigido a inhibir despidos discriminatorios por causa de matrimonio en tanto contribuye a la implementación efectiva de la prohibición. En particular, esta presunción obedece a las serias dificultades probatorias que se presentan para acreditar la motivación real del despido y resulta, por ello, una vía imprescindible para asegurar la tutela efectiva de los trabajadores frente a despidos discriminatorios. Sobre esta cuestión, en el precedente registrado en Fallos 334:1387, ‘Pellicori’, la Corte Suprema reafirmó la idea de que el régimen probatorio resulta decisivo para la eficaz implementación de la tutela antidiscriminatoria en la esfera laboral y puntualizó que la protección contra el despido discriminatorio exige arbitrar reglas probatorias que permitan que la protección correspondiente sea efectiva (considerandos 1º a 7º)”.

d) La presunción del despido por matrimonio rige para todos los trabajadores sin distinción de género

“Bajo este prisma, estimo que, en el sub lite, no está en juego una simple cuestión de igualdad formal de trato entre hombres y mujeres como plantea el recurrente, que conduciría a darle a cada uno lo que se le brinda al otro, en idénticas circunstancias. En el presente caso, el referido marco constitucional, vinculado con el derecho a formar una familia y con el deber estatal de promover la distribución equitativa de las responsabilidades familiares, es el que impone interpretar las normas laborales aludidas en el sentido más amplio posible, de modo de asegurar a todos los trabajadores la protección especial de la vida familiar otorgada por la ley laboral, sin distinción de género. Esta protección amplia es además la vía adecuada para asegurar la igualdad real de oportunidades y de trato en el empleo de las mujeres —artículo 75, inciso 23, Constitución Nacional— históricamente segregadas en las relaciones laborales a causa de la asunción de responsabilidades familiares y tareas de cuidado”.

“En estas condiciones, entiendo que debe interpretarse que la presunción establecida en el artículo 181 de la LCT rige para todos los trabajadores sin distinción de género”.

Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ Estado Nacional⁴¹

Síntesis

En el presente caso la discusión giró en torno al deber del Estado Nacional de reglamentar el artículo 179 de la ley n° 20.744 de Contrato de Trabajo, que dispone la obligación del empleador de habilitar salas maternas y guarderías para niños/as en establecimientos laborales con un número mínimo de trabajadoras.

La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal —por remisión a lo dictaminado por el Fiscal General ante esa Cámara— revocó la sentencia de primera instancia y ordenó al Poder Ejecutivo Nacional reglamentar la norma referida, en el plazo de noventa días hábiles. Para decidir de ese modo sostuvo que es necesario que se comprueben dos requisitos: a) la existencia de un mandato normativo expreso y exigible; y b) la vulneración de derechos y garantías para acreditar la existencia de una controversia judicial. Respecto al primero destacó que es de público y notorio la omisión reglamentaria a la que consideró como “manifiestamente ilegítima”. En

41. “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986”- CAF 49220/2015/1RH1. Dictamen completo disponible en https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2018/Abramovich/septiembre/Etcheverry_Juan_CAF_49220_2015_1RH1.pdf

cuanto al segundo afirmó que se encuentra satisfecha la exigencia de caso en tanto dos de los actores son trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías y sus lugares de trabajo no cuentan con ellas. Contra esa sentencia, el Estado Nacional —el entonces Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social— interpuso un recurso extraordinario federal que, al ser denegado, dio lugar al recurso de queja.

Con fecha 3 de septiembre de 2018, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia, Víctor Abramovich, opinó que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada.

Principales estándares del dictamen

a) La reglamentación de los derechos humanos debe tener como fin su pleno goce y ejercicio

“... [L]a Corte Suprema ha señalado que la Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica, reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne (*Fallos* 335:452, ‘Q.C.S.Y.’; 339:1077, ‘Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad’)”.

b) Es obligación estatal eliminar la discriminación contra las mujeres en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones de familia

“... [L]a Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone que los Estados deben tomar medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, deben asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y como progenitores en materias relacionadas con sus hijos (art. 16, incs. c y d)”.

c) Es deber estatal garantizar el derecho al trabajo de las personas con hijos a su cargo sin discriminación y sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales

“... [E]l Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (aprobado por ley 23.451, ratificado el 17 de marzo de 1988) tutela a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo. Estipula que, con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades, los Estados deben incluir, entre los objetivos de su política nacional, permitir que las personas con hijos a

su cargo, que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales (arts. 1, inc. 1, y 3, inc. 1). Para lograrlo, impone la obligación de adoptar medidas para desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar (art. 4, inc. b)”.

d) El Estado tiene la obligación de evitar que las tareas de cuidado y las responsabilidades familiares constituyan un factor discriminatorio en perjuicio de las mujeres, en especial en el ámbito laboral

“Lo dispuesto en las mencionadas convenciones internacionales se inscribe, a su vez, en el marco general del derecho a la protección de la vida familiar reconocido en los artículos 14 bis de la Constitución Nacional, 11, inciso 2, y 17, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15 y 16 de la citada Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En esos instrumentos se impone a los Estados la obligación de generar condiciones paritarias entre los cónyuges en las tareas de cuidado y en las responsabilidades familiares, y evitar que esas tareas y responsabilidades constituyan un factor discriminatorio en perjuicio de las mujeres en diferentes ámbitos, en especial, en la esfera laboral (en sentido similar, dictamen de esta Procuración General de la Nación en autos CNT 57589/201211/RH1, ‘Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz SA s/despido’, del 13 de noviembre de 2017)”.

