

TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

DIRECCIÓN: Carlos F. Balbín



DOCTRINA



JURISPRUDENCIA



LEGISLACIÓN

JUN.
2023

ACCEDÉ A
CONTENIDO
AUDIOVISUAL



GESTIÓN DE COMPRAS PÚBLICAS EN TIEMPOS DE INCERTIDUMBRE

CUPO LABORAL TRANS Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

CONCEPTOS JURÍDICOS "TÉCNICAMENTE DETERMINABLES"

SUSPENSIÓN JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA PROVINCIA
DEL CHACO

GUÍA PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

AÑO VIII | JUNIO 2023

COLECCIÓN COMPENDIO JURÍDICO

TEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

DIRECTOR ACADÉMICO:

CARLOS F. BALBÍN

TEMAS DE DERECHO CIVIL, PERSONA Y PATRIMONIO

DIRECTORAS ACADÉMICAS:

LILY R. FLAH Y SILVIA Y. TANZI

TEMAS DE DERECHO COMERCIAL, EMPRESARIAL Y DEL CONSUMIDOR

DIRECTOR ACADÉMICO:

MARCELO L. PERCIAVALLE

TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA, SUCESIONES Y BIOÉTICA

DIRECTOR ACADÉMICO:

JORGE C. BERBERE DELGADO

TEMAS DE DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTORES ACADÉMICOS:

CARLOS A. TOSELLI Y

PATRICIO J. TORTI CERQUETTI

TEMAS DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

DIRECTORES ACADÉMICOS:

MARIANO H. BORINSKY Y

DANIEL SCHURJIN ALMENAR

TEMAS DE DERECHO PROCESAL

DIRECTOR ACADÉMICO:

CARLOS E. CAMPS

CONSEJO ACADÉMICO

Juan P. Cajarville Peluffo (Uruguay) - Carlos Delpiazzi (Uruguay) -
José Esteve Pardo (España) - Fernando García Pulles (Argentina) -
Sergio Guerra (Brasil) - Ernesto Jinesta (Costa Rica) - Oliver Lecucq
(Francia) - Ernesto Marcer (Argentina) - Miguel Sánchez Morón
(España) - María L. Segovia (Paraguay) - Enrique Sosa Elizeche
(Paraguay) - Mario Spaziano (Italia) - Alejandro Vergara Blanco (Chile)

COMITÉ EDITORIAL

Carlos Andreucci - Claudia Caputi - Oscar Cuadros - Marcelo Duffy -
Rodolfo E. Facio - Gustavo Ferrari - Federico J. Gallo Quintián -
Augusto González Navarro - José L. López Castiñeira - Luis Lozano -
Santiago Maqueda Fourcade - Virgilio Martínez de Sucre - Justo
Reyna - Fabiana H. Schafrik - Guillermo Scheibler - Mirtha Sotelo -
Guillermo Treacy - Susana E. Vega - Blanca Villavicencio -
Rogelio Vincenti

Temas de derecho administrativo VIII / compilación de Ricardo Antonio Parada ;
José
Daniel Errecaborde. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Erreius, 2023.
1200 p. ; 26 x 19 cm.

ISBN 978-987-793-311-6

1. Derecho Administrativo . I. Parada, Ricardo Antonio, comp. II. Errecaborde,
José Daniel, comp.
CDD 342.002

Dirección Nacional del Derecho de Autor. Hecho el depósito que marca la ley 11723.

ISBN 978-987-793-311-6

Sistema patentado, modelos y marcas registrados. Prohibida la reproducción total o parcial por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información, sin autorización escrita del editor.

Los datos, conceptos y opiniones vertidos por autores y consultores no son necesariamente compartidos por la Editorial ni comprometen a los entes u organismos en los que estos se desempeñen.

La renovación de las Obras no se entiende realizada en forma automática.

