

AUTOS: “O., D. H. c/EN s/AMPAROS Y SUMARISIMOS”

*EXPEDIENTE N° CAF 38976/2017
JUZGADO N° 10*

DICTAMEN N° /17

FISCALÍA N° 1

Sra. Juez:

I.- Se corre vista a este Representante del Ministerio Público Fiscal de las presentes actuaciones y de la cautelar.

II.- En forma preliminar y a los fines de un mejor ordenamiento del presente dictamen, considero prudente referirme al carácter y representación invocada por la amparista y sus colaboradores.

En autos se presentan:

*a.- La Sra. **D. H. O.**, en su carácter de madre y representante legal de su hijo, conforme lo dispuesto en los autos caratulados: “G., J. C. s/Insanía”, que tramitan por ante el Juzgado de Familia N° 2, Secretaría única, quien resulta damnificado directo por la pérdida de un derecho adquirido. Asimismo, invoca la representación de todas las personas que poseen una pensión no contributiva y que, como consecuencia de ello, a su vez poseen Incluir Salud como programa de prestaciones de salud.*

*b.- Los Sres. **Sergio Tomás Massa** y **Daniel Fernando Arroyo**, ambos invocando el carácter de apoyos extrajudiciales en los términos del artículo 43 del Código Civil y Comercial de la Nación¹, con el objeto de asegurar la*

¹ CCyC. Parágrafo 2°. Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad. ARTICULO 43.- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

“Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

accesibilidad de procedimiento y ajustes razonables en los términos de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.

En las presentes, la actora incoa acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional y de la ley 16.986, contra el Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional), persiguiendo la declaración de inconstitucionalidad de la disposición N° 549, del artículo 9 de la ley 18910, y de su Decreto Reglamentario N° 432/97.

Solicita a su vez, en los términos de la ley 26.854, el dictado de una medida cautelar innovativa por la que se disponga la suspensión de la resolución o disposición que dispuso la supresión del derecho a las pensiones no contributivas, tanto a favor de su representado, como así también para todas las personas con discapacidad que cobran la pensión no contributiva y tienen como respuesta social, el plan público Incluir Salud.

Funda la pretensión desde el análisis de su caso individual, y también, desde el colectivo.

a.- Bases fácticas del caso personal.-

La amparista explica que su hijo nació con un retraso mental moderado, que cursó la escolaridad en la Escuela Especial 502 de Gral. Pacheco, pasando luego a la escuela laboral para personas con discapacidad, donde pasaba música y hacia trabajo de jardinería.

Posee certificado de discapacidad vigente (el cual adjunta), con fecha de otorgamiento 17 de Noviembre de 2014 y vencimiento el 14 de Noviembre de 2019.

Detalla que, como consecuencia de su discapacidad, el Estado Nacional desde el año 2013, hizo efectivo su derecho humano a la alimentación y a la salud, al concederle una pensión que alcanza los \$

“El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

4.000, con más el derecho de hacer uso del Programa Federal de Salud, (antes denominado PROFE, hoy “Incluir Salud”), con el cual trata sus necesidades de rehabilitación médica.

Explica que dicho monto se adiciona a la jubilación mínima que cobra la firmante del presente amparo, sumas con las cuales ambos deben comer, vestirse, pagar los impuestos, luz, gas, etc.

En tal sentido, expresa que la suspensión que denuncia como inconvenencial e inconstitucional pone en riesgo el sustento mínimo del grupo familiar.

Ello, por cuanto explica que la cancelación o suspensión de la pensión no sólo produce el cese de la percepción de la escueta suma antes citada, sino que genera un daño más grave, como lo es la pérdida de la cobertura médica social PROFE (PROGRAMA FEDERAL DE SALUD el cual ha mutado su nombre por Incluir Salud), lo cual le impide continuar con todos y cada uno de los tratamientos de habilitación y rehabilitación médica a los que tiene derecho, máxime en los términos de la ley 24.901, como así también a los remedios que compensan la misma.

Explica que su salud ya ha comenzado a deteriorarse a partir de esta quita de la pensión.

Denuncia obrar de mala fe por parte del Estado Nacional, fundado en el carácter imprevisto de la notificación del cese del beneficio, a través de una nota fechada en el mes de febrero y recibida en el mes de junio, en la cual se comunicaba la suspensión y al mismo tiempo, al pie de la misma, la baja definitiva en lo que entiende constituye una clara contradicción.

b.- Violación del procedimiento administrativo, tanto para su caso individual como grupal.

La accionante afirma que en autos existe sin lugar a dudas, y para todos los casos, tanto el suyo como el de todo el colectivo afectado,

ausencia en el procedimiento administrativo del derecho a defensa en juicio establecido en la Carta Magna, como así también en el artículo 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

El procedimiento administrativo en el caso particular, como así también en el de cada una de las 70.000 pensiones dadas de baja, debió requerir de un estudio previo, de una intimación dirigida a quien tenía su derecho adquirido, y del ejercicio del derecho de defensa dentro del mismo expediente administrativo.

Sostiene que el Estado Nacional, por una decisión unilateral violentó los derechos adquiridos, y a su vez el derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones, ya que la Administración pública para tomar una decisión como la denunciada, debe iniciar un expediente correspondiente de revisión de cada caso en particular, notificando la decisión a la persona, a fin de que la misma pueda dentro del propio procedimiento administrativo ejercer el derecho de defensa, extremo que en este caso colectivo, no se ha cumplido.

Afirma que este derecho de defensa, no termina solamente en el propio procedimiento administrativo que tiene medidas cautelares para evitar el daño, sino que da a su vez un espacio de revisión mediante recursos ordinarios por ante la Justicia Ordinaria.

Sostiene que esos derechos han sido violentados, lo que coloca en una situación de grave vulnerabilidad tanto al amparista como a todos y cada uno de los integrantes del grupo frente al Estado.

c.- Inconstitucionalidad de las normas invocadas por el Estado Nacional, tanto para el caso personal como el colectivo.

La amparista afirma que la Disposición N° 549, y el artículo 9 de la ley 18.910 y su Decreto Reglamentario N° 432/97, resultan contrarias a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

En particular, denuncia violación a la:

1.- Prohibición de regresión:

Denuncia violación al precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, individualizado como “Furlán y familiares vs. Argentina” del 31 de agosto de 2012 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Afirma que la prohibición de regresión, al importar la restricción a un derecho adquirido, debería seguir los lineamientos de las restricciones legítimas o permitidas (art. 30 CADH) y de la Opinión Consultiva N° 5 de la Corte IDH, la cual establece que debe ser una “restricción necesaria”. Por ello, entiende que la quita del derecho a la pensión no contributiva y el derecho al Programa Federal de Salud, tanto de su hijo, como de todas las personas con discapacidad que tienen una pensión no contributiva, implica una clara violación del derecho humano a la dignidad de las personas con discapacidad.

2.- Dignidad humana:

Denuncia violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual consagra la dignidad de la Persona Humana, en su artículo 1.

Afirma que el hecho de la suspensión del cobro del derecho a la pensión no contributiva, y su consecuente derecho a la salud, tiene como objetivo claro violentar el derecho humano a la dignidad eje central del modelo social de la discapacidad, y por ende del sistema de protección universal e interamericano de derechos humanos.

3.- Discriminación por motivos de discapacidad:

Explica que la clave en materia de derechos humanos es la indivisibilidad de los mismos, es decir que el derecho al cobro de una suma

de dinero, que le corresponde para su alimentación no es indivisible del derecho a la salud, del derecho a la educación, del derecho a la calidad de vida, todo ello en términos de la Observación General Nro. 14 del Pacto de los Derechos Económicos Civiles y Culturales.

En materia de discapacidad, el Comité del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC) en su Observación General Nro. 5 (11 Período de Sesiones, 1994), respecto de las Personas con Discapacidad, consideró discriminaciones directas o “sútiles” a aquéllas que impiden el disfrute, goce y ejercicio de los derechos humanos, y de formas.

Cita múltiples disposiciones que entiende respaldan su posición respecto de que la pérdida del derecho a la pensión no contributiva de las personas con discapacidad, y el derecho a la salud, en los términos del Programa Incluir Salud, implican una discriminación por motivos de discapacidad, en clave con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

4.- Personas con discapacidad y ausencia del derecho al trabajo:

Explica que uno de los fenómenos más importantes en las transformaciones sociales que ha introducido el neo capitalismo, es el aumento significativo de la desigualdad social, y con esta desigualdad ha nacido una nueva organización del trabajo. Esto ha generado la aparición de un nuevo fenómeno social, cual es el de la exclusión de la participación en el ciclo productivo. Sostiene que en este sentido, el mercado laboral desde esta perspectiva neo capitalista, ve disminuir la cantidad de puestos de trabajo solo para aquellos que se identifiquen totalmente con la empresa y sus requerimientos de reconversión permanente, naciendo como efecto la precariedad laboral, que va desde condiciones no registradas de trabajo, trabajos temporarios hasta trabajo esclavo. Este fenómeno de exclusión crea una división clara entre una sociedad pensada en el “Estado de

Bienestar” donde todas las personas están incluidas en los procesos de ascenso social, a una sociedad horizontal donde el significante va a ser la distancia existente respecto del centro de la sociedad.

Sostiene que una de las principales barreras que tienen las personas con discapacidad es el acceso a un trabajo digno, por detallados motivos en el proceso de educación que desarrolla en su presentación, con estadísticas y normativa internacional.

De allí que entienda que todas las normas del sistema de protección universal e interamericano de derechos humanos obliga a los Estados Partes a tomar distintas medidas de protección, dentro de las que se encuentran “adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole”, para erradicar la discriminación y favorecer la participación efectiva y plena de las personas con discapacidad en todos los aspectos de su vida.

Afirma que en el caso de autos, la Persona con discapacidad no tiene acceso a la educación, por ende no tiene acceso a un trabajo digno, y a la adquisición de productos mínimos para su alimentación, vestimenta, vivienda, salud, que tampoco permiten el acceso al derecho a la salud al no tener a partir del actuar ilegal del Estado, acceso al Programa Incluir Salud.

5.- Derecho a la salud:

Afirma que se viola el deber constitucional a otorgar el más alto nivel de salud, y el derecho a la vida, en términos del art. 42, y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Explica que garantizar la “vida digna” en términos de los mayores estándares de salud, ha sido la prioridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha sostenido que garantizar el derecho a la salud, implica garantizar el derecho a la integridad personal.

Cita el caso “Comunidad Yakya Axa”, donde la Corte Interamericana consideró que el Estado de Paraguay había violado el artículo 4.1 de la Convención “por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna” después de haber establecido que el concepto de una vida digna incluye, entre otras cosas, el respeto al derecho a la salud.

Afirma que en la República Argentina, el Estado delega en el Sistema Nacional de Seguro de Salud, la prestación del servicio en términos del art. 42 de la Constitución Nacional (ley 23660, 23661, y 26.682); esta responsabilidad Estatal delegada, como bien público convierte a los prestadores de los servicios de salud, en responsables en los términos de la ley 24.240 y 25.156.

Cita distintos precedentes de la CSJN que consagran la adecuación normativa que implican los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

6.- Violación del Modelo Social de la Discapacidad impuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, denominado “Modelo Social de la Discapacidad”.

Explica que la normativa citada es muy clara, “el Estado debe garantizar a la persona con discapacidad la atención de salud que su patología requiere”, y de no hacerlo, se estaría violentando lo establecido en la Convención respectiva.

Afirma que el control de convencionalidad no se realiza solo sobre las normas, sino también sobre las prácticas internas, que no se encuentren de acuerdo a las normas del Sistema de Protección de Derechos Humanos.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció las directrices en el caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12

de agosto de 2008. Serie C No. 186, párrs. 180–181”, interpretando que la “adecuación de los preceptos locales ...implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías, criterio que ya había sido fijado con anterioridad... ”.

En síntesis, se denuncia la violación de los arts. 43, 17, 14, 75 inc. 22 y concordantes de la Constitución Nacional, leyes 26.378, 25.280, 26.682, Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención Americana de los Derechos Humanos; Observación General N° 14 del Comité del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Observación General N° 5 y 13, 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (O.N.U.); art. 27 y concordantes de la Convención de los Derechos de los Tratados de Viena (1969); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (ONU); resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/61/106; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Delineadas las circunstancias fácticas de autos y los fundamentos de la accionante en relación a su pretensión, corresponde me expida en torno a la temática traída a vista.

III.- Con relación a la competencia, previo a expedirme, corresponde mencionar que a fs. 44 la Magistrada a cargo del Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11, haciendo suyos los argumentos

del Ministerio Público Fiscal, resolvió a favor de la competencia de esta Justicia Federal de la Seguridad Social, extremo que aquí he de ratificar por los motivos que paso a explicar y en atención a la particular materia objeto de debate.

A fin de lograr una respuesta ordenada y acabada, en primer término cabe destacar que la competencia es la capacidad o aptitud que la ley reconoce a cada órgano o conjunto judiciales para ejercer sus funciones con respecto a una determinada categoría de asuntos o durante determinada etapa del proceso (Conf. Palacio Lino E. "Derecho Procesal Civil", TII, pág. 369, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1994).