e) El Estado debe asistir a ambos progenitores que trabajan en sus obligaciones de crianza y cuidado

“... [L]a Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio según el cual ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza y el desarrollo del niño. También establece que los Estados deben prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño, y velar por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para su cuidado. Asimismo, prevé que se deben adoptar todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños (art. 18; además, Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 7, ‘Realización de los derechos del niño en la primera infancia’, 40º período de sesiones, 2005, CRC/C/GC/7, párr. 21)”.

f) El Estado debe garantizar servicios sociales de apoyo, en especial los destinados al cuidado de los/as niños/as, a fin de asegurar el derecho al trabajo de las mujeres

“... [L]os Estados, a fin de asegurar la efectividad del derecho de la mujer a trabajar, deben adoptar todas las medidas apropiadas para alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños (art. 11, párr. segundo, inc. c; además, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, en especial, párr. 180)”.

g) La regulación de la asistencia al cuidado familiar equipara responsabilidades y tiende a la igualdad real de oportunidades y de trato de las mujeres en el ámbito laboral

“... [E]n la medida en que las tareas de cuidado se distribuyen asimétricamente en las familias y suelen recaer sobre las mujeres, pueden constituir una seria restricción en el acceso a los empleos y en el desarrollo de las trayectorias laborales y profesionales (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, informe ‘Tiempo total de trabajo’, disponible en <http://oig.cepal.org/es/indicadores/tiempo%20total-trabajo>). Por ese motivo, la regulación de la asistencia al cuidado familiar es abordada específicamente como una vía dirigida a la equiparación de responsabilidades y a la igualdad real de oportunidades y de trato de las mujeres en el ámbito del trabajo (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional)”.

H) Derechos a la sindicalización y a la huelga

Sindicato Policial de Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo⁴²

Síntesis

En esta oportunidad, la discusión giró en torno a si les asiste a los integrantes de las fuerzas de seguridad el derecho de sindicalización.

42. “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales” - S.C.S. n° 909, L. XLVI. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2012/AGilsCarbo/diciembre/Sindicato_Policial_S_909_L_XLVI.pdf.

El Ministerio de Trabajo de la Nación, Empleo y Seguridad Social de la Nación había rechazado la inscripción gremial solicitada por el Sindicato Policial de Buenos Aires (SIPOBA), decisión que fue confirmada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. En aquel fallo, el voto de la mayoría consideró que “en virtud de la especial naturaleza de la actividad y de las funciones de los efectivos policiales”, éstos no pueden ser asimilados al universo de trabajadores comprendido en la Ley de Asociaciones Sindicales (ley n° 23.551). A su vez, agregó que esas limitaciones a la libertad sindical encuentran recepción en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. Contra ese pronunciamiento, SIPOBA presentó un recurso extraordinario federal, que al ser denegado, dio lugar al recurso de queja.

En su dictamen de fecha 5 de diciembre de 2012, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, opinó que correspondía declarar procedente el recurso extraordinario y confirmar la sentencia cuestionada. A su vez, advirtió que los valores, intereses y derechos involucrados deberían ponderarse en un debate legislativo sobre la implementación y el alcance de los derechos sindicales reclamados por los actores. El 11 de abril de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió hacer lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo⁴³.

Principales estándares del dictamen

a) La restricción de derechos sindicales sólo puede hacerse por una ley en sentido formal

“La convivencia armoniosa de los derechos sindicales de los trabajadores de las policías con la seguridad nacional, el orden social y la paz interior, así como con los derechos de los restantes habitantes de nuestro país, implicará contemplar restricciones a derechos fundamentales. Por ello, esa reglamentación debe ser realizada por una ley en sentido formal, tal como lo establece el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esa norma prevé que ‘Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas’. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que ‘las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención’ (Corte IDH, Opinión Consultiva OG6/86, ‘La expresión ‘leyes’ en

43. Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks.JSP.html?idDocumento=7368742>.

el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos', del 9 de mayo de 1986, párr. 35)".

b) La sindicalización de las fuerzas de seguridad requiere una adecuada armonización con los derechos y garantías de los restantes habitantes de cada Estado

"... [L]as normas internacionales que tratan específicamente los derechos sindicales acogen expresamente las especiales características de la actividad y de las funciones realizadas por las fuerzas policiales. Esas particularidades exigen que la implementación efectiva de los derechos sindicales de esos trabajadores sea precedida de una adecuada armonización con valores jurídicos elementales —como la seguridad nacional, el orden social y la paz interior— y, en definitiva, con los derechos y garantías de los restantes habitantes de cada Estado. Esa tarea es delegada por los convenios internacionales a las legislaciones internas de cada Estado miembro (...)"