Errepar SA se reserva el derecho de modificar en todo o en parte la estructura y el contenido del sistema con el objeto de profundizar la eficiencia del mismo. ERREPAR no se responsabiliza por aquellos elementos que (aun haciendo a la eficacia del sistema) no quedan bajo su gestión directa.

Esta edición se terminó de imprimir en los talleres gráficos de Digital Ferreti SAS, Buenos Aires, República Argentina, en junio de 2023

EDITA Y DISTRIBUYE:

©ERREPAR SA

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS.

CENTRO DE ATENCIÓN PERSONAL:

PARANÁ 725 - (1017)

BUENOS AIRES - ARGENTINA

4370-2002

clientes@errepar.com

errepar.com

DOCTRINA

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO

Los conceptos jurídicos “técnicamente determinables” como supuestos de casos debatibles y como supuestos de casos difíciles (una asimilación y una distinción) | 319

M. GABRIELA PANDOLFO

El cupo laboral trans en la Ciudad de Buenos Aires y el principio de igualdad | 337

JUAN M. ATENCIO

Rompiendo el molde: un enfoque antifrágil para la gestión de compras públicas en tiempos de incertidumbre | 347

PANORAMA LOCAL

I PROVINCIA DEL CHACO

LEANDRO N. ZAHRA

Suspensión judicial del acto administrativo en la Provincia del Chaco... | 357

JURISPRUDENCIA

I COMENTADA

FRANCISCO ELISSONDO

Aplicación de la “Guía para juzgar con perspectiva de género en materia electoral” en causas federales de la seguridad social dentro la República Argentina | 387

APLICACIÓN DE LA “GUÍA PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MATERIA ELECTORAL”⁽⁴⁾ EN CAUSAS FEDERALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL DENTRO LA REPÚBLICA ARGENTINA

Francisco Elissondo⁽⁵⁾

I - Propuesta

El objetivo de la propuesta es compartir un ejercicio práctico en el uso de la “*Guía para juzgar con perspectiva de género en materia electoral*” aplicada puntualmente sobre tres sentencias dictadas en el fuero federal de la República Argentina en materia de seguridad social.

El documento propone instrumentar 4 pasos para juzgar con perspectiva de género en materia electoral. Por ello, en la confección del presente trabajo se requirió el esfuerzo para adaptar la materia aplicable y su aspecto temporal, por cuanto las pautas fueron concebidas como un mecanismo a ser utilizado durante el proceso judicial.

A su vez, se intentará dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿las sentencias seleccionadas dieron cumplimiento con los mecanismos que la “Guía” propone? ¿Los 4 pasos propuestos resultan eficaces para juzgar con perspectiva de género?

Las resoluciones judiciales escogidas fueron “O., B. N. c/Estado Nacional - Agencia Nac. de Discapac. s/amparo ley 16986”⁽⁶⁾, “Reynoso, Alicia Mabel c/EN Min. de Defensa - Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”⁽⁷⁾ y “V. S. A. c/ANSeS s/amparos y sumarisimos”⁽⁸⁾.

II - Herramientas y alcance

A modo de introducción y para quienes aún no hayan tenido la oportunidad de acceder a la “Guía”, seguidamente se mencionan sintéticamente sus alcances y herramientas.

(4) “Guía para juzgar con perspectiva de género en materia electoral”. Coord.: magistrada Mónica Aralí Soto Fregoso (presidenta del Observatorio de Igualdad de Género de la Red Mundial de Justicia Electoral). Coautoría: Ann Ravel, Francisco Guerrero Aguirre, María Noel Vaeza, Roxana Silva Chicaiza, Rumbidzai Kandawasvika-Nhundu y Simona Granata-Menghini, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Red Mundial de Justicia Electoral, México, octubre/2022

(5) Abogado (UBA). Magíster en Derecho Comercial y de los Negocios (UBA). Tesis calificada sobresaliente con mención especial. Director general de Recursos Humanos y administrador del Fondo Compensador de Jubilaciones y Pensiones de la Legislatura en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Autor del libro “Sanciones civiles disuasivas y la empresa comercial” y coautor del libro “Marketing digital y protección del consumidor”, ambos publicados en 2022