Dicha potestad judicial se ha distribuido mediante la aplicación de diversos criterios que responden a la necesidad de repartir el trabajo entre los diversos órganos judiciales fijándose en concreto, cuál de dichos órganos debe conocer en el asunto con exclusión de los restantes.

En tal sentido la competencia se distribuye en función del criterio territorial, que atiende a los problemas emergentes de la extensión geográfica del territorio y procura solucionarlos a través de reglas en cuya virtud se divide a éste en distintas circunscripciones territoriales.

El criterio funcional, por último, contempla las diversas etapas de que consta todo proceso y la posibilidad de que en cada una de ellas intervenga un órgano distinto, cuyas actividades han de adecuarse a la naturaleza de la etapa de que se trate.

El aspecto objetivo, tiene en cuenta la naturaleza jurídica de las cuestiones debatidas en el proceso (criterio cualitativo, competencia en razón de la materia) por un lado, y el valor del objeto litigioso (criterio cuantitativo) por el otro.

En lo atinente a este último, resulta oportuno apuntar que el art. 5º del CPCCN, en su primer párrafo establece que la competencia se determinará por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda; y los Dres. Finochietto-Arazi, comentándolo sostienen que: "Que

la ley 22.434 -de reforma del CPCCN- ha recogido uniforme jurisprudencia al ordenar que la competencia del juez de la causa se determinará por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda ... y que los hechos afirmados por el actor están destinados, en primer término a ser cotejados por el juez con los preceptos legales que fijan su competencia, a fin de concluir si corresponde conocer en ella o no” (Fenochietto-Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pág. 55/56, Ed. Astrea, Bs. As. 1983).

Cabe señalar en primer término que, para decidir cuestiones de competencia debe estarse siempre a los hechos y el derecho invocados en la demanda, siempre claro está, que la relación de los mismos no resulte arbitraria y/o caprichosa o se encuentre en pugna con los elementos objetivos obrantes en autos (conf. C.S.J.N., Fallos 217-22; 279-95; CNCiv. Sala A L.L. 100-764; ídem Sala E, E.D.22-813; Colombo, “Código Procesal...”, pág. 93/183).

En idéntico sentido se ha dicho que, a los fines de la determinación de la competencia debe estarse únicamente a la pretensión esgrimida en la demanda y a las normas que rigen la cuestión, sin que sea necesario pronunciarse acerca de la verdad de las aseveraciones del demandante, ni sobre las defensas que en contradicción a ellas, opone el demandado, pues de lo contrario la cuestión de competencia solo podría dilucidarse una vez agotado el ejercicio de la jurisdicción (CNCiv. Sala M 30-09-94, c. 10.233, autos “Herrera c/ Corrales” L.L. 27-094-95).

Siguiendo esa inteligencia, a fin de abonar la conclusión a la cual se llega, considero primordial recalcar la reiterada jurisprudencia del Más Alto Tribunal, en el sentido de que “las normas que atribuyen competencia a determinados tribunales para entender en ciertas materias, cuando de recursos se trata, son indicativos de una especialización que el ordenamiento les reconoce y que constituye una relevante circunstancia a tener en cuenta cuando esos temas son objeto de una demanda, a falta de

disposiciones legales que impongan una atribución distinta“ (Fallos: 321:3024;317:1105,809, entre otros).

Si bien es cierto que la ley 24.665 al crear la Primera Instancia en la Justicia Federal de la Seguridad Social enumera en seis incisos supuestos que deben tramitar ante el fuero, cabe advertir que estos revisten calidades meramente enunciativos y no taxativos.

La competencia de la Justicia Federal de la Seguridad Social tiene fundamento ontológico.

El solo hecho de existir el fuero especializado trae aparejado que todos los casos judicializados en los que se planteen controversias que participen o integren algún subsistema de la Seguridad Social, deben resolverse en dicho fuero.

Mal podría el legislador crear un fuero especializado en Seguridad Social y limitar su accionar solo en los escuetos casos que enuncia algún artículo.

Como todo plexo legal asignativo de competencia, no siempre puede proveer todas las posibles causas que han de plantearse en los estrados judiciales. De ahí que los magistrados deban ir zanjando las distintas circunstancias integrando los distintos ordenamientos jurídicos o realizar una conducta típicamente pretoriana.

En el caso de marras, la acción incoada por la amparista tiene como último fin la declaración de inconstitucionalidad de la disposición N° 549, del art. 9 de la ley N° 18910 y de su Decreto Reglamentario N° 432/97, en cuanto cercenan el derecho –adquirido– en relación a la pensión por discapacidad propia y de las demás personas en igualdad de condiciones – que conforman el colectivo que se pretende amparar– y asimismo, peticiona que se dicte una medida cautelar por la cual se proceda a abonar en forma inmediata la pensión de la hija de la accionante y de todas las personas con discapacidad al mismo tiempo que se produzca el reingreso al Programa

Incluir Salud, pretensiones que a todas luces versa sobre el derecho de la seguridad social.

A mayor abundamiento cabe agregar que, en una causa análoga a la presente, el máximo Tribunal expresó que “...De ello se deriva que el beneficio instituido no responde al concepto de pensiones graciables, cuyo reconocimiento pertenece a la órbita de discrecionalidad del órgano legislativo, y que, por el contrario, cabe considerarlo encuadrado en el ámbito de la legislación relativa a la seguridad social, conforme el art. 75 inc. 12” (Conforme “Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional”, recurso de hecho (R. 350. XLI).

IV-. Sentado la cuestión de competencia resulta de relevancia apuntar el concepto teórico y principios que informan a la Seguridad Social y el derecho de la Seguridad Social.

Estos elementos deben ser tenidos en cuenta al momento de resolver la admisibilidad formal de la acción y la medida cautelar solicitada:

a) La seguridad social

La seguridad social es un ámbito del derecho que ampara a la persona como tal y compromete a la sociedad, con apoyo en la solidaridad, en la cobertura de las necesidades derivadas de ciertos eventos – contingencias sociales- mediante el otorgamiento de prestaciones.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la seguridad social es “la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos” (OIT- AISS 2001:9).

La tutela que proporciona el derecho de la seguridad social es un derecho fundamental de toda persona, frente a ciertos eventos o acontecimientos inciertos que repercuten en su nivel de vida.

La seguridad social comprende distintos subsistemas en función de la satisfacción de las necesidades que se presentan frente a la enfermedad, la vejez, la invalidez, la muerte, el desempleo, los accidentes de trabajo y las enfermedades de origen laboral; y también abarca la protección de las familias especialmente en relación con los costos económicos que derivan de la atención de los hijos.

Esta funcionalidad de la seguridad social atiende no sólo a las necesidades individuales sino a las necesidades del grupo familiar, acorde con la manda constitucional que dispone la protección integral de la familia (art. 14 bis de la Constitución Nacional).

El Estado, como sujeto activo, obra en función de una causalidad final, que es el bien común. Éste se logra a través de la consecución de fines particulares -sociales, económicos, políticos, relaciones internacionales, etc.-. La obtención de los fines particulares genera la actividad legislativa especializada, inspirada en valores y principios propios de esos fines (Chirinos Bernabé Lino, “Tratado de la Seguridad Social”, LL, 2009, T.1, pág. 35 y ss.).

Estos principios concebidos como mandatos de optimización amplían, adaptan y mejoran los objetivos perseguidos por la Seguridad Social según la circunstancia y el contexto histórico existente.

En definitiva, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”).

Cuando los principios se incorporan en la normativa y se aplican en la gestión y administración de la seguridad social, su efectividad se acrecienta; y de este modo se contribuye a mejorar la justicia social y económica. Tanto el legislador como el técnico y el juez, deben atender a

estos principios inspirados en la equidad y la justicia, en función de las necesidades de las personas protegidas, y que buscan promover su bienestar y calidad de vida (conf. Goldin, Adrián, “Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, Bs. As., 2009, Ed. La Ley, p. 804).

Para no extenderme demasiado efectuaré una breve reseña de aquellos que, a mi entender, revisten una mayor trascendencia y que no pueden dejarse de lado al momento de resolver la cuestión en análisis.

Ellos son los principios de solidaridad, universalidad, subsidiariedad, integralidad, justicia social, equidad, razonabilidad y pro homine.

La solidaridad debe ser considerada como un principio que conduce a la convergencia entre los hombres. Es la unión del esfuerzo conjunto orientado a alcanzar el bien de toda la comunidad.

La función subsidiaria, desde el punto de vista del Estado como sujeto activo, debe estar regido por la justicia distributiva. Sintetizado en palabras claras “dar más al que tiene menos y exigir más al que tiene más” (Chirinos Bernabé Lino, ob. cit., p. 46).

El derecho de la seguridad social busca incluir en el circuito de bienes a quienes están excluidos.

La inclusión del mayor número de personas al sistema integral de la Seguridad Social está estrechamente vinculado con el principio de universalidad. Este debe ser el motor que impulse al legislador a dictar normas tendientes a ampliar el número y la calidad de beneficiarios del sistema. Debe primar como regla hermenéutica para el juez al cumplir las funciones que le son propias.

No en vano el preámbulo de nuestra Constitución Nacional postula la promoción del bienestar general “para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.

Todas las contingencias sociales a las que puede estar expuesto un individuo deben ser atendidas. El carácter integral que reviste esta temática así lo exige.

En relación a la justicia social como principio rector del Derecho de la Seguridad Social, cabe reconocer el concepto esbozado por la CSJN: “es la virtud que ordena al hombre a hacer posible el libre perfeccionamiento integral de los demás hombres. Es la obligación de quienes forman parte de una comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella, sin el cual se tornan ilusorios o no alcanzan plena satisfacción los derechos y las virtualidades auténticamente humanas de los integrantes de aquellas. En el marco de esta forma de justicia no puede hablarse con propiedad de contraprestación (el destacado me pertenece), porque el primordial y suficiente bien del que participa el integrante de la comunidad no es un bien particular apropiable individualmente, sino un bien común que es de todos porque es del todo comunitario del que cada uno es parte integrante” (Fallos 300:836).

El principio de equidad reviste carácter vital en la tarea del intérprete quien debe evitar que la aplicación de una norma configure una injusticia extrema.

La vigencia del principio pro homine implica un “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria ... Los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, al limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos” (conf. Pinto, Mónica,

“El principio pro homine. Criterios de Hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en AAVV “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales”, PNUD, Bs. As., 1988, Editores del Puerto, p. 163/164).

Por último, se destaca el principio de razonabilidad vinculado a “la necesidad que las prestaciones de toda naturaleza respondan a la magnitud y extensión de las contingencias resguardadas” (Chirinos Bernabé Lino, “Tratado de la Seguridad Social”, LL, 2009, T.1, pág. 62).

La Constitución Nacional a través del art. 14 bis reconoce los derechos de la seguridad social. La reforma de 1994 jerarquizó una serie de instrumentos internacionales que ampliaron dicho reconocimiento.

La trascendencia conferida por la norma suprema y los Tratados Internacionales se ve plasmada en la organización del Sistema de la Seguridad Social Nacional, que, pese a ser preexistente a la última modificación constitucional, comenzó a cumplir un rol más protagónico a partir de ella.

El mentado art. 14 bis dispone que: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

El Estado es quien debe garantizar el goce de los beneficios de la seguridad social y le incumbe, en ejercicio de su potestad legislativa, plasmar en la ley los derechos y obligaciones para realizar esa obligación de garantía.

Los “beneficios” consisten en las prestaciones resultantes de la cobertura de las contingencias que puedan afectar a la persona, provengan ellas tanto de regímenes de carácter contributivo como asistencial. La cualidad de “integral” que la Constitución impone a esa cobertura, implica que debe ser amplia y total en relación con el conjunto de contingencias incluidas en el sistema, abarcándolas globalmente. El carácter de “irrenunciable” parece indicar, una obligatoriedad que no admite voluntad en contrario, respecto a la incorporación al sistema y al goce de sus beneficios (conf. Bidart Campos, G., “Principios constitucionales del derecho del trabajo individual y colectivo y de la seguridad social en el art. 14 bis”, TySS, 1981-p. 481 y ss.).

La tradición jurídica ha calificado a las distintas ramas del derecho en el esquema romano germánico, asignándole el carácter de público o privado según quienes sean sus protagonistas: el Estado o los particulares.

La evolución histórica, principalmente a partir de la segunda Guerra Mundial, ha dado surgimiento a una nueva concepción de derecho, el denominado Derecho Social.

Este derecho procura la regulación de las relaciones humanas no ya como individuos, sino como integrantes de lo social.

Este proceso de socialización de la actividad privada, unido al rol que tiene el Estado y a la circunstancia que los titulares del derecho sean las personas físicas no frente a otro particular o individuo, sino ante la sociedad en cuanto tal o a través de la actividad del Estado, es mérito suficiente para darle la asignación de social a esta rama del Derecho (Chirinos Lino Bernabé, ob. cit., pág 89).

La caracterización de este nuevo sistema jurídico está dado por el hecho que las normas participan del carácter de orden público. Esta característica, fue acompañado también por el marcado intervencionismo estatal para su aplicación, y la restricción a la autonomía de la voluntad de

las partes. Todo ello porque está en juego no solo el interés del individuo sino el de la propia sociedad (ob. cit).