"De modo concordante, las normas internacionales que consagran el derecho de asociación disponen que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático (cfr. arts. 22 y 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Además, el art. 16, inc. 3°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aclara que el reconocimiento a la libertad de asociación '... no impide la imposición de restricciones legales, y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía'. En similares términos, el art. 8, inc. y, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevén expresamente que los Estados parte impongan restricciones legales al ejercicio de derechos sindicales por parte de los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado".

c) En el caso de integrantes de fuerzas de seguridad, se requiere la sanción de una norma que defina los alcances del derecho a la sindicalización

"En el marco del derecho interno, los arts. 14 y 14 bis de la Constitución Nacional consagran el derecho de asociación, así como el derecho a la organización sindical libre y democrática. A su vez, la Ley nro. 23.551 reglamenta la libertad sindical y los derechos de esa naturaleza. Las mismas razones que subyacen a las limitaciones consagradas en las normas internacionales explican por qué las garantías previstas en los arts. 14 y 14 bis carecen de operatividad en el caso de los integrantes de las fuerzas de seguridad ante la ausencia de una ley expresa, que pondere y armonice

esos derechos con los restantes valores jurídicos y derechos en juego. A su vez, esos fundamentos explican la inaplicabilidad de la Ley n° 23.551 a esos trabajadores.

Esa ley tuvo en mira los derechos sindicales de los trabajadores en general, pero no previó la especial situación de los miembros de las policías. A modo de ejemplo señaló que esa norma no ponderó cómo la organización jerárquica vertical, que caracteriza el desenvolvimiento de esas fuerzas y de la que depende, en gran parte, la operatividad del servicio, convive con el principio de democracia sindical”.

d) La ausencia de una legislación específica sobre sindicalización de las fuerzas de seguridad no puede ser suplida judicialmente

“... [E]se equilibrio entre los valores y derechos en juego debe ser realizado por los poderes políticos, luego de la realización de los debates y deliberaciones apropiadas. Sólo en el amplio marco de un debate legislativo puede establecerse una ponderación que considere la totalidad de los intereses involucrados, y no meramente los emergentes en el contexto de un caso judicial concreto. Ese debate —y, en definitiva, la fijación del adecuado equilibrio— debe ser enriquecido por los diversos aportes técnicos, el intercambio de ideas e información, la planificación, la previsión presupuestaria, en caso de corresponder, y por el establecimiento de otras políticas vinculadas. Esas tareas, por su naturaleza, sólo pueden ser efectuadas por los poderes políticos y su inactividad no puede ser suplida, al menos en este caso, por la actuación judicial en el acotado marco de una causa”.

e) El derecho a obtener un reconocimiento como asociación sindical de los integrantes de fuerzas de seguridad y los restantes derechos sindicales no son de carácter operativo

“En suma, el Convenio OIT nro. 87 no le otorga un derecho de carácter operativo a las fuerzas policiales a obtener un reconocimiento como asociación sindical ni a gozar los restantes derechos sindicales previstos en ese tratado. En efecto, tal como lo expuso el Comité de Libertad Sindical, la norma expresamente delega en los Estados miembro de la OIT la implementación efectiva y la determinación del alcance de los derechos sindicales de los miembros de la policía. Ello ha llevado al Comité a entender que no existe un incumplimiento por parte de los Estados miembro que aún no hayan implementado la sindicalización de las fuerzas policiales (...)”.

“De la exposición efectuada de las normas de derecho internacional surgen, al menos, dos aspectos relevantes. Por un lado, dichas normas receptan que el ejercicio de la libertad sindical y de los derechos sindicales por parte de los integrantes de las fuerzas policiales puede comprometer valores jurídicos esenciales —como la seguridad

nacional, el orden social y la paz interior—, así como los derechos y garantías de otros sujetos. Ello justifica las limitaciones contenidas en forma concordante en los diversos convenios que consagran tanto los derechos sindicales como el derecho de asociación. Por otro lado, y precisamente por esa razón, las citadas normas internacionales no les otorgan un derecho de carácter operativo a los integrantes de las fuerzas policiales a ejercer los derechos sindicales y de asociación previstos en tales convenios. Esas normas delegan en los Estados miembro la armonización de los derechos sindicales con los restantes valores jurídicos y derechos en juego”.

📄 Ministerio de Trabajo c/ Asociación de Trabajadores del Estado - Consejo Directivo de la Provincia de Córdoba⁴⁴

Síntesis

En este caso se buscó determinar si, a la luz del derecho a la protección sindical, resultan adecuados los requisitos legales para obtener la personería gremial y si pueden coexistir dos sindicatos con personería gremial en el mismo ámbito.

La Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación que había reconocido a la Asociación de Trabajadores del Estado aptitud para coexistir con el Sindicato de Empleados Públicos de la Provincia de Córdoba, como entidad sindical con personería gremial en el ámbito de esa provincia. Frente a esa resolución, el sindicato impugnante interpuso un recurso extraordinario que, al ser denegado, dio lugar a la presentación de un recurso de queja.

Con fecha 11 de noviembre de 2015, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia la Nación, Víctor Abramovich, dictaminó que correspondía confirmar la sentencia cuestionada. El 22 de noviembre de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inadmisibles los recursos extraordinarios en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, concordantemente con lo dictaminado por el Procurador Fiscal, desestimó el recurso de hecho planteado⁴⁵.