(6) “O., B. N. c/Estado Nacional - Agencia Nac. de Discapac. s/amparo ley 16986” - Cám. Fed. Córdoba - 4ª Circunscripción - Sala B - 12/4/2021 - Cita digital IUSJU004874F

(7) “Reynoso, Alicia Mabel c/EN - Min. de Defensa - Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.” - Cám. Fed. Seg. Soc. - Sala II - 6/5/2021 - Cita digital IUSJU005251F

(8) “V. S. A. c/ANSeS s/amparos y sumarisimos” - Cám. Fed. Seg. Soc. - Sala III - 12/7/2022 - Cita digital IUSJU017568F

El paso 1 trata sobre el análisis de los hechos. Se propone examinarlos en dos niveles: el general y su contexto. El general procura identificar las circunstancias de las partes traídas a juicio (las acciones que originaron el conflicto, lugar, tiempo, modo, la identificación de situaciones de violencia, las peticiones de las partes y el derecho invocado). En el análisis del contexto se requiere indefectiblemente de un enfoque interseccional sobre las personas involucradas en el proceso para visualizarlas dentro de su realidad social y particular.

El paso 2 es la determinación del derecho aplicable al caso. Allí, se procura buscar la razón de género, la violencia de género, la identificación de estereotipos y la recategorización del derecho.

El paso 3 apunta a la argumentación. En este momento, corresponderá identificar el contenido esencial de los derechos humanos involucrados, las obligaciones generales y la ponderación de los derechos involucrados junto con la evaluación de su impacto.

Luego, habrá que hacer uso de herramientas argumentativas, entendidas como el control de constitucionalidad y convencionalidad, la valoración probatoria con perspectiva de género, la aplicación del derecho recategorizado en relación con los hechos y el análisis jurídico empático.

El paso 4 es la etapa de la decisión. En esta instancia, la “Guía” destaca a la celeridad como uno de sus principios rectores y plantea la eventual conveniencia de tomar decisiones durante la tramitación de la causa a través de medidas cautelares y de protección para conseguir la tutela preventiva. Seguidamente, sobre las sentencias definitivas se analizan las medidas de reparación integral adoptadas⁽⁹⁾, su publicación y el seguimiento del cumplimiento.

En este punto, habrá que considerar el concepto y alcance del plazo razonable previsto en el artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que dispone que *“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”* y la aplicación de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuesta en el caso “Muelle Flores vs. Perú”.⁽¹⁰⁾

(9) Resulta aplicable la doctrina de la Corte IDH en materia de reparación integral. “Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México”, 16/11/2009. *“La Corte recuerda que el concepto de ‘reparación integral’ (‘restitutio in integrum’) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado ... las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación”*

(10) Autos: “Muelle Flores vs. Perú”, Corte IDH, 6/3/2019. En los Consids. 154 y 155 expuso: *“...La Corte ha considerado en su jurisprudencia constante que una demora prolongada en el proceso puede llegar a constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales, lo cual también es aplicable a los procedimientos de ejecución de sentencias judiciales firmes. El Tribunal ha señalado que la*

Complementariamente, la “Guía” define las herramientas indispensables para abordar asuntos judiciales con perspectiva de género (interseccionalidad, transversalidad, debida diligencia, no revictimización y protección de datos personales, patriarcado, sensibilización, sesgos de género, subordinación, sexo y género) y distingue aspectos del derecho a la igualdad (de género, de oportunidades, estructural o social, jurídica o formal y real o sustantiva).

III - Ejercicio

1. Autos: “O., B. N. c/Estado Nacional - Agencia Nac. de Discapac. s/amparo ley 16986”, Cámara Federal de Córdoba, Sala B, 12/4/2021

Paso 1 (hechos)

La actora es una mujer trans de 30 años, trabajadora sexual que padece HIV, hepatitis “A”, sífilis, toxoplasmosis e infecciones de partes blandas asociadas a la silicona. La amparista solicitó una pensión no contributiva en la Agencia Nacional de Discapacidad, que fue rechazada. El Juzgado Federal N° 2 de Córdoba tampoco hizo lugar a la solicitud y confirmó la decisión administrativa.

En la Cámara Federal se hizo un adecuado análisis sobre los hechos y su particular contexto, en donde se tuvo presente que la accionante había atravesado situaciones de carencia económica y falta de contención emocional en su ámbito familiar. Además, se consideró su precaria situación socioeconómica.

En esa línea, se tuvieron en cuenta las recomendaciones de Naciones Unidas mencionadas en los considerandos del decreto 721/2020 sobre las medidas intersectoriales aplicables a la ley de identidad de género para mejorar el acceso a la educación, la atención de la salud, el empleo, la vivienda, el crédito, las becas y otras oportunidades, incluidas modalidades alternativas de trabajo y empleo para las mujeres transgénero.

Paso 2 (derecho)

La accionante solicitó la pensión no contributiva prevista en la ley 13478, invocó las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad⁽¹¹⁾ y convenciones internacionales con jerarquía constitucional.

ejecución de una sentencia emitida por cualquier tribunal debe, por tanto, ser entendida como parte integral del ‘juicio’. Es decir que, un retraso injustificado en la ejecución de una sentencia judicial puede implicar la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. El Tribunal estima que, ‘como el cumplimiento debe ser considerado parte integrante de los procedimientos, este derecho debe entenderse en conjunción con la exigencia de una decisión pronta cuando se examina la duración de un juicio o procedimiento’. El Tribunal ha establecido que la evaluación del plazo razonable se debe analizar en cada caso concreto, en relación con la duración total del proceso, lo cual podría también incluir la ejecución de la sentencia definitiva. De esta manera, ha considerado cuatro elementos para analizar si se cumplió con la garantía del plazo razonable, a saber: i) la complejidad del asunto, ii) la actividad procesal del interesado, iii) la conducta de las autoridades judiciales, y iv) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso...”

(11) Ac. (CSJN), 24/2/2009 sobre las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana

Por su parte, la Cámara Federal de Córdoba para resolver el caso citó las siguientes normas y documentos: leyes nacionales 13478, 15705, 16472, 18910, 20267 y 24241, decreto 432/97, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las observaciones generales 4, 19 y 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género⁽¹²⁾, la Primera Encuesta sobre Población Trans 2012⁽¹³⁾, los Principios de Yogyakarta⁽¹⁴⁾, la resolución 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulada “Pandemia y derechos humanos en las Américas”.

Paso 3 (argumentación)

En la apelación la actora se agravió por entender que se había juzgado en Primera Instancia sin perspectiva de género. En este punto, la demandada sostuvo que la cuestión de género no había sido introducida en la demanda y que no podía tener asidero en la Segunda Instancia.

En respuesta, la Cámara sostuvo que juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral, ético y que se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, relativo a las declaraciones de derechos humanos.

A partir de ello, se recogieron las conclusiones de los informes del equipo interdisciplinario del Ministerio de la Defensa agregados en el expediente en donde se había concluido que su actividad laboral fue producto de la exclusión social a la cual había sido expuesta desde su infancia y que esa actividad fue la causa de las patologías físicas y psicológicas.

Para resolver la causa se indicó que si bien no se había acreditado el porcentaje de incapacidad física requerido legalmente existía una imposibilidad de acceder al mercado laboral ponderando la situación social, económica, familiar y de salud.

En el desarrollo de sus argumentos, la Cámara consideró que las personas travestis, transexuales y transgénero tienen dificultades para disfrutar del efectivo ejercicio del derecho a la salud, a la educación, a una vivienda digna, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, así como también a la protección frente al desempleo, sin discriminación alguna, y que el ejercicio se ve obstaculizado por un patrón sistemático de desigualdad que afecta particularmente a este colectivo, la cadena de exclusiones y discriminación que sufren desde la niñez incide directamente en su capacidad de gozar plenamente de los derechos humanos.