Gustav Radbruch ha concebido la idea que sostiene que “El Derecho social no es simplemente la idea de un derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor. Se trata en realidad de una nueva forma estilística del Derecho en general. El Derecho social es el resultado de una nueva concepción del hombre por el Derecho” (Radbruch Gustav, “Introducción a la Filosofía del Derecho”, México, 1978, 3. Ed., pág. 157).

Uno de los exponentes principales del Derecho social es el Derecho de la Seguridad Social, el que nace como consecuencia de la evolución hacia el reconocimiento más profundo del ser humano. Como individuo y como social, como responsable primigenio de su propio destino y como partícipe solidario en el destino de sus prójimos, en el proceso de socialización de la humanidad basado en la autonomía y libertad de los individuos (conf. Chirinos Lino Bernabé, ob. cit., pág 100).

La nueva concepción social del derecho debe interpretarse como un sistema con presupuestos teóricos y no como una simple acumulación de normas con fin y destinatario comunes.

La idea central en que el Derecho Social se inspira no es la idea de igualdad de las personas sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen, la igualdad deja de ser punto de partida del derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico (Radbruch Gustav, “Introducción a la Filosofía del Derecho”, México, 1978, 3. Ed., pág. 162).

Esta desigualdad puede verse entre individuos ligados entre sí por determinado vínculo jurídico o en aquellas situaciones objetivas que a las personas les tocan en suerte. De este modo se advierte la existencia de individuos en una situación de mayor desventaja o vulnerabilidad que otros

por diferentes motivos: discapacidad o enfermedad, vejez, imposibilidad de subsistencia digna, etc.

La concepción igualitarista del Derecho Social propicia que estas personas o sectores en situación de vulnerabilidad, por esta sola causa y con fundamento en su natural dignidad humana, deben tener una mayor protección por parte de la comunidad, expresada principalmente a través de su forma institucional que es el Estado (Sosa Rodolfo Alberto, “Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”, UNLP, Año 6, 2008 No. 39).

Radbruch sostiene que si quisiéramos traducir al lenguaje jurídico, la enorme revolución que estamos presenciando en los hechos y en las ideas, diríamos que la tendencia hacia un derecho social, va excavando la rígida separación entre el derecho privado y el derecho público, entre el derecho civil y el derecho administrativo, entre contrato y ley. Ambos tipos de derecho penetran el uno en el otro recíprocamente dando lugar a la aparición de nuevos campos jurídicos, que no pueden ser atribuidos al derecho público ni al privado, sino que representa un derecho enteramente nuevo (Radbruch Gustav, “Introducción a la Ciencia del Derecho”, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930).

Estos conceptos se aplican al campo de la Seguridad Social donde, amén de intercalarse relaciones privadas con relaciones públicas, todas ellas tienen la misma finalidad: reconocerle al afectado por una contingencia social el derecho a gozar de una prestación que pueda cubrir las necesidades producidas (Chirinos Lino Bernabé, ob. cit., pág 97).

En orden a todo lo señalado, resulta evidente que el Derecho de la Seguridad Social se encuentra enmarcado dentro del denominado Derecho Social.

De ello cabe concluir que la seguridad social es una rama autónoma del derecho, con su específica normativa, que instituye por ley

quiénes son los beneficiarios de las jubilaciones, pensiones, asignaciones y todo tipo de beneficios previsionales.

La autonomía del derecho de la seguridad social implica que los conflictos de intereses deben resolverse de acuerdo a las normas de la materia. En caso que se advierta que la cuestión no está regulada en algún dispositivo jurídico, hay que acudir a los principios generales de la seguridad social.

En este punto, corresponde reconocer un derecho, aun cuando no haya sido exigido expresamente ni acordado, porque es deber del Juez no apartarse de la verdad jurídica objetiva y esclarecer los hechos, más cuando correspondería su otorgamiento por la simple aplicación de las disposiciones legales vigentes.

V-. Resulta fundamental, al momento de analizar cuestiones como la pretensión de autos, tener en cuenta los principios que rigen la seguridad social y que a continuación amplian el contenido ya desarrollad, reiterando que ellos son: Solidaridad – Universalidad – Integralidad – Inclusión Social – Subsidiariedad –Redistribución – Inmediatez – Unidad – Justicia Social – Principio de Sustentabilidad Financiera.

Solidaridad:

Es el principio rector de la seguridad social. Surge de la idea que el hombre de manera individual y personal no puede, en modo alguno, atender y solucionar la gran mayoría de las contingencias que lo afecten durante su vida. Siempre se necesitará ayuda (Conf. Payá, Fernando H. (H.) y Martín Yáñez, María Teresa “Régimen de Jubilaciones y Pensiones – Análisis crítico del Sistema Integrado Previsional Argentino (leyes 24.241 y 26.425) y regímenes especiales “Tomo I. Cuarta edición ampliada y actualizada Ed. Abeledo Perrot Buenos Aires 2012. Pag.18).

La palabra solidaridad proviene del sustantivo latino ‘soliditas’, que expresa la realidad homogénea de algo físicamente entero, unido, compacto, cuyas partes integrantes son de igual naturaleza.

Para Chirinos, la solidaridad es la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común, es decir, por el bien de todos y de cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos; y por ello este principio se encuentra respaldado por la ética social y la dignidad humana, creando el deber de auxiliar a una persona, afectada por eventos que le generan necesidades (Conf. Conf. “Tratado de la Seguridad Social” Tomo I, Ed. La Ley Buenos Aires 2009 – pág. 46/47).

En la ciencia del Derecho, se diría que algo o alguien es solidario, sólo entendiendo a éste dentro de un conjunto jurídicamente homogéneo de personas o bienes que integran un todo unitario, en el que resultan iguales las partes desde el punto de vista de la consideración civil o penal.

Dentro de una persona jurídica, se entiende que sus socios son solidarios cuando todos son individualmente responsables por la totalidad de las obligaciones. Para el derecho, la solidaridad implica una relación de responsabilidad compartida o de obligación conjunta.

La solidaridad es la homogeneidad e igualdad radicales de todos los hombres y de todos los tiempos y espacios. Hombres y pueblos, que constituyen una unidad total o familiar, que no admite en su nivel genérico diferencias sobrevenidas antinaturales, y que obliga moral y gravemente a todos y cada uno a la práctica de una cohesión social, firme y creadora de convivencia. Cohesión que será servicio mutuo, tanto en sentido activo como en sentido pasivo.

Hay que entender a la solidaridad como sinónimo de igualdad, fraternidad, ayuda mutua y tenerla por muy cercana a los conceptos de responsabilidad, generosidad, desprendimiento, cooperación, participación.

Es por esto que la solidaridad debe ser desarrollada y promovida en todos sus ámbitos y en cada una de sus escalas. La solidaridad debe velar tanto por el prójimo más cercano como por el hermano más distante, puesto que todos formamos parte de la misma realidad de la naturaleza humana en la tierra. El ser humano no sólo vive sino que también convive.

La solidaridad es una palabra de unión. Es la señal inequívoca de que todos los hombres, de cualquier condición, se dan cuenta que no están solos, y que no pueden vivir solos, porque el hombre, como es, social por naturaleza, no puede prescindir de sus iguales; alejarse de las personas e intentar desarrollar sus capacidades de manera independiente.

La solidaridad, se desprende de la naturaleza misma de la persona humana.

La palabra solidaridad reúne y expresa nuestras esperanzas plenas de inquietud, sirve de estímulo a la fortaleza y al pensamiento. Es símbolo de unión para hombres que hasta ayer estaban alejados entre sí. Es el modo natural en que se refleja la sociabilidad.

¿Para qué somos sociales si no es para compartir las cargas, beneficios y además para ayudarnos, para crecer juntos?

La solidaridad social es una construcción colectiva y no individual. La solidaridad social es una necesidad universal, connatural a todos los hombres. Por ello implica la universalidad de los derechos y una concepción inclusiva de la ciudadanía.

La solidaridad social se basa en el concepto de “ciudadanía social”.

El ciudadano debe gozar siempre de derechos civiles, políticos y sociales que son el acceso a la Seguridad Social; es decir a los campos: previsional, salud, vivienda, alimentos, inclusión, redistribución de riquezas, etc.

El sentido teleológico de la solidaridad social se funda en la idea que el ser humano por actuar dentro de una sociedad deja de ser un individuo para transformarse en “ciudadano social”.

Por ello a quien se protege no es a la persona considerada en lo individual, sino a la sociedad en su conjunto.

La solidaridad social es un componente intrínseco de la concepción universal de justicia.

Al que está en mejor situación comparativa que el resto se erige como sostén de la sociedad y tiene mayor responsabilidad y obligación de realizar más esfuerzo.

La solidaridad social se manifiesta como el esfuerzo de los más jóvenes respecto a los mayores, de los más sanos frente a los enfermos, de los ocupados frente a quienes carecen de empleo, de los que continúan con vida ante los familiares de los fallecidos y por último de aquellos sin carga familiar frente a los que sí la tienen.

“El que más tiene debe contribuir con el sostenimiento del que menos tiene”.

Universalidad:

La otra línea que promueve la protección social surge como respuesta a los impactos de la crisis en la que se encontraba Inglaterra, en 1940 y está contenida en el reporte Social Insurance and Allied-Services, de William Beveridge, que se constituye en un moderno arquetipo de protección para una sociedad vulnerable. Conforme señalan Roca, Golbert y Lanari el texto liminar partió de considerar que "el bienestar de la sociedad no es un efecto de la relación laboral, sino una obligación del Estado hacia sus ciudadanos. Es por eso que el informe sugiere que la seguridad social debe ser universal y basarse en una legislación social vinculante (Conf. Roca, Emilia – Golbert, Laura – Lanari, María Estela – “¿Piso o sistema integrado de protección social? Una mirada desde la experiencia Argentina”-Ira. Ed – Bs.As. – 2012 - MTEySS – Págs. 28 y ss).

Beveridge, junto a un grupo de expertos, fundamentó y propuso que a todos los ciudadanos se les garantizara un mínimo de subsistencia que abarcara la más amplia gama de situaciones de necesidad posibles.

En este sentido, el objetivo general del Plan de Seguridad Social fue, no solo abolir la indigencia, sino asegurar a todo ciudadano –en todo momento– ingresos suficientes como para hacer frente a sus responsabilidades.

El gran aporte de Beveridge es el de reforzar el papel de la asistencia, implicando al Estado en esa tarea, y todo ello en un plan coordinado con el seguro social obligatorio, dado que alcanzar un mínimo de subsistencia para todos implica no solo a aquellos que cotizan o realizan aportes, sino también a quienes no lo hacen.

Ahora bien, el principio de universalidad encuentra sus bases en el principio de igualdad sentado en nuestra Constitución Nacional en los arts. 14 que dispone que “Todos los habitantes de la Nación gozan...” y 31 –tratados internacionales incorporados como ley suprema de la Nación–. En el plano de la Seguridad Social, todas las personas de la comunidad tienen derecho de la misma manera a la cobertura de las contingencias a las que pueden estar expuestas durante su vida.

El carácter universal implica que el ámbito de actuación de la seguridad social no se ciñe al terreno del trabajo, sino que ampara y comprende a la totalidad de los integrantes de la comunidad social, en tanto procura atender a todos y a cada uno de sus miembros de las contingencias a las que el hombre se ve sujeto, y respecto de las cuales no puede arbitrar soluciones de manera individual (Conf. Ob. Cit. Payá- Martín Yáñez, p.13/14).

Integralidad:

La Seguridad Social debe cubrir la totalidad de las contingencias a las que puede estar expuesta una persona, y de las necesidades que derivan de esa contingencia.

Este principio constituye una herramienta de integración social, que propicia la inclusión de sectores marginados, al brindar la posibilidad de una protección adecuada y al cubrir las necesidades básicas de quienes tienen menos ingresos (Conf. Cit, AAVV, “Curso de Derecho...”, pág. 876 y ss).

Inclusión social: *Este principio deriva de los de universalidad y de igualdad.*

Incluir, según la Real Academia Española, significa poner algo dentro de otra cosa o dentro de sus límites.

La inclusión social procura agregar un colectivo de individuos al régimen de la seguridad social, sin destruir sus individualidades que conforman sus identidades y con el fin de alcanzar la realización de sus derechos sociales.

La seguridad social intenta la inclusión social mediante la ampliación y efectividad del acceso a las prestaciones, para que todos los integrantes de una comunidad puedan tener, en igualdad de derechos, una eficiente cobertura.

La efectividad de la inclusión se asienta sobre dos pilares básicos, esto es la solidaridad social y la justicia redistributiva, en la dinámica necesidad-cobertura.

Así por ejemplo, en nuestro país el Plan de Inclusión Previsional (llamado también “moratoria previsional”), tiene como propósito incorporar al ámbito de la seguridad social a aquellos adultos mayores que, como consecuencia de los cambios registrados en el mercado laboral y en el sistema previsional durante la última década del siglo pasado –en especial, respecto a la edad jubilatoria y los años de aportes necesarios para acceder a las prestaciones– estaban en situación de vulnerabilidad social.

La creación del SIPA –sistema público de reparto asistido y solidario–, es el resultado de una concepción inclusiva de la seguridad

social y esta protección social se amplió, por mencionar algunos ejemplos, a través de la Asignación Universal por Hijo y la Asignación por Embarazo.