44. “Ministerio de Trabajo c/ Asoc. de Trabajadores del Estado - Consejo Directivo de la Provincia de Córdoba” - CSJ 892/2013 (49’M) CSI. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2015/VAbramovich/noviembre/MinTrabajo_CSJ_892_2013.pdf.

45. Fallo completo disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7346672>.

Principal estándar del dictamen

Los requisitos para obtener la personería gremial contenidos en los artículos 28 y 30 de la Ley de Asociaciones Sindicales resultan excesivos y contrarios al derecho a la protección sindical

“Corresponde puntualizar además que la resolución 255/03 recepta las recomendaciones de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, en cuanto sostiene que los requisitos contenidos en los artículos 28 y 30 de la ley 23.551 resultan excesivos y contrarios a las exigencias del Convenio 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicalización, el cual está incorporado al artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y al artículo 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de rango constitucional”.

 **Federación Única de Viajantes de la República Argentina y otro c/ Yell Argentina S.A.**⁴⁶

Síntesis

En este caso se discutió si el derecho de representación judicial de intereses colectivos se extiende a las asociaciones sindicales simplemente inscriptas.

La Federación Única de Viajantes de la República Argentina y la Asociación de Viajantes Vendedores de la República Argentina —entidades de primer y segundo grado con personería gremial— habían iniciado una demanda contra Yell Argentina S.A. a fin de que se la obligue a efectuar el aporte al Fondo de Investigación y Perfeccionamiento Gremial y Profesional estipulado en el artículo 30 del Convenio Colectivo de Trabajo 308/75.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó el fallo de primera instancia que había rechazado la demanda y sostuvo que la procedencia de la acción requería la intervención de los trabajadores respecto de cuyos contratos se discutía el encuadre convencional. Para la Cámara, a las entidades demandantes no les había sido reconocida la representatividad en base a la cual reclamaban, pues carecían de personería gremial. Ante esta decisión, las entidades sindicales presentaron un recurso extraordinario, cuya denegatoria motivó la interposición de una queja.

Con fecha 8 de octubre de 2014, la Procuradora Fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia

46. “Federación única de viajantes de la República Argentina y otro c/ Yell Argentina S.A. s/ cobro de salarios” - S.e. F.94, L. XLVIII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2014/igarcia/octubre/federación_de_viajantes_f_94_l_xlviii.pdf.

de la Nación, Irma Adriana García Netto, opinó que debía hacerse lugar al recurso de queja y entendió que correspondía dictar un nuevo pronunciamiento. El 29 de marzo de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁴⁷.

Principal estándar del dictamen

El derecho de representación judicial de intereses colectivos se extiende a las asociaciones sindicales simplemente inscriptas

“... [L]a Cámara no ha valorado como es menester que la defensa del interés colectivo es una de las funciones principales de las entidades sindicales y que su alcance deriva, entre otras normas, de las disposiciones previstas en los artículos 2, 3, 5, 23 y 31 de la ley 23.551. Así lo ha reconocido la Corte en el marco de una acción de amparo, cuando sostuvo que ‘no aparece como indebida la legitimación procesal que se ha otorgado al sindicato amparista, asociación que cuenta con la respectiva personería gremial, y por lo tanto encargada de representar frente al Estado y los empleadores, tal el caso de autos, los intereses individuales y colectivos de los trabajadores’ (Fallos 326:2150). Más recientemente, el Máximo Tribunal ha extendido esta potestad a las entidades sindicales simplemente inscriptas, por entender que el derecho de representar los intereses colectivos de los trabajadores a los efectos de promover un reclamo judicial, esta inequívocamente reconocido por normas de jerarquía constitucional (cf. Sentencia dictada el 18/06/2013 en la causa S.C. A.598 1. XLIII ‘Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad’).”

Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/ I.N.S.S.J.P.⁴⁸

Síntesis

En el caso se analizó el alcance del derecho a la protección sindical y, en particular, si resultan compatibles con los estándares internacionales las franquicias y licencias gremiales reconocidas únicamente a los/as trabajadores/as pertenecientes a las organizaciones sindicales con personería gremial.

47. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=729128>.

48. “Nueva Organización de Trabajadores Estatales c/ I.N.S.S.J.P.” - N, 143, XLVIII. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2015/IGarcia/marzo/Nueva_N_143_XLVIII.pdf.

La Nueva Organización de Trabajadores Estatales interpuso una acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales de Jubilados y Pensionados (I.N.S.S.J.P.), en la que solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 41, inciso a, 44, 48 y 52 de la ley nº 23.551 y los artículos 70, 90 y 91 del Convenio Colectivo de Trabajo 697/05, por ser contrarios al artículo 14 bis de la Constitución Nacional y a los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. Ello por cuanto, según la entidad sindical, la normativa aludida discriminaba en la concesión de las franquicias y licencias gremiales a las asociaciones simplemente inscriptas de las que cuentan con personería gremial.

La Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar al amparo y ordenó al I.N.S.S.J.P. que se abstuviera de realizar cualquier acto de discriminación entre las asociaciones sindicales simplemente inscriptas y las que tienen personería gremial en lo vinculado a la concesión de las franquicias y licencias gremiales previstas en las normas cuestionadas. Contra ese pronunciamiento, el organismo demandado presentó un recurso extraordinario, cuya denegatoria motivó la interposición de un recurso de queja.