(12) Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, Consejo de Derechos Humanos, 17/11/2011

(13) Primera Encuesta sobre Población Trans 2012: Travestis, Transexuales, Transgéneros y Hombres Trans. Informe técnico de la prueba piloto. Municipio de La Matanza, 18 al 29/6/2012, septiembre/2012, INDEC, INADI

(14) Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Reunión de especialistas realizada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9/11/2006

Paso 4 (decisión)

Junto con la acción de amparo se solicitó una medida cautelar que había sido rechazada tanto en Primera Instancia como en la Cámara Federal de Córdoba.

En la causa se hizo lugar al amparo y se ordenó el pago de la pensión no contributiva prevista en la ley 13478.

En relación con el cumplimiento se fijó un plazo de 10 días hábiles para otorgar el beneficio de la pensión no contributiva y el pago de manera mensual en lo sucesivo. Se impusieron las costas del proceso a la demandada vencida.

Finalmente, la sentencia fue oficialmente publicada y tuvo difusión en distintos medios y portales. También tuvo repercusiones en el ámbito académico.

2. Autos: “Reynoso, Alicia Mabel c/EN Min. de Defensa - Fuerza Aérea Argentina s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg”, Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II, 6/5/2021

Paso 1 (hechos)

Alicia Mabel Reynoso como integrante de la Fuerza Aérea de la República Argentina formó parte de la Brigada Aérea IX y prestó funciones como enfermera en el hospital de campaña reubicable de Comodoro Rivadavia durante el conflicto bélico de Malvinas ocurrido entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982. Por ello, reclamó ser considerada excombatiente con el derecho a percibir el beneficio previsto en la ley 23109 y en el artículo 1 del decreto 1244/99, el cual no le había sido otorgado por la Fuerza Aérea Argentina pese a su solicitud.

Se recordó que cada Fuerza Armada tiene su propia normativa en razón de la cual se determinan los requisitos que deben cumplirse para que una persona pueda ser calificada como “veterano de guerra”.

En el análisis de los hechos se describió con amplitud los sucesos ocurridos que dieron lugar al reclamo efectuado, así como el contexto de la petición judicial de Reynoso.

Paso 2 (derecho)

En el caso se solicitaron los beneficios de la ley 23109 y del decreto 1244/99 y en el marco del fallo analizado se invocaron las siguientes normas: la ley 26485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, el Convenio de Ginebra y se mencionaron las obligaciones e implicancias previstas en el artículo 75, inciso 23), de la Constitución Nacional.

Paso 3 (argumentación)

De la prueba agregada se valoró la documentación emitida por el departamento de Malvinas de la Fuerza Aérea Argentina y el Congreso de la Nación Argentina que permitió acreditar que Reynoso efectivamente prestó tareas de apoyo operativo y logístico en la zona de despliegue continental durante el conflicto del Atlántico Sur.

Adicionalmente, se analizaron los tres requisitos (pauta temporal, ámbito geográfico y acción bélica) previstos en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación “Gerez Carmelo Antonio c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ impugnación de resolución administrativa - proceso ordinario”, “Arfinetti Víctor Hugo c/ Estado Nacional - Ministerio de Defensa Ejército Argentino y otro s/ acción declarativa de certeza” y “Álvarez, Omar Ángel y otros c/ Est. Nac. (Mrio. de Defensa) s/ diferencia salarial - medida cautelar”.

Acertadamente, la Cámara desarrolló acápites específicos sobre “Igualdad y Discriminación” y “Perspectiva de Género”, en donde se destacó la garantía del principio de igualdad previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional en relación con otras mujeres enfermeras reconocidas como veteranas de guerra por haber cumplido funciones de enfermería a bordo de buques hospital y sobre la necesidad de adoptar una correcta perspectiva para resolver controversias judiciales.