Es interesante lo señalado por Victor Abramovich en cuanto a que el principio de inclusión que suele regir las políticas de desarrollo, resulta enriquecido si se lo vincula con los estándares legales sobre igualdad y no discriminación. Así, no sólo se requiere del Estado una obligación de no discriminar, sino también, en ciertos casos, la adopción de medidas afirmativas para garantizar la inclusión de grupos o sectores de la población tradicionalmente discriminados (Conf. “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, pub. en Revista de la CEPAL 88, abril de 2006, p. 44).

Subsidiariedad:

Este principio encuentra sus bases en la dignidad, la libertad y en el reconocimiento del derecho asociativo natural que tienen las personas.

Es el que lleva al Estado a intervenir cuando los individuos no están capacitados para cubrir una necesidad.

Este principio se puede observar a través de tres funciones:

a.- Por su función subsidiaria, no corresponde que lo que pueda realizar una sociedad menor, sea realizado por una sociedad mayor.

b.- Por su función supletoria se impone a sociedades mayores el deber ayudar y suplir a las sociedades menores en lo que no logren realizar.

c.- Por su función coordinadora, las sociedades mayores deben coordinar la acción de las menores que la componen. Función que es asumida por el Estado a través de la sanción y promulgación de leyes, el ejercicio del poder de policía, la integración de las políticas de seguridad social con la política superior del gobierno y el otorgamiento de prestaciones de los servicios sociales y asistenciales entre otras.

Esta función que se arroga el Estado va a estar regida por la justicia distributiva que comprende no solo el deber frente a los particulares de otorgarles prestaciones cuando no puedan ser alcanzadas por sí mismos, sino también por el deber de imponerles cargas proporcionalmente con la aptitud contributiva del individuo. Es decir, exigir más al que más tiene para poder dar más al que menos tiene.

Redistribución:

La doctrina explica que “la seguridad social requiere recursos considerables, que se distribuyen en prestaciones y servicios.

El mecanismo de redistribución consiste en repartir a cada uno, no en función de su aporte a la sociedad (rentas, salarios, beneficios, intereses), sino conforme sus necesidades; por ello, parte de lo que pareciera que corresponde a algunos —los más pudientes— se entrega a otros —los más necesitados— a fin de cubrir una situación de pobreza, miseria o enfermedad”.

La distribución de recursos disponibles debe realizarse observando los insoslayables principios rectores que orientan a la seguridad social, esto es la dignidad, solidaridad, inclusión y sustentabilidad del sistema.

Su fin es mejorar las condiciones de vida del conjunto de destinatarios, designando a cada uno lo que le corresponde conforme el destino más conveniente según derecho.

Diversos organismos internacionales manifiestan que el cambio estructural que refleja la situación socio-demográfica en el mundo actual, “obliga a replantearse la protección social en el marco de una solidaridad integral, en que se combinen mecanismos contributivos y no contributivos. Esto hace necesaria la concertación de un nuevo pacto social que tenga a los derechos sociales como horizonte normativo, y a las desigualdades y restricciones presupuestarias como limitaciones que es necesario reconocer y enfrentar” (Conf. Naciones Unidas, Comisión

Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL, La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad, Montevideo, 2006, pág. 12).

Inmediatez:

Este principio busca suministrar las herramientas necesarias para que frente a una contingencia sufrida por una persona, la satisfacción de esa necesidad lo sea de manera rápida e inmediata.

Unidad:

Este principio está basado en los de igualdad y dignidad de las personas.

Plantea la necesidad de la unidad desde tres puntos de vista: legislativa, administrativa y financiera:

a) Legislativa: pretende uniformar las prestaciones, para que no se occasionen situaciones de palmaria desigualdad dentro del mismo país, ya sea por componer sectores sociales o laborales diferentes, o también por razones de jurisdicción territorial.

b) Administrativa: organiza el esfuerzo del conjunto de los integrantes de la comunidad, con el fin de que las coberturas, prestaciones o beneficios sean atribuidas a quienes realmente lo necesiten, estableciendo para ello, criterios únicos de valoración de las contingencias que serán atendidas.

c) Financiera: La unidad en este sentido comprende I.- la igualdad de los aportes y contribuciones a cargo de los afiliados, asegurados y empleadores, II.- la recaudación y manejo de los recursos totales del sistema, dirigidos al puntual y efectivo pago de las prestaciones.

Justicia Social:

Desde un punto de vista objetivo, la justicia social es la propia actuación ordenadora para el bien de la propia comunidad.

Es la exigencia tendiente a que la convivencia humana se ordene de modo que cualesquiera que fueran las relaciones en las que el

hombre, por su dimensión social, se hallare inmerso, quede siempre a salvo la posibilidad de acrecentar los valores humanos y se haga posible, en todo momento, el libre perfeccionamiento integral de la persona humana (Conf. ob. cit., p. 55).

La normativa de la seguridad social, al avanzar en el propósito inclusivo a través de la ampliación de la cobertura y la mejora progresiva de las prestaciones previsionales, salvaguarda derechos humanos fundamentales y prioriza un modelo de sociedad solidaria, en el que el Sistema incluye, para garantizar también un piso de cobertura para las personas que se encuentran más desamparadas.

Precisamente el Fiscal debe fomentar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, teniendo en cuenta que en este grupo se encuentran los adultos mayores, los niños, niñas y adolescentes, las mujeres solas a cargo de hogares, etc., especialmente si se trata de personas en situación de pobreza o indigencia, o viven en zonas aisladas del interior del país (ver resolución PGN nro.58/09, 100 Reglas de Brasilia).

Principio de Sustentabilidad Financiera:

Uno de los objetivos que tiene el Estado es el de alcanzar el mayor nivel posible de bienestar en la sociedad, para lo cual es central garantizar un nivel de protección social que tienda a la universalidad y la cobertura de necesidades y contingencias socialmente reconocidas como la educación, la salud, la seguridad, la vejez, la maternidad, la discapacidad y el desempleo, entre otros.

En este contexto, la Seguridad Social, entendida como el conjunto de instituciones que tienen como objetivo la protección de las personas frente a las mencionadas circunstancias asume un rol vital.

Se entiende por financiamiento de la seguridad social, al conjunto de medidas adoptadas por el sistema a fin de proveerse de los fondos o recursos necesarios para su funcionamiento.

Las fuentes suelen variar dependiendo, principalmente, de los objetivos del sistema de protección social y de las prestaciones concretas que se quiere financiar. De todos modos, la decisión sobre las fuentes que se utilizarán y la distribución de cargas entre las mismas no es una decisión puramente técnica, sino que también debe basarse en una serie de consideraciones de carácter social y económico.

Todo régimen de seguridad social debe financiarse de manera que, llegado el momento, puedan pagarse las prestaciones que correspondan y los gastos.

V.- Respecto de la procedencia de la acción intentada, considero se deben analizar por separado la pretensión individual del amparista, respecto de la pretendida representación colectiva, atento los particulares recaudos exigidos por esta última.

a.- Acción individual.

En lo concerniente a la acción personal de la amparista, cabe resaltar que el art.43 de la CN dispone que “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

El amparo es un proceso utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías aptas, peligre la salvaguarda de derechos fundamentales y es por esa razón que su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, frente a las cuales los procedimientos ordinarios resultan ineficaces (Conf. Ripalda María Cristina c/Dirección de Administración Financiera del Consejo de la

Magistratura s/Amparos y Sumarísimos”, Sent. Inter. N° 94363, Sala I, CFSS, 23/10/14).

Con similar criterio se ha afirmado que corresponde el ejercicio de la acción de amparo a tenor del nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional, destacando que tal remedio procesal no puede tener ya un carácter residual sino que debe considerárselo la vía principal y excluyente de otras carentes de celeridad cuando se advierte la existencia de una acción arbitrio o ilegítimo (Conf. cita en Borsalino Nely Anita c/PEN y Otro s/Amparos y Sumarísimos”, Sent. Def. N° 127662, Sala II, CFSS, 18/11/08).

Sobre ello, el Máximo Tribunal ha expresado que, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de controversias (Fallos: 300:1033), su exclusión por la existencia de otros recursos administrativos y judiciales no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias (Fallos: 299:358, 305:307; 307:444, entre otros).

Más allá del análisis de los restantes presupuestos de la normativa constitucional la procedencia de la acción impone examinar con carácter previo la cualidad exigida respecto a la arbitrariedad y/o ilegalidad, que deben ser “manifiestas”.

Por ilegal debe entenderse todo aquello que se opone a la ley (en sentido material) y por “arbitrario” lo que responde a un criterio de falta de razonabilidad y de justicia (entre otros calificativos que pueden denotar su configuración).

La Constitución Nacional para la procedencia de la acción expedita y rápida de amparo, exige que ambas actitudes (actos y omisiones ilegales o arbitrarias) resulten manifiestas.

La jurisprudencia y doctrina especializada han indicado que debe tratarse de algo “descubierto, patente, claro”, requiriéndose que los vicios citados sean inequívocos, incontestables, ciertos, ostensibles, palmarios, notorios e indudables.

Además predicen que la turbación al derecho constitucional sea grosera, quedando fuera del amparo las cuestiones opinables (CSJN, Fallos 306:1253; CNCiv, Sala E, 7-11-86 ED, 125-143; íd, CNCiv, Sala C, 4-12-85 ED, 118-248; CNTrab, Sala V, 29-12-89, LL, 1990-C-88) y Sagüés, Néstor Pedro “Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo” 4ta.Ed. ampliada Tº3, pág 122-23, Ed. Astrea, Bs As. 1995).

Vale recordar que estas exigencias ya se encontraban legisladas en la Ley Nacional de Acción de Amparo Nº16.986.

El primer artículo legisla que, para la procedencia de la acción de amparo, el acto cuestionado debe ser manifiestamente ilegal o manifiestamente arbitrario, es decir, basta una de estas razones, para la viabilidad de la acción (aparte, claro está, de los demás recaudos exigidos por la ley).

Puesto que la norma emplea la disyuntiva “o” no es necesario que la conducta impugnada sea, simultáneamente, ilegal y arbitraria. Es suficiente, entonces, la existencia de uno solo de esos motivos. (Sagüés, Néstor Pedro “Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo” 4ta.Ed. ampliada Tº3, pág. 117, Ed. Astrea, Bs As. 1995).

En autos, la pretensión gira en torno a la suspensión de una pensión no contributiva por invalidez que no sólo posee naturaleza alimentaria, por cuanto la incapacidad deriva en una imposibilidad te física o mental para obtener los medios de subsistencia –y por ende merece tutela especial– sino que también –principalmente y aún más importante– se relaciona con el derecho a la salud, en la medida en que la baja del beneficio trae aparejada la pérdida de la protección que tenía a través del Programa Incluir Salud.

En esta inteligencia, resulta oportuno mencionar que el derecho a la salud contemplado en nuestra Carta Magna en virtud de la incorporación de los tratados internacionales mencionados en el art. 75 inc. 22, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad; la Declaración Universal de Derechos Humanos que en el art. 25 dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12, prescribe que entre las medidas que los estados parte deberían adoptar a fin de asegurar el pleno derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de salud física y mental deberían figurar “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Los Tratados Internacionales con validez constitucional, obligan a adoptar las medidas necesarias para garantizar el progreso y la plena efectividad de los derechos humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos -art. 22-, Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales -art. 9-, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre -art. 16-, entre otros).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 26 (Cap. III “Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que derivan de las normas económicas, sociales, sobre educación, ciencia y cultura,

contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles.

Por su parte, el “Protocolo de San Salvador” (adicional a la Convención) garantiza en su art. 9º el Derecho a la Seguridad Social al disponer que “Toda persona debe gozar de la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios necesarios para llevar una vida digna y decorosa”.

La Declaración Universal sobre Derechos Humanos, por su parte, postula el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure al núcleo familiar la salud, el bienestar, la alimentación, la asistencia médica y los servicios sociales; y los derechos a acceder a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, u otros casos de pérdida de su subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que es propio de la interpretación indagar lo que las leyes dicen jurídicamente, sin que esto signifique apartarse del texto legal; pero tampoco sujetarse rigurosamente a él cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos 283:239; 303:612, entre otros), por lo que ella debe realizarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que informan a aquéllas (Fallos 235:256; 301:1149).

La primera regla de interpretación, por tanto, consiste en dar pleno efecto a la intención del legislador y además la exégesis de la norma requiere la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no lleve a la pérdida de un derecho, o el apego a la letra no desnaturalice la finalidad que ha inspirado su sanción (Fallos 310:464 y 500; 312:2075).

Por ello, analizando el caso bajo estudio, a la luz de lo preceptuado por la normativa aplicable –Disposición N° 549, Ley 18910 y Decreto Reglamentario 432/97–, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, se

puede concluir que la afectación de los derechos de una persona con discapacidad, implica ignorar los principios que informan el Derecho de la Seguridad Social.

En razón de tal conclusión, se advierte que la acción de amparo resultaría viable, por cuanto la baja del beneficio de pensión por discapacidad en forma unilateral y sin revisión o análisis previo conllevaría una arbitrariedad y/o ilegalidad manifiesta.