Con fecha 31 de marzo de 2015, la Procuradora Fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Irma Adriana García Netto, sostuvo que debía abrirse la queja, rechazarse el recurso extraordinario y confirmarse la sentencia impugnada. El 24 de noviembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió un fallo concordante con lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal⁴⁹.

Principales estándares del dictamen

a) El régimen de franquicias y licencias gremiales no debe influir en forma indebida en la libertad sindical de los/as trabajadores/as

“... [E]l actual régimen de franquicias y licencias —tal como está regulado en las normas aquí cuestionadas— puede influir, en forma indebida, en la elección de los trabajadores con relación a la asociación a la que deseen afiliarse, ya que optarían por aquella que tenga más privilegios y brinde mayor protección, incluso aunque no adhieran a su ideología política o sindical. En este sentido, la Comisión de Expertos, al formular observaciones sobre la ley 23.551 en 1989, manifestó que la concesión a los sindicatos más representativos de ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que deben afiliarse”.

49. Fallo completo de la CSJN disponible en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7267782>.

b) Las regulaciones que establecen franquicias y licencias gremiales únicamente a los/as trabajadores/as pertenecientes a las organizaciones sindicales con personería gremial generan una desigualdad irrazonable

“... [E]ntiendo que los artículos 44 y 48 de la ley 23.551 y los artículos 70, 90 y 91 del convenio colectivo 697/05 violan el derecho a la libertad de asociación sindical, tal como ha sido interpretado en los casos citados por la Corte Suprema, en la medida que otorgan privilegios a las asociaciones sindicales con personería gremial en detrimento de las simplemente inscriptas. En efecto, ello conlleva una desigualdad irrazonable entre los dos tipos de organizaciones, lo que afecta la libertad sindical tanto en el aspecto individual como en el colectivo”.

 **Assuma, orlando josé c/Supercanal S.A.50**

Síntesis

En el presente caso, una de las discusiones giró en torno a la interpretación de los convenios colectivos de trabajo a la luz de los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Un trabajador de prensa presentó una demanda por despido y diferencias salariales. En apoyo de su postura invocó el Convenio Colectivo de Trabajo n° 17/75 de Trabajadores de Prensa de la provincia de Mendoza.

La Sala II de la Suprema Corte de Justicia mendocina revocó la sentencia de la Séptima Cámara del Trabajo provincial, que había admitido el reclamo del trabajador y declaró la inconstitucionalidad del artículo 58 de ese convenio colectivo. Sostuvo que el mecanismo jurídico a través del cual ese convenio fue celebrado —arbitraje obligatorio— resulta contrario a los Convenios n° 87, 98 y 154 de la OIT que establecen la obligación estatal de abstenerse de toda intervención que menoscabe la libertad sindical. Frente a esa decisión, el actor interpuso un recurso extraordinario federal, que fue concedido.

Con fecha 25 de abril de 2017, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich, dictaminó que en las diferentes rondas de negociaciones colectivas —que tuvieron como base el convenio cuestionado— no vulneran los instrumentos de la OIT. Por tal razón, entendió que correspondía declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia recurrida.

50. “Assuma, Orlando José c/ Supercanal SA s/ despido p/ rec. ext. de inconstit. Casación” - CSJ 382/2016/CS1. Dictamen completo disponible en https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2017/VAbramovich/abril/Assuma_Orlando_CSJ_382_2016.pdf

Principal estándar del dictamen

En materia de interpretación de normas laborales rige el principio pro persona

“[E]n cuanto a las pautas de aplicación de los convenios de la OIT y su relación con las leyes y convenciones colectivas nacionales, la constitución de ese organismo internacional, en su artículo 19.8, establece que ‘En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación’. Esa pauta interpretativa, en virtud del principio de aplicación de la norma más favorable, garantiza que las normas de la OIT, que actúan como pisos mínimos, nunca puedan ser aplicadas para reducir derechos o desmerecer el nivel de tutela alcanzado por la norma interna. Esta regla hermenéutica es coherente con el principio pro hómine o de la efectiva y más plena tutela del derecho social (*Fallos* 333:2306, ‘Álvarez’; 336:672, ‘ATE’, entre muchos otros)”.

 **Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Educación del Chaco c/ Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Provincia del Chaco**⁵¹

Síntesis

En el presente caso se discutió el alcance del derecho de huelga; en particular, si la sustitución de trabajadores huelguistas es un medio proporcional y legítimo para garantizar el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la educación.

El Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Provincia del Chaco emitió la Resolución nº 506/2013, mediante la cual habilitó a los directores regionales, a los responsables de la sub sede regional y/o a las personas que éstos designen a reemplazar a los/as docentes que adhirieran a medidas de fuerza. Aquella resolución había sido dictada a raíz de una medida cautelar solicitada por padres y madres de alumnos/as afectados por una huelga docente. En la resolución que había hecho lugar a esa acción cautelar, el Juzgado del Trabajo de la Ciudad de Presidente Roque Sáenz Peña había ordenado a la provincia que adoptara “las medidas necesarias para garantizar el estado regular de las clases en los establecimientos escolares de educación pública, en forma provisoria y hasta tanto

51. “Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Educación del Chaco c/ Ministerio de Educación, Cultural, Ciencia y Tecnología del Chaco s/ Amparo” - CSJ 2854/2015/RH1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2017/VAbramovich/mayo/Federaci%C3%B3n_Sindicatos_CSJ_2854_2015.pdf

se dictara sentencia definitiva”. La Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Educación del Chaco inició una acción de amparo contra el Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología chaqueño cuestionando la constitucionalidad de los artículos 1 y 3 de la Resolución nº 506/2013.