Bajo tales premisas, se puntualizó el mandato constitucional vinculado con las medidas de acción positiva para la protección de los cuatro colectivos entre los cuales están las mujeres, de acuerdo con en el artículo 75, inciso 23), de la Constitución de la República Argentina.

Asimismo, se argumentó que la exclusión de la labor de enfermería llevó a invisibilizar la contribución de mujeres en el esfuerzo bélico, lo que constituye mantener estereotipos de género que resultan discriminatorios. En el punto, se insistió en la obligación legal sobre la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género, dispuesta en el inciso e) del artículo 2 de la ley 26485.

Paso 4 (decisión)

En Primera Instancia se admitió la acción tendiente al reconocimiento del beneficio y el fallo fue confirmado por la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

La decisión del Tribunal se tomó dentro de un procedimiento ordinario que había sido iniciado en el año 2010 y en donde la sentencia definitiva recayó en el año 2021. No se adoptó un proceso abreviado ni tampoco se dictaron medidas cautelares.

Cabe destacar la causa análoga caratulada “Morales, Stella Maris c/ EN - Min. de Defensa - Fuerza Aérea Argentina s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.” resuelta en fecha 15/7/2021 en igual sentido por la misma Sala.

Finalmente, hay que destacar que el fallo tuvo difusión pública en distintos medios periodísticos y repercusiones en el ámbito judicial y académico.

3. Autos: “V. S. A. c/ ANSeS s/ amparos y sumarísimos”, Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala III, 12/7/2022

Paso 1 (hechos)

Luego de diversos tratamientos médicos y ante la imposibilidad de concebir biológicamente, la accionante junto con su marido contrataron una subrogación de vientre en una clínica con sede en Ucrania. La actora informó que debía viajar al mencionado país para recibir al bebé y donde estimaba permanecer entre 45 y 60 días. Su empleador, SAFER SACIF, había otorgado la licencia por maternidad.

A partir de allí, la actora solicitó al organismo previsional el pago de la asignación familiar durante los 90 días de la licencia por maternidad contemplada en el artículo 11 de la ley 24714, la cual denegada por parte de la ANSeS.

Sobre el análisis del contexto, la magistrada interviniente de la Primera Instancia consideró que era de público conocimiento la cantidad de familias que no pueden concebir hijos de manera natural, que las llevan a recurrir a tratamientos de fertilidad o de subrogación de vientre permitida y legislada en varios países. Y explicó que, debido a que en la República Argentina no se ha legislado sobre esta técnica, muchas familias optan por realizar la práctica de subrogación en los países donde se encuentra regulada.

En el relato de los hechos se efectuó una contextualización adecuada con los detalles de los tratamientos médicos y la imposibilidad de concebir biológicamente que permitió visualizar las circunstancias dentro de su realidad social y particular.

Paso 2 (derecho)

Las normas aplicadas al caso fueron el Código Civil y Comercial de la Nación (L. 26994), con referencia a los artículos 558 y 560 a 564, la ley del Régimen Nacional de Asignaciones Familiares (L. 24714), ley de contrato de trabajo (L. 20744), la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y disposiciones de la Constitución Nacional.

Paso 3 (argumentación)

En la sentencia de Cámara se mencionaron varios aspectos abordados en la Primera Instancia en donde se destacaron los derechos humanos implicados (el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a fundar una familia, el derecho a la persona por nacer a desarrollarse en el seno de una familia, el derecho a la autonomía reproductiva, al goce de los beneficios del progreso científico, a la igualdad ante la ley para permitir la planificación familiar y el pleno respeto al principio de no discriminación). Adicionalmente, se tuvieron en cuenta determinados principios del derecho de la seguridad social: integralidad, igualdad, universalidad, *indubio pro personae*.

En la Cámara se afirmó que el otorgamiento de la licencia por maternidad busca proteger la salud de la madre gestante, pero también la salud y el bienestar del niño. Y que la licencia por maternidad y su asignación familiar constituyen instrumentos para garantizar la integración de la familia, el cuidado del niño y la vinculación afectiva con sus padres.

Conforme la normativa internacional y nacional aplicable se destacó el interés superior del niño o niña, sin importar la existencia de un vínculo biológico en tanto se busca proteger la salud de la madre gestante, pero también tiene directa relación con la salud y el bienestar del niño, siendo vital su atención primaria en los primeros meses de vida.

En la argumentación jurídica, la Cámara efectuó un adecuado control de convencionalidad de las normas locales, al determinar que la carencia de normas sobre licencia y pago de asignación específica colisiona con el Código Civil y Comercial de la Nación y con la protección de las normas internacionales.

Concluye el fallo: “...Esta ‘protección’, conformada por las asignaciones prenatal, por maternidad y por hijo responde al mandato del artículo 75, inciso 23), de la CN cuando establece que corresponde al Congreso ‘dictar 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’. También atiende a lo dispuesto por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. El objetivo del instituto

es proteger a la mujer trabajadora frente a una contingencia tal como el embarazo y/o el posterior nacimiento de un hijo. Hay momentos trascendentes en la vida, en que la pausa en la actividad resulta absolutamente necesaria para hacerse cargo de circunstancias especiales de índole familiar, como lo es el nacimiento de un hijo, no debiéndose distinguir si la madre es la gestante o no. Así las cosas, el objeto de la licencia con el consecuente pago de la asignación...”.

Paso 4 (decisión)

En la sentencia de Primera Instancia, el Juzgado Federal N° 7 del Fuero de la Seguridad Social de la Capital Federal hizo lugar al amparo e impuso las costas a la ANSeS. En el mismo sentido, la Cámara confirmó la resolución dictada en la acción de amparo estableciendo que se debía otorgar la asignación derivada de la aplicación directa de los artículos 177 de la ley 20744 y 11 de la ley 24714. El plazo fijado para el cumplimiento fue determinado en 10 días. Además, fue oficialmente publicada y se dio difusión en medios de comunicación.

La Sala III mencionó el antecedente análogo caratulado “T. J. c/ANSeS s/amparos y sumarísimos”, de fecha 5/5/2022, resuelto en igual sentido.

Por último, remarcamos la celeridad para resolver la causa iniciada el 7/2/2022, con sentencia de Primera Instancia el 22/3/2022 y de Cámara el 12/5/2022.

IV - Conclusiones

Las tres sentencias presentadas tuvieron como denominador común el abordaje con perspectiva de género en causas judiciales sobre seguridad social. Sin embargo, las partes perseguían distintas prestaciones para atender a diversas contingencias tuteladas en el derecho positivo.

Las resoluciones analizadas utilizaron parcialmente los mecanismos que la “Guía” sistematizó con matices y complejidades propias a cada situación. Hay distintos grados en la descripción de los hechos, su contexto, en la normativa aplicable, en la argumentación y diferencias en cuanto a la celeridad para resolver las causas.

La correcta contextualización de los hechos, el control de convencionalidad de las normas locales, la valoración de la prueba con perspectiva de género que permite justificar la inversión de la carga de la prueba en favor de las personas vulnerables son instrumentos esenciales para arribar a sentencias que tutelen adecuadamente los derechos humanos de los justiciables.

Los 4 pasos propuestos y las herramientas definidas constituyen un instrumento eficaz que permite juzgar de manera adecuada, con rigor técnico y perspectiva de género, más allá de la materia electoral.

Evidentemente, la “Guía” sirve para orientar a la magistratura con pautas claras que pueden ser tenidas en cuenta al momento de llevar adelante procesos sobre distintas materias.

Lo anterior no obsta que se pueda pensar en el diseño de un protocolo específico para la aplicación en el ámbito federal de la seguridad social donde se contemplen sus principios, realidad y características propias.