Vale recordar que, la actuación de la Administración no es revisable judicialmente salvo que se violen expresas disposiciones legales, reglamentarias o que exista manifiesta irrazonabilidad y/o ilegalidad afectando derechos a terceros, situación que se podría advertir en la especie, conforme los parámetros explicados y las reseñas *ut supra* realizadas.

El escrutinio judicial sólo puede ser atendible si la contradicción con el ordenamiento jurídico resulta palmaria (arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y los daños alegados no sean susceptibles de posterior reparación). De lo contrario, se afectaría la eficiencia del obrar administrativo, ingresando el Poder Judicial en una esfera de gobierno que le está vedada por limitaciones funcionales –que resultan del principio de división de poderes- e incompetencia técnica especializada. (CSJN, “Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/Estado Nacional -P.E.N.- s/Daños y Perjuicios-(incidente) 8-10-1991, Fallos 314:1213).

En este sentido, el Alto Tribunal del país ha señalado que el amparo no procede respecto de la actividad administrativa sino cuando esta es inequívoca y manifiestamente ilegal, porque la razón de la institución de aquél no es someter a la supervisión judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, si no para proveer de remedio inmediato contra la arbitraria invasión palmaria de derechos reconocidos por la Constitución Nacional.

El remedio excepcional del amparo es obvio que está reservado para aquellos casos de arbitrariedad o actuación ilegal manifiesta y en principio, sin remedio previsto por la ley (ST Chaco, Sala I, “M.M. y otro” 19-10-81, BJCH, 1961-I-177).

En consideración a lo expuesto, respecto a la cuestión de fondo, soy de la opinión de que se debería recabar el informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la petición de autos de conformidad con las previsiones del art. 8º de la ley 16.986.

b.- Acción colectiva.-

En un segundo plano de análisis, debemos centrarnos en la invocación por parte de la amparista y sus colaboradores, de la legitimación y representación colectiva de todos los afectados que se encuentran en igual situación a la suya.

A fin de poder dictaminar sobre dicha pretensión, debemos ajustar nuestro análisis a los términos de lo dispuesto por la Acordada Nro. 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, complementaria de la Acordada 32/2014 de dicho órgano, por las cuales el Máximo Tribunal bosquejó una normativa integral de los procesos colectivos, producto de la denunciada inactividad por parte del Poder Legislativo.

La Acordada emitida con fecha 5 de abril de 2016, aprobó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, el cual “...tendrá vigencia hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule este tipo de procesos”.

El citado Reglamento resulta de aplicación a todas las causas iniciadas a partir del primer día hábil del mes de octubre de 2016, razón por la cual resulta aplicable a este proceso iniciado el día 14 de junio de 2017. De allí que, conforme la citada normativa, “... los tribunales y las partes deberán adecuar su actuación al procedimiento previsto en esta reglamentación”.

La presente causa no queda incluida en ninguno de los supuestos de exceptuados por el Reglamento, atento no tratarse de una cuestión iniciada en los términos de la ley 25.675, ni involucrar derechos de personas privadas de la libertad o ni vincularse con procesos penales.

En autos, tal como lo manifiesta la amparista, nos encontramos con un proceso colectivo referente a intereses individuales homogéneos.

En tal sentido, el Máximo Tribunal en el precedente “Halabi” sostuvo:

“12. Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del artículo 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados”.

“En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño”.

Respecto de los mismos, el Reglamento requiere que de la demanda surja:

- a) la causa fáctica o normativa común que provoca la lesión a los derechos;*
- b) que la pretensión está focalizada en los efectos comunes y*
- c) la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado.*

Asimismo, el actor deberá:

- a) identificar el colectivo involucrado en el caso;*
- b) justificar la adecuada representación del colectivo;*
- c) indicar, de corresponder, los datos de la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores;*
- d) denunciar, con carácter de declaración jurada, si ha iniciado otra u otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva y, en su caso, los datos de individualización de las causas, el tribunal donde se encuentran tramitando y su estado procesal y*
- e) realizar la consulta al Registro Público de Procesos Colectivos respecto de la existencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva e informar, con carácter de declaración jurada, su resultado. En su caso, se consignarán los datos de individualización de la causa, el tribunal donde se encuentra tramitando y su estado procesal.*

Es con esta base que se procede a analizar el cumplimiento de lo requerido por la normativa antes citada.

a) La causa fáctica o normativa común que provoca la lesión a los derechos.

En el presente caso, se denuncia la inconstitucionalidad del bloque normativo invocado para dar de baja el beneficio, esto es, la disposición N° 549, el artículo 9 de la ley 18.910, y su Decreto Reglamentario N° 432/97, lo cual resulta común a todo el colectivo afectado.

La ley N° 18.910 “Régimen de pensiones a la vejez y por invalidez”, modificatoria de la Ley 13.478, establece en su artículo 1º “Sustitúyese el art. 9º de la ley 13.478 (VIII, 208) modificado por la ley 15.705 (XX-A, 132), por el siguiente: “ARTICULO 9º.- Facúltase al Poder

Ejecutivo a otorgar, en las condiciones que fije la reglamentación, una pensión inembargable a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión, de 60 o más años de edad o imposibilitada para trabajar". Dicha normativa es modificada a posteriori por las leyes 20.267 y 24.241, las cuales elevan la citada edad a los 70 años.

Por su parte, el Decreto 432/97, aduce reglamentar dicha norma, estableciendo criterios que violentarían el bloque convencional y constitucional que desarrollan los amparistas.

En consecuencia, atento que el citado bloque normativo, resulta ser el mismo que se ha aplicado a todos y cada uno de los titulares de pensiones que se pretende representar en autos, el primer requisito reglamentario se encontraría cumplimentado.

b) Que la pretensión está focalizada en los efectos comunes.-

La acción incoada en autos no persigue más que el restablecimiento del derecho conculado, sin sumar a su reclamo pretensiones reparatorias, propias del campo de decisión de cada uno de los afectados.

En consecuencia, es claro que la pretensión está focalizada en los efectos comunes a todo el grupo, por lo que este segundo recaudo, también estaría cumplido.

c) La afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado.

Al respecto, el Máximo Tribunal ha exceptuado de su exigencia a distintos supuestos especiales como el que aquí nos convoca.

En tal sentido, vale transcribir el considerando 13 del citado precedente "Halabi", donde la Corte Suprema expresamente sostuvo que:

"Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con

lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto.

En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta”.

Es claro entonces que, cuando se encuentran en juego intereses superiores como el derecho a la salud, al cual se le suma en este caso la afectación de derechos propios de un grupo tradicionalmente postergado y débilmente protegido, como es el del sector de la población que presenta cualquier tipo de discapacidad, el citado recaudo de acreditar la efectiva afectación del acceso a la justicia no resulta de aplicación.

Entendemos que esto debe quedar en claro, a fin de evitar cualquier tipo de obstáculo para el acceso de estos sectores a la Justicia, dado que en estos casos ya no se debate el interés patrimonial personal de cada sujeto afectado, sino políticas de Estado que superan la individualidad para afectar a la ciudadanía. Y en este caso además, se encuentra en juego el compromiso asumido internacionalmente de respeto a los Tratados de Derechos Humanos, criterio que se ha visto reforzado en el derecho interno, con la sanción del artículo 1 de la ley 26.994, Código Civil y Comercial de la República Argentina², redactado precisamente por los Ministros de la Corte Suprema, Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco.

² TITULO PRELIMINAR. CAPITULO 1 “Derecho”.

“ARTICULO 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se

Sin perjuicio de lo expuesto, más allá de la inexigibilidad de este punto, igualmente la situación de debilidad del grupo que se pretende representar demuestra acabadamente la afectación del acceso a la justicia de un sector que percibe escuetas sumas que rondan los \$4.000 mensuales.

d.- Identificar el colectivo involucrado en el caso.

El primer requisito común que impone la Acordada para todo proceso colectivo sin importar los derechos implicados, hace centro en la precisa determinación del colectivo implicado, esto es, del grupo al que se pretende proteger o representar.

En tal sentido, el Máximo Tribunal de la Nación, en los autos “Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Com. c/AMX Argentina (Claro) s/proceso de conocimiento” del mes de diciembre de 2015, sostuvo: “(...) como ha dicho esta Corte, para la admisión formal de toda acción colectiva, se requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad, tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado (Fallos: 332:111, Consid. 20), pues resulta razonable exigir a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, lo cual exige caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante, como determinar quiénes son sus miembros [CSJ 566/2012 (48-A)/CSI ‘Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/Loma Negra Cía. Industrial Argentina SA y otros’ - 10/2/2015, Consid. 11]”.

En este último precedente citado “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/Loma Negra Cía. Industrial

tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

“ARTICULO 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Argentina SA y otros”, el Máximo Tribunal sostuvo: “(...)*En efecto, la definición de la clase es crítica para que las acciones colectivas puedan cumplir adecuadamente con su objetivo.*

“Ello es así ya que la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta u acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la acción. Solo a partir de un certero conocimiento de la clase involucrada el juez podrá evaluar, por ejemplo, si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encontrará comprometido de no admitirse la acción colectiva”.

En el caso de autos, la actora en su presentación ha definido con claridad al grupo que pretende representar, esto es, a todas las personas con discapacidad que cobraban la pensión no contributiva y que como consecuencia de ello, tenían como respuesta social, la cobertura del actual Incluir Salud (ex PROFE), las cuales a partir de esta decisión intempestiva del Estado Nacional, se han visto privadas de su derecho.

En consecuencia, el grupo de afectados es preciso y conforme los datos difundidos en los medios, ascendería a los 70.000 afectados, extremos que por sí mismos habilitan la procedencia de esta vía, no sólo desde la óptica del derecho de acceso a la justicia, sino también, de la necesidad de evitar el colapso del sistema judicial con el inicio de decenas de miles de acciones individuales por una misma razón y contenido.

Por tanto, también se estaría dando cumplimiento con ello.

e) Justificar la adecuada representación del colectivo.

Este tópico también es central, por cuanto no basta con acreditar la existencia de un conflicto colectivo y la existencia de la clase, sino también que quien habrá de actuar en nombre de ese grupo definido

posee aptitud para hacerlo, de manera tal que no existan dudas de su capacidad para estar al frente de tamañ o acto masivo.

Sobre este tópico explica Gil Domínguez que “la representación colectiva adecuada se vincula con las distintas condiciones que debe acreditar el legitimado procesal colectivo para promover una acción colectiva respecto de un bien colectivo indivisible o divisible que abarque a todos los titulares el derecho colectivo. Establecida la legitimación procesal colectiva, la representación colectiva adecuada se vincula con el derecho a la tutela judicial efectiva y la garantía del debido proceso respecto de los demás titulares del derecho colectivo que no participan de la acción colectiva que se tramitará, con lo cual, lo que se intenta es verificar que el legitimado procesal colectivo se encuentre en condiciones de defender o gestionar los intereses de todos los titulares del derecho colectivo tal como si estos hubieran estado presentes en el litigio o que su actuación posibilita constatar que, de haber promovido los ausentes la acción colectiva, no lo hubieran hecho de una mejor manera que su representante” (Gil Domínguez, Andrés: “Legitimación procesal colectiva y representación colectiva adecuada” - LL - 6/6/2014 - pág. 6; LL - 2014-C - pág. 399).

Debe recordarse que el artículo 43 de la Constitución Nacional en su parte pertinente establece que “podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

En consecuencia, es claro que conforme la norma constitucional, el actor posee legitimación colectiva para representar a los afectados por el bloque normativo cuestionado.

Sin embargo, ello no implica per se, que posea representación colectiva. La misma implica poseer capacidad para representar al colectivo de mejor manera de la que cualesquiera de ellos lo hubieran hecho.

Y en este punto entonces, cobra especial importancia una novedosa propuesta que se realiza en estos actuados, cual es la invocación del instituto del apoyo extrajudicial del art. 43 del Código Civil y Comercial ya transcripto, por parte de dos personas que poseen, no sólo conocimiento en la materia, sino experiencia funcional.

En el caso del Sr. Sergio Tomás Massa, además de haber sido candidato a Presidente de la Nación, entre otras funciones de envergadura, y en lo que aquí respecta, ha ejercido el cargo de director ejecutivo de la ANSeS (Administración Nacional de la Seguridad Social), durante los años 2002-2007, con lo cual evidencia conocimiento fáctico y teórico en la materia.

Por su parte, el Sr. Daniel Fernando Arroyo es Licenciado en Ciencia Política, y ha sido Viceministro de Desarrollo Social de la Nación y ex Ministro de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires, además de ser autor de los libros “Las Cuatro Argentinas” (2012) y “Políticas Sociales: Ideas para un debate necesario” (2010), extremos que acreditan un sobrado conocimiento sobre el tema en discusión.

A lo expuesto, se suma la profundidad del escrito presentado en autos, todo lo cual evidencia la intervención de especialistas en el presente debate.

En consecuencia, cabe entender que la configuración de esta actuación tripartita, sumada a la del letrado patrocinante, acredita la capacidad del amparista para resultar acabadamente representante del colectivo afectado.

En base a todo lo expuesto entonces, este Ministerio Público Fiscal es de la opinión que en autos se hallarían reunidos todos los recaudos exigidos por la Acordada 12/2016, y por consiguiente, sería

procedente efectuar consulta al Registro Público de Procesos Colectivos, a fin de determinar respecto de la existencia de otro proceso en trámite cuya pretensión guarde sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva aquí tratados.