El Superior Tribunal de Justicia de Chaco desestimó el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Educación del Chaco y con ello confirmó la sentencia de segunda instancia que había declarado la validez de la resolución. Frente a ello, la actora presentó un recurso extraordinario federal que, al ser denegado, motivó la interposición de la correspondiente queja.

Con fecha 24 de mayo de 2017, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Víctor Abramovich Cosarin, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia del Superior Tribunal provincial. En su dictamen sostuvo que la resolución impugnada era inconstitucional porque, si bien el objetivo de garantizar las clases resultaba válido, implicó una limitación de tal intensidad que anulaba el contenido básico del derecho de huelga.

Principales estándares del dictamen

a) El derecho de huelga constituye un derecho autónomo y es un instrumento esencial para el ejercicio de la libertad sindical

“El derecho de huelga, como derecho autónomo e instrumento esencial para el ejercicio de la libertad sindical, encuentra hoy amplio y expreso reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, además de estar previsto en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, se encuentra consagrado en el artículo 8.d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Convenio 87 de la OIT, cuya jerarquía constitucional fue reconocida por la Corte Suprema (*Fallos* 331:2499, ‘ATE’, considerando 5º), y en otros instrumentos internacionales, como el artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

“La huelga constituye uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. Es una medida de acción directa que actúa como instrumento de presión de vital importancia para lograr mejores condiciones de trabajo y reivindicaciones de tipo profesional, en el marco de una relación asimétrica de poder”.

b) El derecho de huelga puede sufrir restricciones razonables y proporcionales para garantizar el ejercicio de otros derechos de la misma jerarquía, entre los que se encuentra el derecho a la educación

“Como todo derecho fundamental, el derecho de huelga puede sufrir restricciones razonables y proporcionales (art. 28, Constitución Nacional; art. 30, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 5, Protocolo de San Salvador; y art. 4, PIDESC; *Fallos* 327:3677, ‘Vizzoti’, considerandos 6° y 7°; 336:1756, ‘Unión Cívica Radical’, considerando 31°), con el fin de garantizar el ejercicio de derechos también fundamentales por parte del resto de la sociedad, entre los que se encuentra el derecho a la educación (arts. 14 y 75, inc. 19, de la Constitución Nacional; art. 13, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”.

c) El derecho de huelga de los trabajadores y el derecho a la educación de niños y sus familias son de igual jerarquía, y los conflictos entre ellos deben resolverse mediante una ponderación adecuada

“Los conflictos entre el derecho de huelga de los trabajadores y el derecho a la educación de los niños y sus familias deben resolverse mediante una ponderación adecuada, teniendo en cuenta que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía y deben ser conciliados con el fin de que subsistan en armónica coherencia (*Fallos* 272:231, ‘Santoro’; 308:789, ‘Campillay’, considerando 5°, 339:323, ‘Boggiano’, considerando 4°, entre muchos otros)”.

d) El derecho de huelga de los trabajadores y el derecho a la educación de los niños y sus familias se encuentran vinculados pues las adecuadas condiciones de trabajo y salariales de los/as docentes son fundamentales para garantizar el derecho a la educación

“Entre esos derechos y los intereses que tutelan existe, además, una profunda vinculación. Tal como se desprende de los artículos 1 y 2 de la ley 26.075 de Financiamiento Educativo, la calidad de la enseñanza comprende las condiciones de trabajo y salariales equitativas y dignas de los docentes, y, al mismo tiempo, un deterioro de estas condiciones produce una directa degradación del servicio educativo en su conjunto”.

e) La sustitución de huelguistas en servicios que no exigen una prestación mínima automática, como es el caso de la docencia, constituye una grave violación a la libertad sindical

“La actividad que regula la resolución ministerial 506/13 —la docencia— no es caracterizada como un servicio público esencial pues, de acuerdo con los términos del artículo 24 de la ley 25.877 se consideran esenciales los servicios sanitarios y

hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control de tráfico aéreo. De modo que, a la actividad educativa no se le aplica automáticamente la exigencia de garantizar un servicio mínimo”.

