

EDICIÓN ESPECIAL
30 ANIVERSARIO

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Comentada

AUTORES

- Pablo José Asa
- Verónica Asurey
- María Bacigalupo de Girard
- Yael S. Bendel
- Cecilia Bertolé
- Daniela Bianchi
- Carlos Bigalli
- Eugenia Braguinsky
- Estela de Carlotto
- Marcelo Colombo
- Damián Natalio A. Corti
- Horacio Guillermo Corti
- Luis E. Duacastella Arbizu
- María Victoria Famá
- María Julia Feierherd
- María Soledad Figueroa
- Aldo Gustavo de la Fuente
- Norberto Garrote
- Juan Facundo Hernández
- Verónica Jaramillo Fonnegra
- Laura B. de Marinis
- María Fernanda Mattera
- Marta del Rosario Mattera
- Luciana Luaces Bossini
- Noris Pignata
- Gustavo Ponce
- Jimena Posleman
- Claudio Presman
- Silvia Pujol
- Cecilia Queirolo
- Liliana Ronconi
- María Isabel Rua
- Norma Sas
- Nora Schulman
- Inés Selwood
- Alejandro Javier Siderio
- Farith Simon
- Marisa Snaider
- Nadia Anahí Tordi
- Rodolfo Urribarri
- Inés M. Weinberg



Ministerio Público Tutelar
Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires



AUTORIDADES

Asesora General Tutelar

Dra. Yael S. Bendel

Secretaría General de Política Institucional

Dra. Laura Grindetti

Secretaría General de Gestión

Dra. Ana Cueva Rey

Secretaría General de Coordinación Administrativa

Dra. Paula Mazzucco

Asesora General Tutelar Adjunta de Menores

Dra. María de los Ángeles Baliero de Burundarena

Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces

Dra. Magdalena Giavarino

Asesorías ante el Fuero Contencioso, Administrativo y Tributario

Asesora Tutelar de Primera Instancia N° 1

Dra. Mabel López Oliva

Asesor Tutelar de Primera Instancia N° 2

Dr. Damián Natalio Ariel Corti

Asesor Tutelar de Primera Instancia N° 3

Dr. Jorge Luis Bullorini

Asesora Tutelar de Primera Instancia N° 4

Dra. Norma Sas

Asesor Tutelar de Cámara N°1

Dr. Gustavo Moreno

Asesor Tutelar de Cámara N° 2

Dr. Juan Cataldo

Asesorías ante el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas

Asesor Tutelar de Primera Instancia N° 1

Dr. Carlos Bigalli

Asesor Tutelar de Primera Instancia N° 2

Dr. Rodrigo Carlos Dellutri

Asesora Tutelar ante la Cámara de Apelaciones

Dra. Noris Pignata

Coordinación general: Yael S. Bendel

Coordinación de contenidos: Mariela Aisenstein, Gabriela Castillo, Andrea Ventura.

Edición: María Soledad Gómez

Diseño y diagramación de contenidos: Jimena Llores, Lucía Nies, Verónica Kapelusznik.

Edición concluida en noviembre de 2019

Versión digital disponible en www.mptutelar.gob.ar

El derecho a la seguridad social

Damián Natalio A. Corti¹

¹ Abogado, Asesor Tutelar de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Director de la Carrera de Derecho del Instituto Universitario Nacional en Derechos Humanos Madres de Plaza de Mayo.

ARTÍCULO 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.
2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

1. Liminariamente, corresponde destacar que, de conformidad con la interpretación asignada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), esta norma debe ser analizada conjuntamente con las restantes que forman parte del *Corpus Iuris* de Derecho Internacional de Protección de los Derechos de los Niños.² Es así como, dentro de este universo normativo, debemos destacar el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,³ el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos,⁴ los arts. 9 y 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) "Protocolo de San Salvador",⁵ el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC),⁶ el art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁷ y el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer,⁸ entre otros.

2 Corte IDH, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala", 19 de noviembre de 1999, párr. 194.

3 El artículo prescribe: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

4 La norma prevé: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

5 El art. 9 establece: "Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a 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 para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto", y el art. 16: "Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo".

6 La norma citada establece: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".

7 El art. 5 en su parte pertinente prescribe: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: [...] e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: [...] iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales".