Para el supuesto de que del informe emitido por el Registro en los términos del punto III del mentado Reglamento, surja que no existe otro proceso registrado que se encuentre en trámite, la Sra. Magistrada estaría en condiciones de dictar una resolución debiendo:

1. identificar provisionalmente la composición del colectivo, con indicación de las características o circunstancias que hacen a su configuración;
2. identificar el objeto de la pretensión;
3. identificar el sujeto o los sujetos demandados y
4. ordenar la inscripción del proceso en el Registro.

A su vez, he de considerar prudente que de las resoluciones dictadas se brinde notificación expresa a este Ministerio Público Fiscal de la Nación.

En suma, dados los derechos presuntamente afectados y, no advirtiéndose a criterio de este Ministerio Público Fiscal, otra herramienta con mayor grado de idoneidad para su tutela, a los fines de poder revertir en debido tiempo y forma en caso de corresponder la conducta denunciada, considero que se encuentra debidamente habilitada esta instancia judicial de amparo, con los alcances y por la vía señalada anteriormente (art. 43 CN y art. 1 y 2 Ley 16.986).

VI- En cuanto a la medida cautelar peticionada, liminarmente y toda vez que se encuentra vigente la ley 26.854, resulta necesario previo a todo, dejar sentado que tratándose la requerida de una medida que tiene por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2 inciso 2 de la norma citada, es decir, “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna..., la salud o un

derecho de naturaleza alimentaria”, categoría ésta última que comprende el beneficio de pensión por invalidez y la pérdida de la integración en Incluir Salud, considero no resulta necesario requerir del Estado Nacional la elaboración del informe previo que menciona el art. 4 inc. 1 de la ley 26.854.

Dicho ello, en cuanto a la procedencia de la medida cautelar peticionada, puedo ya adelantar que opinaré favorablemente, por los argumentos que a continuación expondré.

Sabido es que la sustanciación de un proceso, desde el inicio hasta la adopción de una decisión sobre el mérito –siempre resguardando el debido contradictorio– suele demandar un tiempo considerable.

Durante el mismo, quien ha sido convocado a juzgamiento puede desenvolver su accionar conforme a derecho, colaborando con el órgano jurisdiccional y aguardando la resolución que ratifique o desmerezca su posición. Pero también puede llevar a cabo determinadas conductas que impedirían la materialización del futuro mandato judicial.

Siendo esto último intolerable en aras de la protección del accionante y esencialmente para la propia operatividad de la jurisdicción, surge una actividad preventiva que, con la mirada puesta en la objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro y a partir de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenado la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juicio. De lo dicho se desprenden los presupuestos, requisitos o condiciones necesarias para que puede tener lugar la función cautelar.

Es decir, en determinadas circunstancias el procedimiento ordinario previsto para la resolución de conflictos puede no ser adecuado por si sólo para la conservación y salvaguarda de los derechos en juego, por lo cual sea necesario requerir de parte de los órganos del sistema

judicial, una acción expedita, oportuna y rápida, que impida que se consume un daño irreparable.

Este sería entonces el propósito de las medidas cautelares, evitar los perjuicios que pueda producir el retardo en adoptar un pronunciamiento definitivo, anticipando provisoriamente un resultado y evitando que, de lo contrario, la sentencia definitiva pierda su eficacia o su oportunidad.

Lo dicho permite reconocer la innegable importancia que tienen estas medidas para la protección de los derechos.

Couture, refiriéndose a las cautelares, asevera que la terminología que rige respecto de ellas es muy variada. Se las llaman, indistintamente, providencias cautelares, medidas de seguridad, medidas precautorias, medidas de garantía, acciones preventivas, medidas cautelares, etc. (Conf. Couture, Eduardo J., "Fundamentos del derecho procesal civil", 3º ed., Depalma, Bs. As., 1958).

En ese sentido, se puede decir que las medidas cautelares constituyen, en esencia, una serie de mecanismos procesales, instituidos, bien con el fin de tutelar o garantizar la efectividad de un proceso principal, bien con el de prevenir los perjuicios antijurídicos que pueden causarse con la iniciación, con el trámite o con la demora de su decisión (Conf. R. Parada Vázquez, "Prólogo" al libro de Chinchilla Marín, C. "La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Universidad Complutense-Civitas, Madrid, 1991, pág. 14).

Desde su perspectiva legal, el código ritual adopta un sistema que permite asegurar los derechos pretendidos cuando estos ya han quedado reconocidos, por sentencia (art. 212 del CPCCN) y también cuando son verosímiles, siempre que la eventual demora en su satisfacción por causa de la duración propia de todo proceso o por la realización por el deudores de actos que disminuyen o revelan el propósito de reducir su responsabilidad patrimonial, importe el peligro de que cuando llegue el

momento procesal oportuno, estos puedan haber salido de dicho patrimonio o resultar de difícil afectación.

*Esta medida excepcional supone –temas que se desarrollarán luego en profundidad– la verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro de la demora (*periculum in mora*), previstos en el art. 230 del CPCCN.*

*En ese sentido debe recordarse que, a medida que la verosimilitud del derecho es mayor, aproximándose a la certeza, disminuye o desaparece la exigencia de la demostración del *periculum in mora* (art. 212 de nuestro código de rito).*

Se trata pues de un instituto preventivo. El mismo “nomen iuris” encierra tal característica, pues el término “cautelar” significa “preventivo, precautorio”. El propio Diccionario de la Lengua Española reconoce como definición de “medida cautelar” aquellas “que se adoptan para preservar el bien litigioso o para prevenir a favor del actor la eficacia final de la sentencia”.

Por tal motivo, considero que el análisis de la pretensión cautelar debe conciliar la rapidez que amerita la adopción de la decisión y la prudencia con que se resulta necesario evaluar los recaudos de procedencia.

Es así, pues, por un lado, su rechazo puede hacer que el transcurso del tiempo torne imposible el cumplimiento de la sentencia y, por ende, se produzca una transgresión a la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. Por el otro, su admisión liviana o infundada puede provocar perjuicios innecesarios al peticionante que será pasible de ser demandado por los daños y perjuicios que dicha medida generó a la parte contraria.

Las medidas aquí tratadas constituyen un remedio judicial cuya principal pretensión es la de mantener la igualdad de las partes en el litigio, evitando que se convierta en ilusoria la sentencia que lo concluya,

debiendo subordinarse a la configuración de dos extremos forzosamente necesarios.

Ellos son, la verosimilitud del derecho invocado (fumus bonis iuris), y el peligro de sufrir un daño irreparable por la demora (periculum in mora) ambos previstos en el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a los que debe agregarse un tercero, la contracautela, previsto para toda clase de medidas cautelares en el art. 199 del ordenamiento procesal aludido.

1.- Verosimilitud del Derecho.

El primero de los presupuestos de las medidas precautorias consiste en un razonable orden de probabilidades sobre la existencia del derecho que pueda asistir al peticionante según las circunstancias, es decir que se entiende como la probabilidad que el derecho exista y no como una irrefutable realidad, que sólo logrará al agotarse el trámite (CNCiv. Sala E, 1-7-77, La Ley, 1980, v. C, pág. 714 y ss). Importa que, prima facie, en forma manifiesta, aparezca la probabilidad de vencer, o que la misma se demuestre mediante un procedimiento probatorio meramente informativo (inaudita parte, sin intervención de la parte contraria).

Debe resaltarse que no es necesario el grado de certeza propio de la sentencia, basta un grado menor, resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado. A este recaudo agrega Calamandrei el juicio de probabilidad de que la sentencia “declarara el derecho en sentido favorable a quien pide la medida cautelar” (Cit. en Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado”, T II, La Ley, Bs. As., 2007, pág. 438).

Ahora bien, lo que el juez debe hacer es juzgar la procedencia de la medida en sí misma y no prejuzgar sobre el fondo del asunto.

Esta verosimilitud del derecho debe surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa, resultando improcedente el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, cuya naturaleza y extensión han de ser dilucidadas con posterioridad (Conf. CNFed. Civ. y Com., Sala III, 02/07/2004, LA LEY, 24/02/2005).

Vale repetir aquí que la finalidad del proceso cautelar es asegurar la eficacia práctica de la sentencia, pero para ello no se va a contar con un conocimiento exhaustivo y profundo sobre la temática controvertida en el proceso, sino más bien un conocimiento superficial que debe ser suficiente para fundar la probabilidad acerca de la existencia del derecho que se está discutiendo en la causa.

En referencia a este punto, agrego que, al hablar de superficial no debe interpretárselo como inexistente, la verosimilitud debe existir y ser apreciable, pero se exige un grado menor de profundidad, habría más bien una probabilidad que una certeza.

Como dice Palacio, “Por el contrario, el estudio es superficial y periférico y por ende, necesariamente se arriba a una decisión basada en un mero juicio de probabilidad (Conf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, t. C-III, Abeledo – Perrot, Bs, As., 2005, p. 32).

La verosimilitud es ni más ni menos que la apariencia de que el derecho asiste a la parte requirente de la tutela preventiva. Es decir, el juez al analizar la pretensión, en el estado inicial del proceso, con los escasos elementos de prueba anejados a la causa y basado exclusivamente en las alegaciones del solicitante, se convence de que el reclamo tiene sustento jurídico suficiente.

En ese sentido se ha afirmado que “La finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad sobre la

existencia del derecho, lo cual permite que el juez se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias” (Conf. Sarquis Navarro, María C. c. Prov. de Stgo. del Estero, sent. del 30/10/2003).

Así las cosas, es posible afirmar que la verosimilitud es un estadio inferior a la certeza. En efecto, lo “verosímil” es aquello que “tiene apariencia de verdadero”; mientras que “cierto” es lo “conocido como verdadero, seguro, indubitable” (Conf. Diccionario de la Real Academia Española).

La jurisprudencia tiene dicho en este punto que “de allí que exigir en el marco de una tutela preventiva un juicio de verdad sobre su objeto choca con la finalidad misma de este instituto protectorio que, en palabras de la propia Corte, no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético dentro del cual agota su virtualidad” (CSJN, “Obra social para la actividad docente (OSPLAD) c. Prov. de Bs. As.”, sent. del 24/3/1994; asimismo, CSJN, “Albornoz, Evaristo I. c. Gobierno Nacional – Min. de Trabajo y Seguridad Social de la nación, sent. del 20/12/1984).

Al respecto también se ha afirmado que “Es un cálculo de probabilidades que permite prever que posiblemente en el juicio principal se admita la certeza del derecho (obviamente efectuado sobre prueba incompleta y no concluyente, pero que mínimamente acredita dicha probabilidad)” (Conf. C. Cont. Adm. y Trib. CABA, Sala I, “Slipak Edgardo Daniel c. GCBA s/ Otros procesos incidentales, sent. del 30/8/2006; CNCiv., sala A, “Zavalla, Carlos M. c. Asociación Mutual del Personal de YPF”).

Por esto, considero valioso expresar que el juicio que se realiza sobre la verosimilitud del derecho resulta ser una actividad judicial que debe efectuarse con prudencia pues no cualquier circunstancias amerita la recepción del pedido cautelar.

En ese marco, el peticionante debe demostrar somera pero fehacientemente que le asiste la razón, que el ordenamiento jurídico pareciera estar a su favor y que su situación merece ser atendida con la correspondiente protección preventiva.

Completando esta idea, se puede traer a colación la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que tiene dicho que “El examen de la concurrencia de la verosimilitud del derecho a los fines del dictado de una medida cautelar, exige una apreciación atenta la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso” (CSJN, “Provincia del Neuquén c. Estado Nacional”, Sent. del 21/03/2006).

Esto plantea la interrogante acerca de la compatibilidad entre un análisis efectuado en el marco de lo hipotético, de lo aparente y, al mismo tiempo, exigir que se lleve a cabo un estudio atento de la realidad comprometida.

Para evacuar este planteo, es bueno recordar que las tutelas cautelares se deciden sobre bases no contundentes, modificables, e incluso, refutables por la contraria –al momento de tomar ésta intervención–; pero ello no implica admitir su procedencia sin fundamentos razonables, razonabilidad que debe evaluarse conforme el estadio inicial del proceso.

Es más, cuando la jurisprudencia se refiere a la “realidad comprometida” exige un análisis que no sólo se limite a la verificación de un ordenamiento jurídico que de sustento legal a la medida sino también, aún cuando tal base normativa se manifieste endeble, que se haga lugar a la pretensión cautelar cuando a partir de la observación integral de la situación se advierta que el transcurrir de los tiempos puede generar un perjuicio grave y no susceptible de reversión por la decisión de fondo.

Ahora bien, y para concluir con este requisito, cabe agregar que “si de este examen surge que la apariencia no existe y que por lo contrario lo advertido sugiere la inexistencia del derecho, es decir, si la apariencia es negativa y la reversión del correlativo juicio de probabilidad negativo requiere el examen exhaustivo y profundo propio de la sentencia, la medida cautelar debe ser denegada (Conf. Ugarte, José Manuel, “Requisito de fundabilidad de las medidas cautelares”, en Hutchinson, Tomás (Dir.), Colección de análisis jurisprudencial. Elementos de derecho administrativo, La Ley, Bs. As., 2003, pág. 616).