“En particular, ese Comité se pronunció en un caso presentado contra la Argentina —similar al de autos—, donde se discutía la validez de la decisión de un ministerio de educación provincial de reemplazar a docentes en huelga por docentes suplentes. Si bien las partes encontraron una salida negociada al conflicto, el Comité estimó necesario ‘recordar el principio de que la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical [Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, quinta edición, 2006, párrafo 632], así como la importancia de que los trabajadores que ejercen su derecho de huelga pacíficamente no deberían ser víctimas de intimidación de ningún tipo’ (Comité de Libertad Sindical, Caso num. 2563 [Argentina], Informe definitivo - Informe num. 350, junio 2008)”.

f) La simple comprobación de trastornos o molestias debido a la huelga no es motivo suficiente para restringir ese derecho

“Como afirmó la Corte Suprema en ‘Orellano’, el ejercicio del derecho de huelga lleva ínsita la presión sobre el empleador y genera molestias o trastornos en otros sectores sociales. En ese caso puntualizó: ‘el desarrollo de la huelga provoca una evidente tensión con el ejercicio de los derechos del empleador (libertad de comerciar, de ejercer toda industria lícita, etc.), como así también con derechos de terceros o de la sociedad (de transitar, de enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.) que también cuentan con protección constitucional’ (CSJ 93/2013, L. XLIX, ‘Orellano, Franciso Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A s/juicio sumarísimo’, sentencia del 7 de junio de 2016, considerando 7°). De modo que la simple comprobación de esos trastornos o molestias no es motivo suficiente para justificar una restricción de tal magnitud que convierta la huelga en una vía de acción ineficaz”.

g) La posibilidad de sustituir docentes en un conflicto anula los efectos de cualquier medida de fuerza y priva a la huelga de sus elementos esenciales

“En el presente caso, la resolución 506/13 priva al derecho de huelga de sus elementos esenciales. En efecto, confiere a la autoridad la potestad de reemplazar a

la totalidad de los docentes involucrados en la acción colectiva y sin límite temporal alguno. En consecuencia, la huelga carece de la potencialidad de generar presión sobre el sector empleador ya que la abstención de tareas puede ser neutralizada por la simple sustitución de los trabajadores. Por ello, la resolución, aun cuando persiguiera un fin legítimo, resulta un medio excesivo que anula de modo directo los efectos de cualquier medida de fuerza que adopten los docentes de la provincia”.

I) Derecho de las personas migrantes a la protección familiar

 **Zhang Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones**⁵²

Síntesis

En este caso, entre otras cuestiones, se debatió el alcance del derecho a la unidad familiar como criterio para otorgar la residencia permanente en el país a una migrante.

La Dirección Nacional de Migraciones había rechazado la solicitud de residencia permanente a una mujer de nacionalidad china que tenía una hija nacida en Argentina, por considerar que se encontraba configurada la situación delictual reglada en la ley n° 25.871, al haber presentado documentación falsa.

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata revocó la sentencia de primera instancia e hizo lugar al amparo presentado por la actora, otorgando así la residencia permanente a la migrante. Contra esa decisión, la Dirección Nacional de Migraciones interpuso un recurso extraordinario, que fue concedido solo respecto de la cuestión federal planteada.

El 27 de abril de 2016, el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia, Víctor Abramovich, dictaminó que correspondía rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia de la Cámara Federal de Mar del Plata.

52. “Zhang, Peili c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ amparo ley 16.986”- FMP 8104827112009/CS1. Dictamen completo disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2016/VAbramovich/abril/Z_FMP_81048271_2009.pdf.

Principales estándares del dictamen

a) En el ámbito de procesos migratorios que pueden derivar en la expulsión del país rige un criterio probatorio estricto, por estar en juego derechos fundamentales de la persona

“Este criterio en materia probatoria adquiere mayor relevancia en el ámbito del procedimiento migratorio que puede derivar en la expulsión de una persona del país, desde que se ponen en juego derechos fundamentales de la persona tales como el derecho a la circulación y residencia y el derecho a la libertad personal (arts. 14 y 20, Constitución Nacional; y 7 y 22, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

“En ese sentido, ya en 1967, la Corte Suprema ha sostenido, en el marco del rechazo de una solicitud de residencia permanente por configuración de un impedimento de permanencia, que para justificar una medida de tanta gravedad las decisiones administrativas no pueden basarse en meras afirmaciones o presunciones emanadas de datos poco concretos. Manifestó, además, que ‘el ejercicio de la atribución administrativa de permitir la radicación definitiva de extranjeros en el país no es absoluto y discrecional, al punto que pueda lesionar derechos amparados por la Constitución, y si ello ocurre es misión de los jueces acordar a esos derechos la tutela requerida por el interesado’” (*Fallos* 268:393, considerando 6°, ‘Argüello’).

b) En los procedimientos migratorios se deben asegurar las garantías mínimas del debido proceso y, en especial, la presunción de inocencia

“... [L]a naturaleza de los derechos involucrados demanda que en procedimientos de esta índole deban respetarse las garantías del debido proceso, en especial, la presunción de inocencia (arts. 18, Constitución Nacional, y 8, inc. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos). A su vez, deben reforzarse ciertas garantías básicas de defensa en juicio como consecuencia del desequilibrio procesal en el que se encuentra el migrante ante la autoridad migratoria para desarrollar una defensa adecuada de sus intereses (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC I6/99, 1 de octubre de 1999, párr. 119; acordada CSJN 5/2009 del 24 de febrero de 2009, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, capítulo 1, sección 2da, apartado 6)”.