8 La norma en su parte pertinente establece: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: [...] e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas".

2. El artículo en análisis nos remite al campo de la seguridad social, el cual, debido a su eminente carácter redistributivo, ejerce un rol fundamental para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social.

Con esta idea en mente, se normativiza la obligación estatal de garantizar un sustento económico a todos los niños, niñas y adolescentes, teniendo en consideración los recursos con los que aquellos cuentan, como así también el de las personas que sean responsables de su mantenimiento.⁹

Recuérdese en este sentido que la seguridad social es "un derecho humano fundamental y un instrumento esencial para crear la cohesión social".¹⁰

En este aspecto, cuadra destacar la Declaración de Filadelfia de 1944¹¹ en punto a "extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa" que, de conformidad con el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, se encuentra destinada en particular a la "protección de los niños".

Todo ello surge expresamente de la Observación General N° 19 del PIDESC relativa al art. 9. Destáquese que en el párr. 1 se le reconoce a este derecho una importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana; como se refiere en el párr. 2, incluye

... [el] derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos en atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.¹²

Téngase presente también que, en el párr. 26 de la Observación General N° 7 "Realización de los derechos del niño en la primera infancia" del Comité de Derechos del Niño, se indica que una de las estrategias sistemáticas para reducir la

9 En igual sentido, Ricart, Quima Oliver I., *La convención en tus manos. Los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Montevideo, UNICEF Uruguay, 2004, p. 54.

10 Conferencia Internacional del Trabajo, 89° reunión, informe del Comité de Seguridad Social, resoluciones y conclusiones relativas a la seguridad social, 2001.

11 Se trata de la Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y de los principios que deben inspirar a sus Miembros, la cual forma parte de la Constitución de dicha Organización, establecida por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión, el 10 de mayo de 1944.

12 Comité DESC, Observación General N° 19 "El derecho a la seguridad social (artículo 9)", E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008.

pobreza en la primera infancia y para combatir sus efectos negativos en el bienestar del niño es "realizar el derecho del niño a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social".¹³

Por último, cuadra remarcar la Observación General N° 15 "Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud", también del Comité de Derechos del Niño, en cuyo párr. 29 se indica:

Deberán determinarse y eliminarse los obstáculos al acceso del niño a los servicios sanitarios, incluidos obstáculos financieros, institucionales y culturales. Es indispensable la inscripción de nacimientos gratuita y universal, y deben realizarse intervenciones en la esfera de la protección social, en particular mecanismos de seguridad social como ayudas o subsidios infantiles, transferencias en metálico y bajas de paternidad retribuidas, todas ellas entendidas como inversiones complementarias.¹⁴

Asimismo, en el párr. 55 se establece:

El Comité recomienda que las intervenciones en el ámbito de la protección social garanticen la cobertura universal de la atención o el acceso financiero a ella, bajas de paternidad retribuidas y otras prestaciones en materia de seguridad social, así como legislación para limitar la comercialización y la promoción indebidas de sucedáneos de la leche materna.¹⁵

3. En lo que respecta al derecho interno, cuadra destacar lo establecido por los arts. 14 bis, 75, inc. 23 y 125 de la Constitución Nacional.¹⁶

13 Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 7 "Realización de los derechos del niño en la primera infancia", CRC/C/GC/7, 14 de noviembre de 2005.

14 Observación General N° 15 "Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)", CRC/C/GC/15, 17 de abril de 2013.

15 *Ibidem*.

16 Las normas constitucionales citadas prescriben, respectivamente: "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"; "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia"; y "Las provincias y la Ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura".

Asimismo, cuando hablamos de los beneficios de la seguridad social, debemos necesariamente reconocer este derecho dentro de ese proyecto social de la Constitución Nacional, tal como fue indicado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) a partir de la nueva cláusula del progreso (art. 75, inc. 19), según la cual corresponde al Congreso proveer lo conducente "al desarrollo humano" y "al progreso económico con justicia social".¹⁷

Agréguese que, tal como tiene dicho la CSJN:

El objetivo preeminente de la Constitución es lograr el bienestar general, es decir, la justicia en su más alta expresión, la justicia social. Tiene categoría constitucional el principio: in dubio pro justitia socialis, con arreglo al cual las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes, de tal manera, consiguen o tienden a alcanzar el bienestar.¹⁸

Por su parte, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA) le da operatividad a este derecho en sus arts. 14, 21, 43, 44, 80, inc. 2 y 81. En este aspecto, cuadra remarcar que expresamente el art. 14 citado prevé la posibilidad de promover un amparo colectivo en materia de seguridad social.

A nivel legal nacional, corresponde destacar lo dispuesto por el art. 26 de la Ley N° 26.061,¹⁹ y a nivel legal local, lo dispuesto por el art. 35 de la Ley N° 114 en cuanto prevé este derecho como uno de los ejes en que se sustentan las políticas públicas de protección integral de derechos.

4. Ahora bien, delimitado el marco normativo, corresponde poner de resalto algunos aportes jurisprudenciales históricos de la CSJN para poder reconocer la importancia de este derecho.

Al solo efecto ilustrativo, basta con remarcar que hace poco menos de 30 años el Cíbero Tribunal de la República resolvió que "en el ámbito de la seguridad social, la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo",²⁰ es decir que hace no tanto tiempo este derecho era una mera expre-

¹⁷ CSJN, "Blanco Lucio Orlando c/ ANSES s/ reajustes Varios", 18 de diciembre de 2018, Fallos: 341:1924.

¹⁸ CSJN, "Berçaitz, Miguel Ángel s/ jubilación", 13 de septiembre de 1974, Fallos: 289:430.

¹⁹ El citado artículo establece: "Derecho a la seguridad social. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a obtener los beneficios de la seguridad social. Los organismos del Estado deberán establecer políticas y programas de inclusión para las niñas, niños y adolescentes, que consideren los recursos y la situación de los mismos y de las personas que sean responsables de su mantenimiento".

²⁰ CSJN, 28 de agosto de 1990, Fallos: 313:751.

sión de deseos para gran parte de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país. No muchos años después, hace aproximadamente dos décadas, se observa un antecedente en el que, con expresa mención del artículo aquí comentado, la CSJN rechazó un recurso extraordinario federal interpuesto por una autoridad administrativa, y consecuentemente confirmó una medida cautelar dispuesta por la Alzada Civil, para mantener a un niño en el servicio de terapia intensiva de un establecimiento asistencial dependiente de su gestión.²¹ En particular, puso de resalto que “la recurrente no ha formulado crítica suficiente a los fundamentos esgrimidos por el a quo para admitir el amparo con sustento en el art. 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Ya más cercano a la actualidad, hace aproximadamente 15 años, al remitirse al Dictamen Fiscal la CSJN entendió que eran improcedentes los argumentos esbozados por el Estado con respecto a “diversas limitaciones de tenor presupuestario” ordenando se garanticen “los derechos de la menor discapacitada a los beneficios de la seguridad social”.²²

5. Por su parte, en doctrina, al comentarse el artículo en cuestión se puso de resalto al referirse específicamente al “derecho del niño a los beneficios de la seguridad social” que “las particularidades de la sociedad actual determinan que el Estado deba asumir indelegables responsabilidades para cubrir los aspectos necesarios tendientes a asegurar el derecho a la salud”,²³ es decir, limitando la aplicación a este último derecho y no respecto de otros de igual jerárquica constitucional, tales como acceder a una alimentación adecuada o a una vivienda digna.

Con respecto a este último, cuadra remarcar el precedente “Quisberth Castro” de la CSJN que, al resolver favorablemente un amparo de vivienda, fundó su sentencia expresamente en el derecho a la seguridad social.²⁴

A *contrario sensu* del último autor citado –esto es, desde una perspectiva más

21 CSJN, “Policlínica Privada de Medicina y Cirugía SA c/ MCBA”, 11 de junio de 1998, Fallos: 321:1684. Es más, en este caso se puso de resalto que en atención a lo dispuesto por el art. 20 de la CCABA se encuentra autorizada la compensación de los servicios prestados a personas con cobertura privada (considerando 9).

22 CSJN, “Martín Sergio Gustavo y otros c/ Fuerza Aérea Argentina – Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/ amparo”, 8 de junio de 2004, Fallos: 327:2127. En el caso, una menor con discapacidad requería una orden judicial contra la Fuerza Aérea Argentina a fin de que se hiciera cargo de su tratamiento integral.

23 D’Antonio, Daniel H., *Convención sobre los derechos del niño*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 155 (comentario al art. 26).

24 CSJN, “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 27 de abril de 2012, Fallos: 335:452, considerando 8.

amplia de derechos—, también se han esbozado argumentos amplios de este derecho pregonando la idea de “un ingreso universal e incondicional para la niñez [...] a todos los menores de 18 años”,²⁵ cuestión que merecería un nuevo debate parlamentario teniendo en consideración que

... es precisamente en tiempos de crisis económica cuando la actualidad de los derechos sociales cobra un máximo significado, debiendo profundizarse las respuestas institucionales en favor de los grupos más débiles y postergados, pues son las democracias maduras y avanzadas las que refuerzan la capacidad de los individuos y atienden las situaciones de vulnerabilidad en momentos coyunturales adversos.²⁶

Para concluir las referencias doctrinarias, comparto lo señalado por Beloff en punto a que “los Estados parte deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular los niños y adultos a cargo”.²⁷

6. Este derecho, que le impone necesariamente obligaciones al Estado, es de vital importancia para reafirmar la protección integral de la familia. Así las cosas, la Corte IDH ha tenido oportunidad de expedirse en la Opinión Consultiva N° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, en referencia a que

... la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.²⁸

En este sentido, en autorizada doctrina puede leerse que

... en cualquier diseño e implementación de política pública destinada a la niñez debe considerarse la inclusión preferencial del niño en su familia, favoreciendo el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar, en tanto representa la

25 Lo Vuolo, Rubén M., “De los ‘niños asistenciales’ al ingreso ciudadano para la niñez: de la ley 10.903 a la ley 26.061”, en Emilio García Méndez (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2° ed., 2008, p. 115 y ss. El autor sugiere ver el proyecto de ley de “Creación del Fondo para el Ingreso Ciudadano de la Niñez”, presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación el 11 de marzo de 2004, expte. 641-D-04.

26 CSJN, “Blanco Lucio Orlando c/ ANSES s/ reajustes Varios”, *op. cit.*

27 Beloff, Mary et al., *Convención sobre los derechos del niño. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 188.

28 Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 28 de agosto de 2002, párr. 137 punto 4.

unidad básica y primordial encargada de la integración social de la infancia.²⁹

Agréguese que, en un comentario a este mismo artículo, Weinberg señala que aquel "reconoce el valor fundamental de la familia y la necesidad de que el Estado le ofrezca asistencia".³⁰

En este orden de ideas, la norma en análisis conduce por sí sola a descartar que el Estado adopte la medida excepcional de separar a un niño de su familia con el único fundamento de su insuficiencia económica. Téngase presente que ello implicaría que la autoridad administrativa reconociese su propia torpeza en garantizar el derecho a la seguridad social de dicho niño. Al respecto, destaco que "la pobreza económica y material o las condiciones imputables directa o exclusivamente a esa pobreza no podrán constituir nunca la única justificación para separar al niño de sus padres".³¹

Con expresa referencia al derecho de los niños a la seguridad social, en el párr. 48 la Observación General N° 21 sobre los niños de la calle del Comité de Derechos del Niño puntualiza que los Estados

... deben adoptar medidas para eliminar las fuerzas estructurales que ejercen presión sobre las familias en situación precaria. En ese sentido, cabe abordar una serie de cuestiones fundamentales: la mejora del desarrollo de la comunidad basado en los derechos en barrios empobrecidos; el establecimiento de redes de seguridad social y económica integrales; la oferta de centros de día y otros servicios especializados seguros y asequibles; y la mejora del acceso a una vivienda adecuada y a oportunidades de generación de ingresos para las familias.³²

Asimismo, en el párr. 51 establece:

Los Estados deben adoptar medidas para hacer frente a las causas estructurales de la pobreza y las desigualdades de ingresos con el fin de reducir la presión sobre las familias en situación de precariedad y fortalecerlas, como medio de ofrecer una mejor protección a los niños y reducir la probabilidad de que estos acaben en la calle. Esas medidas incluyen [...] la oferta de una

²⁹ Moreno, Gustavo Daniel, La responsabilidad del estado como garante de los derechos del niño. Políticas públicas", en Silvia Eugenia Fernández (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, 1° ed., p. 2.163.

³⁰ Weinberg, Inés M., *Convención sobre los derechos del niño*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2002, p. 397.

³¹ Naciones Unidas, *Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños*, A/HRC/11/L.13, párr. 10.

³² Observación General N° 21 "sobre los niños de la calle", CRC/C/GC/21, 21 de junio de 2017.

seguridad social y una protección social adecuadas.³³

Evidentemente, esta norma también debe ser interpretada como una que contrarió esa visión asistencial-represiva que se tenía en la antigua legislación argentina (Ley N° 10.903 de patronato de menores).³⁴

Ahora bien, no es menor resaltar que esta interpretación demoró mucho tiempo en transformarse en una norma infra-constitucional expresa en nuestro país; en particular hubo que esperar más de 80 años para que el art. 33 de la Ley N° 26.061 prescribiera expresamente:

La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.³⁵

7. Ahora bien, otro aspecto a analizar de la norma es el vinculado a qué tipo de "situaciones" son las que el Estado debe tener en cuenta para garantizar este derecho y cuáles son las consecuencias de incumplir con los estándares que allí se establecen.

En tales condiciones, a modo de ejemplo destaco que para acceder a la Asignación Universal por hijo para Protección Social³⁶ se deberá acreditar "el cumplimiento de los controles sanitarios y del plan de vacunación obligatorio" como así también la "concurencia de los menores obligatoriamente a establecimientos educativos públicos".³⁷

Evidentemente, uno de los fines del legislador es incentivar a que el/la beneficiario/a niño/a o adolescente pueda tener un desarrollo integral tanto desde la faz del derecho a la salud como del derecho a la educación, pero también posee una "indudable relevancia en cuanto significa más dinero en los bolsillos de los sectores más postergados".³⁸

³³ *Ibidem*.

³⁴ Boletín Oficial N° 7.711, 27 de octubre de 1919.

³⁵ Boletín Oficial N° 30.767, 26 de octubre de 2005.

³⁶ Instaurada por el Decreto N° 1.602/2009, Boletín Oficial N° 31.770, 30 de octubre de 2009. Agréguese que el considerando octavo del decreto prevé que "cabe agregar que el artículo 26 de la ley n° 26.061 dispone que los organismos del Estado deberán establecer políticas y programas para la inclusión de las niñas, niños y adolescentes, que consideren la situación de los mismos, así como de las personas que sean responsables de su mantenimiento".

³⁷ El Decreto N° 1.602/2009 incorpora el art. 14 ter a la Ley N° 24.714 (Régimen de Asignaciones Familiares).

³⁸ Decreto N° 1.602/2009, considerando 17.

Sin lugar a dudas, parece correcta la exigencia al Estado del cumplimiento de dichas exigencias –más allá de que otras normas legales también lo dispongan–, empero de ninguna manera pueden fundar una sanción como la pérdida del derecho a tal beneficio, en tanto ello indudablemente contrariaría el fin mismo de la creación de este último.

En razón de ello, si es que alguna sanción cupiere, esta deberá ser impuesta al adulto administrador del beneficio.³⁹

8. Para concluir el comentario de este artículo, quisiera poner de resalto dos casos paradigmáticos vinculados al derecho de la seguridad social de los niños.

8.1. El primero de ellos fue dictado por la Sala IV de la Cámara de Casación Penal el 4 de diciembre de 2015 en el marco de la causa “Internas de la Unidad n° 31 SPF s/ Habeas Corpus”.⁴⁰

En dicha causa, se resolvió por mayoría hacer lugar a un *habeas corpus* colectivo interpuesto en favor de las mujeres madres que conviven con sus hijos en establecimientos carcelarios del Servicio Penitenciario Federal, embarazadas y trabajadoras, fundando la resolución expresamente en el artículo aquí comentado.

Dicha noticia fue publicada por el Centro de Información Judicial,⁴¹ indicándose que “se trata de un reclamo por los beneficios de la seguridad social. Concretamente las accionantes solicitaban el pago de las Asignaciones Familiares, la Asignación Universal por Embarazo (AUE) y la Asignación Universal por Hijo (AUH)”.

En particular, se sostuvo que los subsidios reclamados contribuyen “en forma directa a los fines de readaptación social de las penas, a fortalecer los lazos familiares, y a morigerar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el colectivo accionante de conformidad a los objetivos propulsados desde la comunidad internacional”, teniendo en miras que la persona privada de su libertad no pierda otros derechos que no le fueron restringidos.

8.2. El segundo de ellos fue emitido por la CSJN el 22 de marzo de 2018 en el

³⁹ Lo Vuolo, Rubén M., *op. cit.*, p. 117.

⁴⁰ Expte. N° 58330/2014/CPC1.

⁴¹ Falto disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-19284-Seguridad-social--Casaci-n-Federal-resolvi--un-habeas-corpus-a-favor-de-mujeres-detenido-as-en-la-Unidad-31.html> [fecha de consulta: 10 de julio de 2019].

marco de los autos "Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSES y otros s/ varios".⁴²

En este caso, la actora había promovido amparo contra el ANSES a fin de que se le ordenara rehabilitar el beneficio correspondiente a la Asignación Universal por Hijo para protección social, el cual fuera suspendido a raíz de que su hijo menor ya percibía una pensión no contributiva por discapacidad. El fundamento de la autoridad administrativa fue lo dispuesto en el art. 9 del Decreto N° 1.602/2009, que dispone: "La percepción de las prestaciones previstas en el presente decreto resultan incompatibles con el cobro de cualquier suma originada en prestaciones contributivas o no contributivas, nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

Dicho ello, destaco que en esta causa se hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revocó la sentencia de la Alzada que había desestimado la demanda por extemporánea y se ordenó dictar una nueva sentencia.

No obstante ello, el fiscal del caso, Dr. Víctor Abramovich,⁴³ dictaminó respecto del fondo de la cuestión y consideró que había que hacer lugar a la demanda.

Al respecto sostuvo que, a su modo de ver,

... la regla de incompatibilidad contemplada en el artículo 9 del decreto 1602/09 persigue un fin legítimo, esto es, evitar que se superpongan prestaciones que pueden brindar diferentes sistemas públicos, incluso de diferentes jurisdicciones, en aras de asegurar la sostenibilidad y coherencia de estos sistemas y el uso racional de los recursos públicos disponibles. Sin embargo, y en función de esta finalidad, el alcance de la incompatibilidad para acceder a la AUH debe limitarse, como principio, a la percepción de otras prestaciones contributivas o no contributivas, que tenga propósitos similares a la AUH y cubran las mismas o análogas contingencias y necesidades, pero sin alcanzar a aquellas otras que responden a fines diversos y resguarden otros riesgos sociales. Esta última circunstancia es la que se verifica en el presente caso, puesto que no existe identidad entre la AUG y la pensión provincial por discapacidad instituida a favor de la niñez.⁴⁴

42 CSJN, "Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSES y otro s/ varios", 22 de marzo de 2018, Fallos: 341:274.

43 "T. V. F. c/ ANSES y otro s/ varios", dictamen del 3 de febrero de 2017, FRO 73023789/20 II/CS 1.

44 Al respecto, cuadra destacar que en la Colección de dictámenes sobre derechos humanos del Ministerio Público Fiscal de la Nación, titulado "Los derechos de niños, niñas y adolescentes". Disponible en <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/wp-content/blogs.dir/66/files/2017/07/DDHH-cuadernillo-7-Ni%C3%B1os-Ni%C3%B1as-y-Adolescentes.pdf> [fecha de consulta: 12 de julio de 2019], se pusieron de resalto tres estándares de dicho organismo; a saber: a) los/as niños/as con discapacidad gozan de una especial protección a fin de garantizar el acceso a un nivel de

Agréguese que el dictamen se fundó también en que "además, en el sub lite se encuentra en juego la protección de derechos sociales fundamentales de un niño con discapacidad que está en una situación de precariedad económica", indicando en particular, entre otros, "el derecho a la seguridad social, que cubre los riesgos de subsistencia".

vida adecuado para su desarrollo en condiciones de igualdad; b) en los casos que involucran derechos sociales fundamentales de un niño o niña con discapacidad, se debe aplicar el máximo grado de prudencia en la verificación de los requisitos para la admisibilidad del amparo; c) la prestación dirigida a brindar un ingreso básico de subsistencia y la prestación local destinada a la cobertura de necesidades propias de la condición de discapacidad son compatibles por tener propósitos diferentes (pp. 56-58).