Resulta menester recordar que el art. 12 de la ley 19.549 atribuye al acto administrativo una presunción de legitimidad que le permite gozar de fuerza ejecutoria.

En función de ello, “Tanto la Corte de Justicia nacional, como los tribunales inferiores especializados en materia administrativa subordinan el dictado de medidas cautelares con impronta innovativa contra la Administración en una matriz más severa que la utiliza en las causas entre particulares. Así, el más alto tribunal tiene dicho que a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar debe agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público”. (Cfr. Patricio Marcelo E. Sanmartino, “La suspensión de los efectos del acto administrativo y el daño irreparable”, ED177768).

Así las cosas, si la suspensión del pago del beneficio estuviese fundada en un acto administrativo que así lo dispuso, esa presunción de legitimidad protegería en principio su ejecución.

Pero en el caso de marras, de acuerdo al relato de los hechos brindado, no nos encontraríamos con un acto administrativo del Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social de la Nación) que hubiera dado vista al particular a efectos de que ejerza su derecho de defensa y luego si decidiera fundadamente suspender el beneficio de pensión por la razón de

que se trate, sino que estaríamos en presencia de una vía de hecho de la Administración, que habiendo emitido su voluntad en un sentido, actúa luego en el sentido contrario.

En este sentido, cabe recordar que el art. 9 de la LNPA dispone que “La Administración se abstendrá: a) de comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales...” habiendo entendido la doctrina especializada que las denominadas “vías de hecho” se configuran en los siguientes supuestos “... a) el acto válido o no dictado originariamente y de oficio, que no fue notificado al interesado, se ejecuta con hechos; b) pendiente un recurso administrativo que tenga por ley efecto suspensivo del acto, o cuya suspensión haya sido dispuesta expresamente, el acto es ejecutado sin resolverse previamente aquél; c) la ley debe ejecutarse a través de un acto previo de alcance individual, pero la autoridad, sin dictarlo actúa directamente a través de hechos” (Conf. Linares J. F. en “Derecho Administrativo” citado en la obra “Procedimientos Administrativos” de Julio Rodolfo Comadira, Tomo I, pag 218, Edit. La Ley).

Surge de autos que el hijo de la amparista sería titular de un beneficio por discapacidad, teniendo el correspondiente certificado vigente (el cual adjunta), con fecha de otorgamiento 17 de Noviembre de 2014 y vencimiento el 14 de Noviembre de 2019.

Detalla que, como consecuencia de su discapacidad, el Estado Nacional desde el año 2013, hizo efectivo su derecho humano a la alimentación y a la salud, al concederle una pensión que alcanza los \$ 4.000, con más el derecho de hacer uso del Programa Federal de Salud, (antes denominado PROFE, hoy “Incluir Salud”), con el cual trata sus necesidades de rehabilitación médica.

Explica que dicho monto se adiciona a la jubilación mínima que cobra la firmante del presente amparo, sumas con las cuales deben comer, vestirse, pagar los impuestos, luz, gas, etc.

En tal sentido, expresa que la suspensión que denuncia como inconvenencial e inconstitucional pone en riesgo el sustento mínimo del grupo familiar.

Ello, por cuanto explica que la cancelación o suspensión de la pensión no sólo produce el cese de la percepción de la escueta suma antes citada, sino que genera un daño más grave, como lo es la pérdida de la cobertura médica social PROFE (PROGRAMA FEDERAL DE SALUD el cual ha mutado su nombre por Incluir Salud), lo cual le impide continuar con todos y cada uno de los tratamientos de habilitación y rehabilitación médica a los que tiene derecho, máxime en los términos de la ley 24.901, como así también a los remedios que compensan la misma.

En relación a esto, considero fundamental lo sostenido por el máximo Tribunal, en materia de derechos adquiridos, especialmente en materia previsional, afirmando: “el derecho queda adquirido desde que se han cumplido los requisitos sustanciales y formales previstos en la ley” (CSJN, 28-12-76, L. L. 1977-B-378). Y ha sostenido: “ni el legislador ni el juez podrán, en virtud de una ley nueva o de su interpretación arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, pues en este caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de propiedad reconocida por la Ley Suprema” (CSJN, 24-3-94, L. L. 1995-A-155).

Como es sabido, el concepto de derecho subjetivo constituye el límite de la potestad administrativa revocatoria. Se lo conecta con la noción de “derechos adquiridos” porque son los “incorporados irrevocablemente al patrimonio del adquirente, diferenciándolos de las simples expectativas o simples esperanzas” (Ismael Farrando y otros, “Manual de Derecho Administrativo, Depalma, Bs. As. 1996, pág. 243).

Cabe mencionar también que la doctrina de los derechos adquiridos es una creación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia

de la Nación, forjada a partir del fallo "Carman de Cantón" de 1936 (Fallos 175:368) en el que, además de sentar la tesis de la estabilidad del acto administrativo, dijo que "no existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisables, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades cuyo personal sufre mutaciones frecuentes por ministerio constitucional, legal o ejecutivo".

En otras palabras, existe un derecho adquirido cuando, bajo la vigencia de una ley, el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales y previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho.

Por otro lado, no surge de las constancias acompañadas que se haya dictado un acto administrativo con el fin de dejar sin efecto o modificar los términos en el beneficio que venía percibiéndose, lo que configuraría un irregular comportamiento material por parte de la demandada, prohibido por el ordenamiento legal.

A mayor abundamiento merece recordarse que Rodolfo C. Barra, ex Ministro de la Corte Suprema argentina, tiene escrito, acerca de la Administración Pública, que: "Su voluntad no es autónoma, ya que se encuentra bajo la denominada "sujeción positiva a la ley" —debe hacer y decidir sólo lo que la norma le ordene o autorice— a diferencia del particular, que, reiteramos, tiene un sometimiento "negativo" a la ley, esto es, puede hacer y decidir —o sus negativas— todo lo que quiera, menos lo que la norma le prohíbe, y sólo se encuentra obligado con relación a lo que aquélla le mande de manera imperativa" (Barra, Rodolfo C. "Orden Público en el Derecho Administrativo", L.L. cita en línea: AR/DOC/4221/2015).

Otras voces del Derecho Público abordan los límites legales de la Administración y aluden a ellos con el concepto de la discrecionalidad

reglada. Es decir, nuestro sistema normativo no reconoce a los órganos administrativos más margen de acción (o de discreción) que el establecido en las leyes. Toda medida pública que no tenga respaldo en una autorización legislativa previa incurre en un exceso, o bien en una insubordinación, volviéndola nula.

El tratadista Agustín Gordillo ha escrito que “...de hecho existe ya toda una legislación que necesariamente se aplica en una y otra oportunidad a las facultades concedidas “directamente” por la Constitución al Poder Ejecutivo, sin que nunca se haya cuestionado su constitucionalidad, ni, confiamos, nunca se llegue a cuestionar; por lo que debe notarse que estas facultades están al presente sujetas a legislación...” (Gordillo, A., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, Capítulo VII, página 14).

Asevera, en tal sentido, que “Nada puede escapar a la ley del Congreso de la Nación, por lo que hace a la administración pública. Eso, al menos, en un sistema democrático de derecho” (Gordillo, A., op. cit, página 15).

El Prof. Pedro Coviello ha explicado, al publicar su tesis doctoral, que “el contenido actual de la vinculación de la Administración a la ley u ordenamiento jurídico, traducida en el principio de legalidad administrativa, muestra que la norma jurídica no es vista como un límite externo de actuación de los poderes públicos (...) sino, por el contrario, como una condición o habilitación previa del ordenamiento para la actuación administrativa –doctrina de la vinculación positiva- (Coviello, P; La protección de la confianza del administrado. Derecho Argentino y derecho comparado; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, primera edición).

En la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, el mencionado principio de legalidad fue desarrollado por el voto del juez Belluscio en el caso “Sesto de Leiva”, donde se consideró: “...el denominado principio de legalidad resulta esencial, y postula como tal el

sometimiento del Estado moderno no sólo a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico –entendido esto como una realidad dinámica– o (...) al bloque de legalidad” (Sentencia del 19 de septiembre de 1989, en el caso “Sesto de Leiva”, Fallos, 312:1686).

La presunta incursión de la Administración en las llamadas “vías de hecho” delineadas en el art. 9 de la LNPA, violentaría el valor jurídico de la legalidad o “juricidad” al que debe someterse siempre la actividad de la demandada, resultando por ello lo expuesto suficiente para tener por acreditado, en el embrionario estado del trámite y sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva tras oír a la contraria, la configuración de la verosimilitud del derecho necesaria para otorgar la cautelar requerida.

Atento a lo manifestado por la amparista en los antecedentes del caso y la documental aportada, sumado a lo expresado previamente en torno al criterio de este Representante del Ministerio Público respecto de la normativa aplicable, la jurisprudencia de nuestra CSJN y la doctrina citada, entiendo que el requisito de la verosimilitud del derecho se encontraría acreditado en autos.

2.- Peligro en la demora.

En cuanto al peligro en la demora no basta el simple temor del solicitante, sino que debe derivar de hechos que puedan ser apreciados –en sus posibles consecuencias– aún por terceros (CNCiv., Sala C, 26-6-80; J.A., (Repertorio), 1981, p. 477, Nº 11; s.); es el interés jurídico que la justifica para disipar un temor de daño inminente (Cám. Ap. Civ. y Com., Morón, Sala II, causa 11.393, Reg. Int. 436/82).

Es decir que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifiquen la medida cautelar, pues no basta la mera invocación de la urgencia por parte de quien la peticiona, lo que significa que debe existir un temor grave fundado, en el sentido que el derecho sufra un menoscabo durante la substanciación del proceso.

El periculum in mora señala el interés jurídico del peticionante y debe referirse al riesgo de sufrir un daño grave e irreparable, pero que no puede justificarse de modo tan exigente cuando existe mayor verosimilitud (Conf. Fenochietto, Carlos Eduardo - Arazi, Roland", Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo 1, Pág. 833, ed. Astrea, Buenos Aires 1993).

Sobre el tema, Calamandrei advirtió que si se postergara, el daño temido se transformaría en daño efectivo; hay urgencia que no puede tener como prevención otros medios procesales; peligro de un daño irremediable; traduce un conflicto entre obrar pronto y obrar bien. En tal sentido, debe haber una posibilidad de que pueda frustrarse la futura sentencia si no se adopta la medida con anterioridad.

Este peligro puede ser comprendido como el riesgo probable de que la sentencia definitiva adoptada en el expediente principal no pueda hacerse efectiva, es decir, sea inoperante, en virtud del tiempo transcurrido durante la sustanciación del pleito (Conf. Palacio, Lino E., Derecho procesal civil, Abeledo Perrot, Bs. As., 1992, t. VIII, ps. 32 y 34; C.Cont. Adm. y Trib. CABA, sala I, "Zulaica Roberto contra GCBA y otros sobre otros procesos incidentales", sent. del 9/10/2008).

Es decir, el periculum in mora debe ser reclamado con "sustento en la necesidad de que el tiempo que insuma al magistrado en dictar resolución sobre el fondo de esta causa no frustre los derechos de los accionantes" (C.Cont. Adm. y Trib. CABA, sala I, "Araujo Albrecht, Roxana y otros contra GCBA sobre otros procesos incidentales", Expte n° 26.054/2, sent. del 18/3/2008).

Ahora bien, según la doctrina de la Corte Suprema, la constatación de este recaudo también debe ser juzgada con criterio objetivo a partir de un análisis atento de la realidad comprometida, al punto tal que su configuración pueda ser apreciada incluso por terceros (Conf. CSJN, Fallos: 330:4144, "T.S.R. Time Sharing Resorts SA c. Neuquén, Provincia

del s/ amparo”, sent. del 18/9/2007, disidencia de los Dres. Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y E. Raul Zaffaroni; ídem, CSJN, Fallos: 329:2764, “Valle Gonzalo, Crescente Carmelo c. Santa Fe, Prov de s/ daños y perjuicios”, sent. del 11/7/2006, disidencia del Dr. Fayt) y que permita determinar cabalmente si las secuelas que los hechos cuya configuración se intentan evitar pueden impedir la eficacia cierta del reconocimiento posterior de los derechos en juego que tiene lugar con el dictado de la resolución de fondo que implica la extinción del proceso (CSJN, Fallos: 329:3890, “Orbis Mertig San Luis SAIC c. Bs. As., Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 19/9/2006; ídem, CSJN, Fallos: 329:2111, “Estado Nacional (Ejército Argentino) c. Entre Ríos, Prov. de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sent. del 30/5/2006; CSJN, Fallos: 328:4309, “La Pampa, Prov. de c. Fondo Fiduciario de Infraestructura regional s/incumplimiento de contrato”, sent. del 6/12/2005) (Conf. Ammirato, Aurelio - Sara, Paula, “Medidas Cautelares contra el Estado”, en Kiper, Claudio M., (Dir.), “Medidas Cautelares”, La Ley, Bs. As, 2012, pág. 687-688).

Asimismo, debe recalcarse que el peligro en la demora encuentra sustento en el factor temporal (CSJN, Fallos: 329:4161, “Neuquén, Provincia del c. Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/medida cautelar – incidente sobre medida cautelar –INI”. “El factor temporal se vuelve imprescindible para examinar si concurre el peligro en la demora, esto es si la circunstancia de mantener el “statu quo erat ante” convierte la sentencia, o su ejecución, en ineficaz o imposible”, sent. del 26/9/2006, voto de la mayoría, al que no adhirió el Dr. Carlos S. Fayt).

De esta forma, se admitirá su configuración cuando la dilación de los plazos pueda dar lugar a un temor fundado de padecer daños graves e irreversibles o perjuicios inminentes.

Se ha dicho sobre el particular que: “La nota común a todas las medidas cautelares es la existencia de un peligro inminente, derivado de

un acontecimiento natural o humano, que amenazada gravemente con sacrificar un interés tutelado por el derecho” (Conf. SEIJAS, GABRIELA, “Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Bs. As. a la luz de su interpretación judicial”, en Cassagne, Juan C. (Dir.), *Tratado de derecho procesal administrativo, La Ley*, Bs. As., 2007, p.295).

En pocas palabras, la urgencia y temor de daño son las condiciones de procedencia del peligro en la demora.

Desde el plano normativo, nuestro Código de Rito establece en su art. 230, tres supuestos que hacen procedente la admisión del periculum in mora, a saber: 1) que la variación de la situación fáctica incida sobre la sentencia a dictarse; 2) que la sentencia se convierta en ineficaz y 3) que el fallo sea de imposible cumplimiento.

En síntesis, el periculum in mora debe definirse como “el riesgo probable de que el derecho reclamado se frustre debido al tiempo que insume la sustanciación de la causa. De esta forma, el temor de sufrir un daño inminente o irreparable se concretara en un perjuicio efectivo si la medida cautelar no se concede, es decir, si no se otorga una protección en tiempo oportuno”. Más aún, “Está ínsito en la noción de peligro el temor de padecer una situación adversa. A su vez, la demora se torna peligrosa cuando se trata de obtener soluciones urgentes y ello no se muestra como factible debido a otros factores atinentes al caso particular (v.gr., trámite procesal) (Conf. Barbarán, Josefina – Saba, Paula A., “Medidas cautelares”, en *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Bs. As.*, 2^a ed., Bs. As., 2010, págs. 401 y ss.).

Resulta menester agregar a lo dicho que la tutela cautelar tiene su propia lógica, que no debe pervertirse, desbordando sus efectos necesariamente provisionales, para convertirse en una resolución definitiva o cuasidefinitiva. Lo que supone, en último término, que ese juicio previo debe dejar las puertas totalmente abiertas a la incertidumbre que hasta el

final del proceso debe existir acerca de la resolución final (Conf. Kiper, Claudio M., “Medidas Cautelares”, 1º ed., Bs As.; La Ley, 2012, pág. 16).

En términos amplios, la generalidad de los jueces suelen considerar la existencia de peligro en la demora cuanto la prestación reclamada tiene carácter alimentario (v. gr., está en juego el pago de una pensión, la obtención de un plan para desocupados, etc.).

También cuando se encuentran en juego derechos personalísimos, u otros con fuerte respaldo constitucional (v. gr., obtención de remedios o tratamientos médicos, ingreso de un alumno a un colegio, impedimento para trabajar, contaminación del ambiente, etc.), pues resulta evidente que la sentencia, si es favorable, podría ser tardía.

No obstante lo cual, la concesión de una medida cautelar requiere siempre un estudio prudente del caso, a fin de evitar que la naturaleza jurídica y la finalidad de la medida, termine por desvirtuarse.

Sobre el periculum in mora, en lo concerniente específicamente a estos autos, permítaseme destacar que las circunstancias en las cuales se encuentra ... sumado a la discapacidad que presenta el Sr. C. J. conforme las constancias de autos, requieren de una intervención inmediata toda vez que se encuentran en juego el derecho a la salud y a la vida siendo “...el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Campodónico de Beviacqua c. Ministerio de Salud, Fallos: 323:3229, 3239, considerando 15, sus citas y otros), y cuya garantía, mediante acciones positivas”, resulta una obligación impostergable” de las autoridades públicas (ídem, p. 3239, considerando 16).

También ha dicho la CSJN que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente –su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la misma Corte ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas (Conf. Fallos: 321:1684 y causa A.186 XXXIV “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ Amparo ley 16.986” –LA LEY, 2001-B-126 –; causa C.823.XXXV. “Recurso de Hecho – Campodónico de Beviacqua Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásticas”).

En este temperamento de ideas, resulta relevante reflexionar que el goce de la salud, entendido en sentido amplio, importa la defensa del derecho a la vida y a la preservación de aquella, que dimana de normas de la más alta jerarquía (conf. Preámbulo y arts. 31, 33, 42, 43, 75 inc. 22 Constitución Nacional; 3 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 incs. 1 y 2 ap. d) del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 4 inc. 1, 5, inc. 1 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica).

Entiendo así, que la labor de los jueces resulta determinante para sortear la paradojal situación derivada del contraste entre la incesante retórica de los derechos humanos y su constante expansión normativa, frente a la indisponibilidad de los mismos para la mayoría de la población.

No es ocioso recordar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que “Los jueces deben actuar con suma cautela cuando deciden cuestiones que conducen a la denegación de prestaciones de carácter alimentario, pues en la interpretación de las leyes previsionales el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de no

desnaturalizar los fines que las inspiran” (CSJN “Vera Barros Rita E. C/ Est. Nac. Armada Argentina” sent. del 14/12/94).

Es dable tener presente que, aunque en el marco de otros supuestos fácticos distintos pero vinculados al derecho a la salud, el Supremo Tribunal ha interpretado que los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pedidos, para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditivas, impidiendo que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional, lo cual se produciría si el reclamo tuviera que aguardar el inicio de un nuevo proceso (Fallos: 327:2127; 329: 4.918; 330:4.647, 331:563, entre otros).

Debe destacarse que el periculum en mora que se desprende de autos no reside exclusivamente en la pérdida del ingreso económico que proporciona el beneficio de pensión, sino más bien en la pérdida del acceso al Programa Federal Incluir Salud.

Este Programa resulta ser un Sistema de Aseguramiento Público de Salud que garantiza el acceso a los servicios de salud a madres de siete o más hijos, personas con discapacidad y adultos mayores de 70 años titulares de Pensiones No Contributivas (PNC), entre otros grupos, generando condiciones de equidad para el ejercicio del derecho a la salud en todo el territorio nacional.

Por medio del mismo, se pretende garantizar a los titulares el acceso a los medicamentos del Plan Médico Obligatorio y a los de alto costo, como por ejemplo los medicamentos biológicos y oncológicos.

Según la página del Ministerio de Salud, “Gracias al fuerte compromiso y al trabajo conjunto entre la Nación y las Provincias el programa alcanza a más de un millón de titulares brindando un acompañamiento continuo de la condición de salud de la persona y de la comunidad. La inversión del Estado nacional no se destina solamente a la cobertura de la atención a la enfermedad, sino que busca intervenir en la

realidad socio-sanitaria para que nuestro pueblo viva con bienestar, en el ejercicio pleno de sus derechos". (conf. <http://www.msal.gob.ar/incluirsalud/>)

Entre sus objetivos se encuentra:

- *Mejorar la calidad de atención de los titulares de Pensiones No Contributivas (PNC) inscriptos en el programa para el ejercicio pleno de su derecho a la salud.*
- *Asistir a las provincias en la implementación de un modelo de planificación sanitaria dentro de un esquema de monitoreo y auditoría permanentes.*
- *Promover un modelo prestacional para la Atención Primaria en las redes de salud locales.*
- *Propiciar el seguimiento continuo e integral de la condición de salud del titular en un centro de salud cercano a su domicilio.*
- *Obtener información epidemiológica sobre la situación de salud de los titulares del programa.*
- *Fomentar la realización de actividades de promoción y prevención de la salud en el ámbito comunitario.*
- *Impulsar reformas para lograr mayor eficiencia en los sistemas de gestión del programa.*

Asimismo se expresa que "El Programa Incluir Salud promueve el acceso a titulares de una Pensión No Contributiva (PNC) al ejercicio pleno del derecho a la salud en todo el territorio nacional, y asiste a las respectivas jurisdicciones en la implementación de un modelo de planificación sanitaria que permita una cobertura médica integral" y agrega "Los titulares de derechos acceden a Incluir Salud desde el mismo momento en que la Comisión Nacional de Pensiones, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, informe el alta de su pensión al Registro del Programa. Además, es requisito excluyente que el titular no

posea otra cobertura médica del Sistema Nacional de Seguro de Salud o de la Obra Social Provincial”.

El escenario fáctico dentro del cual se encuentra el amparista, partiendo de la base que el acceso al Programa Incluir Salud requirió en su oportunidad la demostración acerca de la carencia de otro sistema de cobertura de salud, me llevaría a concluir que el requisito del peligro en la demora se hallaría acreditado toda vez que la demora en el restablecimiento del acceso al Programa podría conllevar a un deterioro efectivo en la salud de la persona.

VII-. A esta altura del dictamen y teniendo en consideración el objeto de la medida cautelar solicitada y su relación con el fondo de la acción de amparo incoada, respecto de la procedencia del dictado de medidas cautelares disponiendo la suspensión de un acto emanado de autoridad pública el cual, como tal, goza de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, la doctrina y jurisprudencia aconsejan actuar con suma cautela y carácter restrictivo, debiendo meritarse fundadamente los alcances de restar autoridad a lo dispuesto, ya que razones de buen orden ameritan propiciar la estabilidad del acto, salvo que se comprobare la existencia de vicio en el procedimiento o marco legal aplicable, de suerte tal que exista la presunción de la existencia de una causal de nulidad, conforme los supuestos que prevé el art. 14 de la ley 19.549.

Empero, dicho principio debe ser valorado en materia de seguridad social, donde se encuentran en juego derechos de carácter alimentario, y la aplicación estricta del mismo podría llegar a configurar en supuestos -como en el caso- de suspensión de beneficios previsionales, un daño tal que atentara contra la propia subsistencia del beneficiario y que, por su naturaleza, no sería susceptible de reparación ulterior (Conf. "Soria, Carlos Segundo c/ A.N.Se.S. s/Incidente", sent. int. 59342, Sala II, Excma. C.F.S.S. Del voto de la

mayoría -argumento de la Dra. Lucas-. El Dr. Fernández votó en disidencia).

Cuando la medida cautelar se intenta frente a la Administración Pública, debe acreditarse, "prima facie", la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Y ello es así porque, como se ha dicho, sus actos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, razón por la cual, en principio, ni los recursos administrativos ni las acciones judiciales mediante las cuales se discuten su validez, suspenden su ejecución (cfr. art. 12, ley 19.549; C.F.S.S., Sala II, sent. del 08.05.90, "Unión Industrial Argentina c/I.N.P.S.); C.N.A.Cont.Adm.Fed., Sala V, sent. del 25.09.97, "Performar S.A. c/ D.G.I.); ídem, sent. del 29/09/97, "Asociación Ecologista Nueva Tierra c/ E.N.); ídem, sent. del 08.09.99, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N.").

En autos parecería que la demandada habría incurrido en una “vía de hecho” disponiendo de forma unilateral la suspensión del beneficio que había otorgado, en abierta violación al art. 9 inc a. de la ley 19.549, incumpliendo de este modo el procedimiento establecido para la revocación de un acto de alcance particular debidamente notificado.

En relación a ello, merece recordarse que “La mayor parte de las operaciones administrativas requieren un acto administrativo previo. Si éste no ha llegado a dictarse, falta la cobertura que autoriza y delimita los alcances de la ejecución y, por ende, el particular afectado queda privado de las garantías del debido proceso adjetivo (art. 1 inc. f. de LPA) e impedido de ejercer los remedios que el ordenamiento jurídico establece para impugnar la decisión administrativa” (Régimen de Procedimientos Administrativos, Ley 19.579, Revisado, ordenado y comentado por Tomás Hutchinson, Ed. Astrea 2006, 8va edición ampliada y actualizada, pág. 96).

Por lo dicho, la relación entre la medida innovativa y el objeto de la pretensión principal –no obstante pudieran implicar un anticipo de jurisdicción o tutela anticipada– no resultan óbice para la pretensión cautelar requerida, en la medida en que las vías de hecho que derivaron en la suspensión del beneficio de pensión por discapacidad, prima facie se encontrarían viciadas de arbitrariedad y/o ilegalidad.

IX.- En razón de lo expuesto, este Ministerio Público Fiscal entiende, que la Sra. Magistrada resulta competente para entender en autos por la naturaleza de la pretensión, que resulta formalmente procedente la vía del amparo, tanto individual como colectivo –debiendo cumplirse con el art. 8 de la ley 16986– y, finalmente, que se infiere en la especie –en atención a la situación acreditada por el accionante–, configurados la verosimilitud del derecho invocado y el periculum in mora previstos en el art. 230 del CPCCN, que habilitaría la admisión de la cautelar solicitada.

En los términos que anteceden téngase por contestada la vista conferida. Fiscalía, 28 de junio de 2017.

GABRIEL DE VEDIA
Fiscal Federal

ANTE MI

PATRICIO J. TORTI CERQUETTI
Secretario Federal