“Al determinar el contenido de la garantía de debido proceso en la esfera de los procedimientos migratorios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que ‘en ciertos casos en que las autoridades migratorias toman decisiones que afectan derechos fundamentales, como la libertad personal, en procedimientos tales

como los que puedan desembocar en la expulsión o deportación de extranjeros, el Estado no puede dictar actos administrativos o judiciales sancionatorios sin respetar determinadas garantías mínimas, cuyo contenido es sustancialmente coincidente con las establecidas en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención y son aplicables en lo que corresponda. En este sentido, coinciden órganos internacionales de protección de los derechos humanos ('Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia', sentencia, del 25 de noviembre de 2013, párr. 132; en igual sentido, Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 112; Fallos 330:4554, 'Zhang', considerando 8°)".

c) El derecho a la protección de la familia comprende el derecho a la unidad familiar en el contexto migratorio

"... [E]l derecho a la unidad familiar en el contexto migratorio ha sido reconocido como una manifestación del derecho más amplio a la protección de la familia, consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad (arts. 10, inc. 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 9, inc. 1, Convención sobre los Derechos del Niño; y 17, inc. 1, y 11, inc. 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)".

"Este derecho también se encuentra receptado en el artículo 44 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares que prevé que 'Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar, la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio'".

"Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con referencia al derecho a la protección de la familia previsto en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha manifestado que 'la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida (...) este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia' (Opinión Consultiva OC- 21/14 sobre los Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, párr. 264)".

d) El procedimiento de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, puede llegar a configurar una injerencia en el disfrute del derecho a la vida familiar

“... [P]recisó [la Corte Interamericana de Derechos Humanos] que ‘el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de familia —también denominada ‘vida familiar’ en lo sucesivo— forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia’ y destacó que un procedimiento de expulsión o deportación de uno o ambos progenitores, como consecuencia de su condición migratoria, puede llegar a configurar una injerencia en el disfrute de la vida familiar al separar a la niña o al niño de uno o ambos progenitores (Opinión Consultiva OC- 21/14, 011; párr. 265)”.

e) La Ley de Migraciones contiene obligaciones positivas y negativas del Estado tendientes a garantizar el derecho subjetivo de las personas migrantes a la unidad familiar

“... [L]a ley 25.871 consagra un derecho subjetivo de las personas migrantes a la unidad familiar que determina tanto obligaciones positivas del Estado dirigidas a proteger razonablemente la unidad de la familia en el contexto migratorio, como obligaciones negativas a fin de evitar actos de la Administración que puedan ocasionar una injerencia arbitraria o abusiva en la vida familiar por razones migratorias”.

“En línea con este desarrollo conceptual, el artículo 22 de la Ley de Migraciones busca favorecer el asentamiento regular en el país de extranjeros con vínculos familiares, en especial cuando esos vínculos se establecen con ciudadanos argentinos y con extranjeros residentes permanentes. De ese modo, se procura que las variaciones de la condición migratoria de la persona no afecten de forma desproporcionada o irrazonable los derechos familiares de terceros, en particular el normal desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y el disfrute de la convivencia entre quienes lo integran más allá de las diferencias entre los diversos modelos de familia. Ello coincide, a su vez, con el reconocimiento del ejercicio de la reunificación familiar como un objetivo general de la Ley de Migraciones previsto en el artículo 3, inciso d, y con el deber impuesto al Estado en el artículo 10 de esa norma de garantizar el derecho de reunificación familiar de los migrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”.

f) Al ejercer sus facultades administrativas para reconocer el derecho a la residencia permanente, el Estado debe garantizar el derecho a la unidad familiar

“... [S]i bien la autoridad migratoria es la encargada de determinar las vías adecuadas para cumplir con estas obligaciones legales, y puede ponderar en cada caso si se

reúnen las condiciones para reconocer el derecho a la residencia permanente, debe actuar en todos los casos dentro del marco jurídico descripto, en función de los fines que orientan la ley y conforme a las garantías constitucionales”.

“En consecuencia, el reconocimiento de la unidad familiar para acceder a la residencia permanente en el marco del artículo 22 de la Ley de Migraciones no es un asunto discrecional sujeto al arbitrio de la autoridad administrativa. Por lo contrario, al ejercer sus facultades administrativas la autoridad debe cumplir con las pautas objetivas que fija el orden legal y con el derecho a la unidad familiar de raíz constitucional”.

g) El reconocimiento de la residencia tiene como fin garantizar el derecho de niños y niñas a crecer en su país y desarrollar su vida familiar con sus padres

“... [E]n la interpretación del artículo 22 de la ley 25.371, en circunstancias como la del caso en examen, no debe perderse de vista que el reconocimiento de la residencia apunta también a asegurar que una niña que es ciudadana argentina pueda desarrollar su vida familiar en su país conviviendo con sus padres (art. 22, inc.1, Convención sobre los Derechos del Niño), lo que se vería seriamente comprometido si su madre resultara expulsada”.

“En este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que ‘en aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad originaria (...) resulta axiomático que la niña o el niño conserva el derecho a seguir disfrutando de su vida familiar en el referido país y, como componente de ello, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos. La Corte encuentra, en aplicación de los criterios sentados, que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo’ (Opinión Consultiva OC-21/14, cit., párr. 280; en sentido similar, TEDH, ‘Rodrigues da Silva y Hoogkamer vs. Holanda’, demanda 50435/99, sentencia del 31 de enero de 2006, y ‘Úner vs. Holanda’, demanda 46410/99, sentencia de 18 de octubre de 2006, párrs. 55 y ss.)”.



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL

PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL

PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA