

ISSN 2796-9746

N01

Revista Jurídica de la Fiscalía de Estado
de la Provincia de Buenos Aires
N01 | Mayo 2022 | Año 1

DJB

Dimensiones Jurídicas Bonaerenses



Fiscalía de Estado
Provincia de Buenos Aires

El control de convencionalidad como práctica transformadora

Ignacio Guillermo De Carli ⁽¹⁾ y Julián Edgardo Bracco ⁽²⁾

Subsecretaría Administrativa en materia Previsional y Derechos Humanos

Recepción:
Febrero 2022
Aceptación:
Marzo 2022
Versión Final:
Mayo 2022



(1) Abogado
Relator.



(2) Abogado
Relator.

Sumario: I. Introducción. II. El control de convencionalidad. Marco conceptual y ejercicio. III. La administración y el control de conformidad convencional. IV. Conformidad convencional: perspectiva de género y niñez. V. Conformidad convencional y perspectiva de derechos en la seguridad social. VI. Conclusión.

I. Introducción

El presente artículo tiene por objeto el desarrollo de una temática que ha ganado especial protagonismo en el mundo jurídico en los últimos años, erigiéndose como principal misión y deber de los Estados: aquella que brega por tutelar los derechos fundamentales de las personas que interactúan en el seno de la sociedad.

Es por esta razón que dejamos planteada, ya desde este punto de partida, una idea fuerza sobre la cual se sustenta –a modo de estructura basal– este trabajo: el control del cumplimiento de los derechos humanos en el ámbito administrativo resulta de interés fiscal relevante, tanto o más que el resguardo del patrimonio fiscal (que no es otra cosa que un medio instrumental para garantizar lo primero o, lo que es lo mismo, la

observancia activa y efectiva del respeto a los derechos humanos).

La misión y obligación tuitiva por parte del Estado respecto a los integrantes de la comunidad, claro está, no escapa a la realidad en la que vivimos todos los días los y las habitantes de la provincia, quienes esperamos la respuesta para poder ver garantizados nuestros derechos.

Resultará necesario entonces, que realicemos algunas consideraciones jurídicas respecto al *Control de Convencionalidad* que, si bien no pretendemos que sea el centro de la escena, van a permitir dar paso para poder ver su articulación e interpretación con el ejercicio de la actividad administrativa.

Para ello, daremos puntapié inicial brindando un concepto del *Control de Convencionalidad* y nos detendremos brevemente en algunos precedentes emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), de los cuales se desprende el origen teórico del término, y cómo ha ido señalando ese Organismo la necesidad que los Estados Parte (1) realicen ese control en los ámbitos internos.

El análisis de los precedentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, nos permitirá encontrar los fundamentos para analizar casos concretos, siempre con un enfoque de derechos humanos (2) y con la idea de realizar el *Control de Convencionalidad* presente en forma permanente.

Es importante destacar que también haremos referencia a la forma en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha interpretado que debe hacerse aplicación de este instituto, lo que nos permitirá complementar la temática a analizar.

II. El control de convencionalidad. Marco conceptual y ejercicio

Conforme señalamos en la introducción, resulta importante conceptualizar el término *Control de Convencionalidad*. Podemos decir rápidamente que, quien lo ejerce, debe analizar si una norma en sentido material y su ejercicio u omisión emana de las autoridades de un Estado, o incluso de un particular, resulta compatible con el plexo normativo contenido en tratados internacionales por sobre la legislación interna, dotada de una jerarquía inferior a aquellos (Rosatti, 2012) (3).

Es decir entonces que, una vez efectuado el análisis de compatibilidad mencionado, podrá considerarse si la norma y su interpretación, acto u omisión, resulta "convencional" o "inconvencional". Palabras más, palabras menos, si se ajusta a derecho o no, siendo violatoria de los Derechos Humanos en este último caso. Cuando surgiera que la norma fuera "inconvencional", ésta no será aplicable o habrá de aplicarse en forma acorde al tratado respectivo, en el caso concreto juzgado y/o analizado.

1. Hacemos alusión a los Estados Parte que han suscrito la Convención Americana de los Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José de Costa Rica), del 22 de noviembre de 1969. Nuestro país ha aprobado la convención por Ley N° 23054, sancionada el 1 de mayo de 1984, y que fuera promulgada el 19 de marzo del mismo año. En virtud de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, el tratado ha adquirido jerarquía constitucional, conforme lo establece el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

2. Conforme lo sostiene Víctor Abramovich: "el denominado 'enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo' considera el derecho internacional sobre los derechos humanos como un marco conceptual aceptado por la comunidad internacional, capaz de orientar el proceso de formulación, implementación y evaluación de políticas en el campo del desarrollo, y como una guía para la cooperación y la asistencia internacionales respecto a las obligaciones de los gobiernos donantes y receptores, el alcance de la participación social y los mecanismos de control y responsabilidad que se necesitan a nivel local e internacional" (2006, p. 35).

3. El Dr. Horacio Rosatti sostiene: "[...] entendido como el control de compatibilidad -realizado en sede judicial nacional- entre el texto de una norma nacional, provincial, o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública o de particulares (por un lado) con relación al texto realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo (por el otro) [...]" (2012, p. 911).

Esta idea del control de convencionalidad se ha venido desarrollando de manera progresiva por medio de los fallos emitidos por la Corte IDH, siendo recibida con posterioridad en los de la CSJN. La utilización de esa herramienta pone en valor la normativa supranacional que los Estados han incorporado a su sistema interno, logrando su efectividad e impidiendo que se conviertan en letra muerta.

El primer interrogante que surge respecto al tema es cuál es la autoridad pública que resulta competente para poder llevar adelante la tarea de compatibilizar la normativa interna con la internacional. La primera respuesta, es que la autoridad facultada es el Poder Judicial. La génesis de esta doctrina en la Corte IDH se dio a partir del caso *Almonacid Arellano* en el que se dijo que:

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (2006, párr. 124).

Un desarrollo ulterior de dicha jurisprudencia abrió las puertas a la idea de que el mismo control debe ser hecho también en el marco del procedimiento administrativo, doctrina que la Corte estableció a partir de los casos *Cabrera García y Montiel*, *Gelman I* y *Gelman II* y terminó de perfilar, reafirmando la obligación del Estado de realizar el control en el procedimiento administrativo, en el caso *López Mendoza*, en el que expresó que:

[...] (e)n conclusión, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas

y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal.

Desde una perspectiva nacional, afirma Sofía Sagües que el control de convencionalidad fue citado por primera vez por la CSJN en el voto mayoritario del caso *Mazzeo* (4), en el que se transcribieron párrafos del mencionado caso *Almonacid Arellano* como elemento previo para examinar el modo de aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH en el ámbito nacional, para luego ser sistemáticamente aplicado en muchos otros casos relevantes.

Siguiendo idéntico criterio evolutivo que su símil interamericano, el máximo tribunal nacional adoptó en primera instancia la doctrina del control de convencionalidad por parte del Poder Judicial para luego extender la posibilidad de su ejercicio al ámbito administrativo. Un ejemplo de esta situación, aplicable en materia de Seguridad Social y Derechos Humanos, es el caso *Reyes Aguilera* en el que la CSJN dictó sentencia en 2007. En dicho precedente, se pretendía la inconstitucionalidad de un requisito reglamentado por un decreto nacional para poder acceder a una prestación no contributiva –denegada por el Poder Ejecutivo– que exigía –entre otras cosas– una residencia mínima de veinte años para los extranjeros. La sentencia, más allá de su arduo debate, recepta la demanda del amparista y resuelve, por voto dividido –con concurrencia de votos en la mayoría–, hacer lugar a la demanda y tachar de inconstitucional tal requisito, por resultar discriminatorio, ya sea directa o indirectamente dependiendo los votos de los ministros. Para llegar a ese resultado, el desarrollo de los votos se da en un claro marco de utilización de la herramienta del control de convencionalidad, haciendo alusión permanente a los diversos Tratados de Derechos Humanos suscriptos por el Estado Argentino. Ese control, entendemos, debió haberlo realizado el entonces Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, obligado a cumplimentar la prestación.

4. CSJN, 2007, Fallos: 330:3298. El fallo se relaciona con la inconstitucionalidad de indultos dictados por el Poder Ejecutivo respecto a imputados de delitos de lesa humanidad.

III. La administración y el control de conformidad convencional

Tal como se anticipó al inicio de este trabajo, el Estado Provincial es por mandato constitucional el primer interesado en proteger los derechos fundamentales de sus habitantes. Así se encuentra plasmado en los artículos 11, 12, 20, 36, 56, 57, entre otros, de la [Constitución de la Provincia de Buenos Aires](#), que dejan en claro que la promoción y protección de los Derechos Humanos resultan de interés primordial (5).

Todo lo anterior refuerza la idea relativa a que el organismo administrativo pueda realizar un control de convencionalidad en aquellas situaciones en las que por competencia específica es llamada a intervenir, aunque con ciertos límites, y sin desconocer que la declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad de las leyes es privativa, en nuestro ordenamiento constitucional, del Poder Judicial.

Queda claro entonces, que ningún organismo administrativo puede realizar dicha declaración y anular la norma, sobre todo las derivadas del Poder Legislativo o constitutivo. Sin embargo, creemos que sí puede –y debe– evitar la aplicación de aquellas que convaliden hechos, actos u omisiones discriminatorias y que sean contrarias al bloque de constitucionalidad.

En este sentido, es preciso apuntar que la cuestión relativa a la posibilidad de que el poder administrativo deje de aplicar una ley en su li-

teralidad divide a la doctrina y ha sido objeto de disputa en el ámbito judicial, que ha habilitado dicha facultad con condicionamientos (6). Si bien la cuestión no se encuentra zanjada, es esperable que la doctrina autoral y judicial evolucionen hacia la consolidación de una idea permisiva de buscar la inaplicación de la norma que se presente lesiva de los derechos humanos, y, esencialmente, del principio de igualdad y no discriminación que transversaliza en el ordenamiento jurídico argentino.

Sentado lo anterior, es preciso apuntar que el control de convencionalidad, desde un punto de vista clásico (aquel que es realizado por el Poder Judicial) puede ejercerse, al menos, de dos formas: una en que se anulen completamente los efectos de la norma contraria al Tratado Internacional o, por el contrario, de forma que complemente y modele la ley material que se encuentre en falta, tornándola convencional.

Esta segunda forma de realizar el test de convencionalidad, que ha sido denominada “doctrina de la interpretación conforme” o control de conformidad convencional, ha sido expresamente delineada por la Corte IDH en los párrafos 338 a 340 y 349 del fallo [Radilla Pacheco \(7\)](#), en que el Tribunal sostiene que “es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas [...] se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal” (2009, párr. 338). En consecuencia, opina Sofía Sagues que, al formular el control de convencionalidad, el operador nacional debe buscar la

5. Creemos que, por efecto traslativo, esta finalidad del Estado Provincial debe ser uno de los principales intereses de la Fiscalía de Estado –en los términos del art. 155 de la Constitución provincial y art. 1 del decreto-ley 7543/69– y es por ello que debe velar porque en su accionar y en el del resto de los organismos del Estado se respeten las mismas premisas. Atendiendo a ese lineamiento es que el [Plan Estratégico 2016-2020](#) (2016) de la Fiscalía establece objetivos dirigidos a incorporar en forma progresiva la perspectiva de derechos humanos como principio orientador de su actividad.

6. Laura Monti da cuenta de esta situación al citar la jurisprudencia de la CSJN en la causa *Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A* en que el Tribunal dijo que “[...] cualesquiera sean las facultades que corresponde reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe –sin embargo– admitir que sea de su resorte declarar la inconstitucionalidad de estas. Ello así porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo” (2021, s/p.), sin perjuicio de apuntar también que la Procuración del Tesoro de la Nación, que en una primera etapa acogió dicha opinión, fue evolucionando en sus opiniones hasta llegar a apartarse de la aplicación de normas inconvencionales mediante la utilización de una “interpretación constructiva”.

7. Ver Corte IDH, caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* (2009), párrafos 338 a 340 y 349.

aplicación de las interpretaciones de la legislación interna y de la **Convención Americana** que resulten compatibles con la utilizada por la Corte IDH, “desechando la utilización de variables argumentativas contrarias a ella” (2017, s/p.). En este sentido, el principio pro persona resulta un criterio interpretativo de obligatoria aplicación para el Poder Judicial, situación que resulta también trasladable a aquellos casos en que la interpretación de la norma, en clave de derechos humanos, es exigida al poder administrador.

La utilización del control de convencionalidad orientada a la interpretación conforme, permite salvaguardar a la norma que se encuentra colisionando con los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se logra con ello adaptar el contenido de la norma local, al plexo normativo internacional sin arrogarse con ello la administración, una tarea que excede su ámbito de competencia.

Entendemos que las distintas facciones pueden conciliarse de la siguiente manera: el poder administrador no puede declarar la inconstitucionalidad de la norma, ni anular completamente sus efectos, puesto que esta es una facultad privativa del Poder Judicial. Sin embargo, en el caso concreto, sí podría adecuar su literalidad, realizando una interpretación acorde a los preceptos que surgen de los tratados de derechos humanos y que respete, entre otros, los criterios de igualdad y no discriminación, el principio pro persona y los que ponen el eje del ordenamiento en la dignidad de la persona humana (art. 75 inc. 22 de la CN y art. 29 de la **Convención Americana**). Puesto en otras palabras, podría no aplicar la norma en su literalidad o conforme a su interpretación histórica, realizando una aplicación complementada y robustecida, conforme a los Tratados de Derechos Humanos.

Cabe mencionar que esta tónica no es novedosa en nuestro derecho interno, ya que ha sido incorporada al derecho privado mediante la sanción, en 2015, del **Código Civil y Comercial de la Nación**: no es casualidad que los primeros artículos de este cuerpo, al legislar sobre aplicación e interpretación de las normas, expresen que “(l)os 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” (art. 1), y que “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” (art. 2).

Es por todo lo dicho con anterioridad, que afirmamos que la administración pública solo puede realizar un control de conformidad con-

vencional en la situación concreta. Esta técnica, además de resultar compatible con la competencia constitucional del poder administrador, es habilitante del procedimiento, refuerza y complementa los principios de informalidad, celeridad y efectividad del derecho administrativo, al tratar de reparar o actualizar las fallas del recorrido. De esta forma, se logra que la actividad ejecutiva pueda llevarse a cabo atravesada por los principios de universalidad, interdependencia y no discriminación que gobiernan el mundo de los derechos fundamentales.

Por el contrario, la modalidad destructiva de la norma mediante la declaración de inconstitucionalidad no sólo excedería las competencias propias de la administración, sino que resultaría obstaculizadora del procedimiento administrativo.

Por último, es preciso advertir que el control de convencionalidad en sede administrativa presenta ciertas dificultades particulares que no se encuentran presentes cuando éste es ejercido por el Poder Judicial. Algunos de estos obstáculos surgen frente a la inaplicación de las normas o actos inválidos (a) o la discrecionalidad política y la objetividad (b) con la que este control pueda ser ejercido.

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que estas problemáticas que pueden aparecer con mayor frecuencia en otros organismos de la administración pública, se diluyen en el ámbito de la Fiscalía de Estado provincial, emergiendo espacios de fertilidad que permiten realizar un control de convencionalidad efectivo al momento de tomar intervención administrativa: (a) la doctrina de la “interpretación conforme” como complemento de la norma habilita la prosecución del procedimiento sin riesgos de anulación de la ley que habilite el dictado de cualquier acto o intervención administrativa, dejando de lado, por ende, la posibilidad de paralización.

Por otro lado (b) la amenaza que pudiese representar la mentada discrecionalidad política –con la consiguiente pérdida de objetividad– también se reduce en este organismo en virtud del mandato constitucional y la estabilidad que la figura del Fiscal de Estado mantiene en el ordenamiento jurídico provincial.

Vale mencionar que el ejercicio del control de convencionalidad en sede administrativa presenta otros desafíos tales como reconocer las herramientas jurídicas a tener en cuenta para la realización de un control efectivo, situación que también abre las puertas a indagar en torno a los límites que los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación aludidos y el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos presentan en relación a la discrecio-

nalidad interpretativa o, lo que es lo mismo, los criterios que permiten realizar un control de convencionalidad que respete el enfoque de derechos humanos. Enlazado a esta última cuestión, se encuentra también el tópico relativo a la multidimensión e interseccionalidad que debe operar en materia de normas convencionales, como así también cuál es el conglomerado de reglas, opiniones consultivas de la Corte IDH, **Observaciones Generales de los Comités ONU** y obligatoriedad de la jurisprudencia emanada de la Corte IDH y los mencionados Comités, todo lo cual debiese ser objeto de otro trabajo ampliatorio del presente.

IV. Conformidad convencional: perspectiva de género y niñez

La práctica propuesta en los puntos anteriores ha sido ya utilizada en distintos ámbitos administrativos. La Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) ha hecho aplicación de la doctrina del control de convencionalidad administrativo (8), como así también lo viene haciendo, en diversos precedentes, la Fiscalía de Estado provincial (9), atendiendo así, dentro de su competencia constitucional y legal específica, al deber de observar y garantizar el goce de los derechos de los habitantes de la provincia. Con ese norte, y recogiendo los precedentes jurisprudenciales y administrativos repasados, intentamos promover, a través de este artículo, una práctica proclive a la realización del control de convencionalidad en todas las intervenciones administrativas en que las personas que ejercen la abogacía en el ámbito estatal tomen intervención. Desde nuestra actuación profesional, y a mero modo enunciativo, hemos intentado evaluar a través del tamiz convencional de la doctrina de la inter-

pretación conforme múltiples casos en materia de pensiones no contributivas por discapacidad, prestaciones a cargo del Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA), como así también asignación de bienes inmuebles derivados de sucesiones vacantes a poseedores ocupantes en situación de vulnerabilidad socioeconómica, entre otras variadas situaciones.

Con ánimo de profundizar con una ejemplificación concreta sobre lo anterior, y haciendo uso de nuestra experiencia personal, abordaremos un caso relacionado con la aplicación derivada de la pensión que reconoce la **ley 14042** a las personas que hubiesen sufrido privaciones de la libertad por parte de las fuerzas de seguridad por motivos políticos, gremiales o estudiantiles en contexto de la última dictadura cívico-militar que experimentó nuestro país.

A inicios del 2019, la entonces Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires remitió a la Fiscalía de Estado un expediente (10) iniciado por la “señora S” que solicitaba se la reconozca como única derechohabiente de su ex conviviente –el “señor Lopez”–, a quien previamente se le había reconocido el derecho de pensión de la ley 14042. A su vez, los antecedentes mostraban que varios años antes, como fruto de la convivencia, se había producido el nacimiento de la niña “Li”, que era menor de edad.

El expediente llegó con dictamen del área técnica de dicha Secretaría y proyecto de resolución de rechazo de la petición, apoyado por dictámenes emitidos por otros organismos de asesoramiento en idéntico sentido. Para rechazar el pedido, los profesionales preopinantes sostenían que el vínculo de hecho se había roto por separación de la pareja con anterioridad al fallecimiento del titular originario del derecho. La aplicación de la norma específica que rige la situación –el artícu-

8. Según Monti (2021), la PTN ha ido variando su doctrina con el correr de los años, evolucionando de forma tal que ha abordado algunos casos dejando de aplicar en forma estricta la ley que considero inconvencional realizando una interpretación constructiva. En particular, resulta de interés una situación en que frente a dos leyes referentes al registro civil y a la identidad de género de una persona el organismo decidió apartarse de la literalidad de la norma, impulsando una aplicación de la ley respetuosa del derecho convencional (PTN, dictamen 309:253).

9. Desde 2016 ese organismo cuenta con un área de Derechos Humanos que tiene el objetivo de apoyar y fortalecer la aplicación transversal, y la perspectiva de derechos en sus distintos espacios.

10. Ver Expediente N° 21557-434473/18, propiciado por la entonces Secretaría de Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires.

lo 34 del [decreto-ley 9650/80](#) (11) que regula el régimen previsional en la provincia de Buenos Aires– interpretada según su literalidad, no habilitaba otra hermenéutica o utilización, situación que *prima facie*, no permitía encontrar argumentos para opinar en distinto sentido.

En oportunidad de analizar la situación con perspectiva de derechos, se advirtió que la separación de la pareja se había provocado varios meses antes por la violencia doméstica que “López” ejercía sobre “S” (cuestión que se encontraba reflejada en denuncias y resoluciones judiciales). Luego de un profundo estudio del caso, la situación se presentaba no sólo como injusta (en términos filosófico-jurídicos), sino como portante de una respuesta estatal evidentemente discriminatoria hacia la mujer que no había tenido voluntad de romper el vínculo, sino que había sido motivada a ello en función de la violencia ejercida por su pareja.

Por otro lado, lo anterior permitió también percibir como injusta la situación de la niña “L”, que siendo menor de edad era dejada de lado por la norma específica que no la legitima –en este caso y por el orden de prelación que establece la norma– como beneficiaria derivada de la pensión de su padre (12), cuestión que conllevaba a que ninguno de los organismos que habían intervenido con anterioridad advirtiesen su dere-

cho a concurrir (en los hechos, no existía tampoco petición de su representante legal en dicho sentido) (13).

La situación fáctica descrita, a nuestro entender, requería de un cambio de mirada: una que abordara la cuestión, no sólo desde el principio de primacía de la realidad, sino también desde una perspectiva jurídica género sensitiva y con foco en el interés superior de la hija de la pareja. Dicho de otra forma, el caso requería una intervención profesional en la que se explicase con suficiencia y claridad la divergencia de criterio y que reconozca el derecho de pensión a favor de la peticionante “S” y su hija en forma concurrente, como resultado del abordaje de los antecedentes a la luz de los principios que derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (14).

Se advierten dos escollos normativos que impedirían, en una primera mirada, reconocer el derecho de pensión derivada a la peticionante y su hija. Siendo necesario tratar por separado los argumentos por los que, con apoyo en normativa convencional, era posible sostener que: a) La señora “S” tenía derecho a que se le reconozca el derecho de pensión derivada de su ex pareja, y b) Su hija “L” debía concurrir en igualdad de condiciones con su madre en el reconocimiento y percepción. Ambas situaciones, vale reiterar,

11. La norma literalmente dice que tiene derecho al cobro de pensión la viuda o viudo y también “la conviviente o el conviviente, en el mismo grado y orden y con las mismas modalidades que la viuda o el viudo en el supuesto de que el causante se hallase separado de hecho y hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando hubiere descendencia o el causante haya sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado” (art. 34 [decreto-ley 9650/80](#)).

12. El art. 4 de la ley 14042 textualmente dice que “en caso de fallecimiento del beneficiario serán acreedores al beneficio los derechohabientes en el siguiente orden: a) Cónyuge supérstite o concubina que pruebe la convivencia de acuerdo a la normativa previsional vigente; b) Hijos menores de edad al momento del fallecimiento y hasta su mayoría de edad; c) Hijos incapacitados para el trabajo, mientras dure la incapacidad”.

13. Es preciso poner de resalto que, en este caso, la Fiscalía de Estado adoptó un rol proactivo dirigido a tutelar de oficio el derecho de la niña, puesto que no existía ningún tipo de petición de su representante en ese sentido. Esta actitud resultó, a nuestro criterio, acertada y acorde a lo que se propugna en este trabajo, teniendo presente que la misma persona que debió haber peticionado en su nombre es quien directamente resulta beneficiada ante la ausencia de reconocimiento del derecho para la persona menor de edad.

14. Es por ello que en la intervención administrativa se dijo: “[...] el marco fáctico y jurídico del presente exige de los órganos administrativos una interpretación de la normativa de seguridad social conforme a lo establecido en los Tratados de Derechos Humanos en que nuestro país es parte, que resultan jerárquicamente superiores a nuestra ley provincial (conf. doctrina derivada de los casos de la Corte IDH *Cabrera García y Montiel vs. México* –2010– y *Gelman vs. Uruguay* –2011, pfo. 193)”.

pese a que la normativa provincial, en su interpretación literal, hubiese llevado al rechazo de ambas.

A continuación, realizaremos un breve recorrido metodológico y los argumentos que sustentan nuestra postura que conlleva una interpretación del caso en clave convencional.

Con relación a la situación de la “señora S” (a) se observó que, encontrándose suficientemente probado que el vínculo convivencial se vio interrumpido por la situación de violencia doméstica, era preciso recabar en las normas y las directrices que la [Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer](#) (“Convención de Belém do Pará”) y la [Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer](#) (CEDAW, por sus siglas en inglés) aportan para dictaminar acerca de la cuestión.

En lo aplicable al caso, la Convención de Belém do Pará establece que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de –entre otros– sus derechos económicos y sociales (art.5) y que la mujer tiene derecho a una vida libre de violencia (art. 3). Se dijo allí también que según las reglas convencionales el Estado asume la obligación de reconocer y proteger todos los derechos humanos a los que la situación de violencia impida acceder, tomando todas las medidas apropiadas para modificar prácticas jurídicas que en forma directa o indirecta toleren la violencia contra la mujer, conceptualización que, en el caso concreto, implica la obligación del Estado Provincial –y por ende, de cualquiera de sus dependencias– de adoptar todas las medidas legislativas o de otra índole para hacer efectivos los derechos que derivan de la Convención (arts. 4 y 7 incisos e y h).

Se tuvo presente también que el Comité CEDAW ha interpretado en forma sostenida que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de

derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre ([Observación General número 19, punto 1](#)), lo que ha llevado a la doctrina especializada a afirmar que toda violencia contra la mujer tiene por base una situación de discriminación. En adición, se afirmó que el Estado Argentino –y también los Estados provinciales que lo integran– está obligado a “abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación” (art. 2 inc. d) lo que, interpretado según las pautas que anteceden, implica un compromiso de abstención y reacción activa frente a prácticas de convalidación de violencia contra la mujer por parte de los poderes públicos. Por último, se consideró que estas reglas convencionales fueron recogidas en la [Ley nacional 26485 \(15\)](#), a la que también adhirió la provincia de Buenos Aires mediante la [Ley 14407](#) (art. 1 inciso a), situación que refuerza la obligación de aplicarlas en nuestro procedimiento administrativo.

En lo que hace a la situación de la niña “L” (b), y la equiparación con su madre en la percepción de las sumas de dinero que deriven del reconocimiento del derecho de pensión, una consideración con perspectiva de derechos obliga a tener en consideración los principios de no discriminación e igualdad que derivan de la [Convención de Derechos del Niño](#), que el Estado se ha comprometido internacionalmente a promover y proteger, tomando “todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de su condición” (art. 2 inc. 2 CDN), las que incluyen la adopción de “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos” (art. 4 CDN). En particular, cobra relieve que el artículo 26 de la Convención reconoce el derecho de niños y niñas a “beneficiarse de la seguridad social” en situación de igualdad con las demás personas (16). A su vez, no es posible obviar que los mismos principios se encuentran

15. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

16. Reforzando este punto, se recordó que doctrinariamente existe consenso en que las prestaciones derivadas del derecho a la Seguridad Social revisten carácter alimentario, a su vez que forma parte del derecho de propiedad de la persona que lo ostenta (conf. Courtis, Christian, dictamen pericial mencionado en el punto 214 de la sentencia *Muelle Flores Vs. Perú*, de fecha 6 de marzo de 2019” de la Corte IDH).

replicados en normas nacionales (ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes) y provinciales (ley 13298 de Promoción y Protección integral de los Derechos de los Niños, entre otras), que exigen una interpretación en resguardo del interés superior de la niña (art. 3 inc. 1 CDN).

Esta novedosa forma de abordar el caso bajo examen fue puesta a consideración de las distintas instancias administrativas intervinientes incorporándose incluso para la interpretación de casos futuros con similares hechos (17).

V. Conformidad convencional y perspectiva de derechos en la seguridad social

Con el afán de seguir analizando el tema *sub examine*, en su faz práctica comentaremos un caso previsional contributivo que es muy interesante para poder seguir interpretando el uso de la herramienta en sede administrativa.

Vale destacar que la materia previsional implica, desde ya, la relación del Estado con un sector de grupos que se encuentran en “situación de vulnerabilidad”, personas adultas mayores, menores de edad, con discapacidad, o aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad económica, etc.

La materia previsional no debe ser analizada con rigorismo formal, envuelta en términos de tipicidad que impliquen cercenamiento de derechos para quienes peticionan por ellos y que tienen carácter alimentario. En armonía con ello se ha expedido la CSJN, sosteniendo que la interpretación de las normas infraconstitucionales de la seguridad social debe hacerse con un objetivo protectorio (18). Además, ha de considerarse –y esto es muy relevante– que la normativa vigente en materia previsional, como norma marco y general, es un régimen que data de 1980 (19), sin perjuicio de algunas modificaciones parciales que ha tenido a lo largo de los años.

Esas circunstancias destacadas nos llevan a considerar que el control de legalidad de la administración –en virtud del interés fiscal ya comentado–, funciona como un control preventivo, en aras de que los derechos se vean reconocidos.

Pasaremos entonces, a comentar el caso en el cual intervino la Fiscalía de Estado emitiendo vista, producto de una petición de pensión en el marco del entonces régimen previsional –ley 5678– de la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia (20).

En virtud del fallecimiento de “R.A.” en 1991 –regía por entonces la ley citada–, obtiene la pensión “M.E.P.” en su carácter de cónyuge superviviente. Ahora bien, con posterioridad a ello, se presenta “M.G.A.” acreditando su carácter

17. En el sentido opinado por los autores fue emitida la vista de la Fiscalía de Estado, siendo el criterio recibido también por la –por entonces– Secretaría de Derechos Humanos provincial, en su carácter de autoridad de aplicación de la norma. Vale la pena mencionar que la concurrencia con los niños y niñas con sus padres/madres para la percepción del derecho de pensión fue adoptada en casos posteriores similares al aquí expuesto a pesar de la postura contraria de otros organismos.

18. En la causa “P.A. c/ ANSES s/ Pensiones”, por sentencia del 28 de junio de 2011 se dijo: “Es preciso interpretar las normas infraconstitucionales de la seguridad social conforme a su objetivo protectorio [...] lo cual impone reglas amplias [...] cuidando que el excesivo rigor de los razonamientos, o los criterios restrictivos, no desnaturalicen el espíritu que ha inspirado su adopción [...] pues no debe llegarse al desconocimiento de derechos de esta índole sino con extrema prudencia o cautela [...] de tal modo que toda preferencia hermenéutica debe volcarse hacia el resultado que favorece los objetivos normativos y no hacia el que los dificulta”.

19. El régimen general de los beneficios previsionales en la Provincia, en virtud de ser el IPS la caja con mayor cantidad de afiliados, está normativizado por el decreto ley 9650/80, T.O. por Decreto 600/94 y modificatorias.

20. Expediente 10012 propiciado por la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Al momento del fallecimiento de “R.A.”, el 15 de diciembre de 1991, el régimen previsional que se encontraba vigente era el consagrado por la ley 5678. Es por ese motivo que el análisis del caso comentado, fue en el marco de una norma derogada, pero que cobra ultractividad en virtud de ser la vigente al momento del hecho a considerar (este es el del fallecimiento).

de hijo mayor del causante, pero con una discapacidad. Dichas circunstancias, encontrándose incapacitado para el trabajo y sin medios de vida –aparentemente–, le permitían acceder a la pensión, conforme lo normado por el art. 49 inc. b) de la norma aludida, siempre y cuando hubiera fallecido el cónyuge sobreviviente (21) (quién tendría derecho preferente y excluyente).

La normativa establecía la posibilidad del acceso a la pensión, de aquellos hijos mayores de edad que se encontraran incapacitados para el trabajo y no tuvieran medios para subsistir en el caso en que el cónyuge sobreviviente falleciera. Es decir que de acuerdo a lo que surge del expediente, en modo alguno pareciera –a priori– que ese hijo mayor, con sus particularidades, tuviera derecho, pues no se encuentra contemplada la posibilidad de la concurrencia entre cónyuge e hijo mayor.

Para poder ver reconocido el derecho, los extremos a acreditar eran: a) el fallecimiento de cónyuge sobreviviente (dicha circunstancia no sucedió); b) el vínculo filiatorio (acreditado); c) una incapacidad para el trabajo (acreditada al momento del fallecimiento del causante) y d) no tener otro medio de vida para subsistir.

En una presentación posterior, y adelantándose a la posibilidad de que se considerara que la pensión pudiera ser compartida por partes iguales, “M.E.P.”, manifestó que “M.G.A.” trabajó en relación de dependencia realizando tareas de limpieza. Esa aseveración hubiera podido permitir, con una interpretación estricta –en

caso que estuviera efectivamente acreditado–, la exclusión de aquel como eventual titular del derecho, por no cumplir con los extremos que se mencionaran párrafos arriba, lo que permitiría que la denunciante siguiera percibiendo la pensión en su totalidad.

Se presentó en el caso una situación en la cual la cónyuge, amenazada ante la posibilidad de tener que compartir su derecho –aunque ella se encontrara con vida, claro está– articulaba acciones para no permitir la concurrencia del mismo. Por otra parte, quien se encontraba en jaque por las denuncias efectuadas, era una persona en “situación de vulnerabilidad”.

Más allá de haber analizado las actuaciones y encontrar una opinión técnica legal favorable, fue necesario la utilización de la herramienta para robustecer el argumento de que la solicitud debía tener acogida favorable (22).

La situación de vulnerabilidad del sujeto que peticiona ante las autoridades (23) ejerciendo su derecho constitucional de instar y el tipo de derecho que se encuentra en juego, obliga al órgano administrativo a interrogar de oficio si la norma que pudiera perjudicarlo puede ser objeto de evaluación por no pasar el test de convencionalidad, es decir, si se ajusta o no a derecho.

En este caso, había que considerar si el artículo 49 inc. d) del entonces régimen previsional –el cual excluía expresamente la posibilidad de acceder al derecho a “M.G.A.” tanto por la subsistencia de “M.E.P.”, como por la eventualidad de

21. El artículo 49 inc. b) de la ley 5678 establece: “Las pensiones se otorgarán en el siguiente orden excluyente: [...] b) A la viuda, o al viudo incapacitado y sin recursos en concurrencia con los hijos: los varones hasta los 18 años de edad y las mujeres solteras hasta los 22 años de edad. En caso de que al fallecimiento del cónyuge sobreviviente existieran hijos incapacitados para el trabajo y sin medios de vida, corresponderá a ellos el goce de la pensión cualquiera sea su edad”.

22. En la vista fiscal se sostuvo: “A criterio de este Organismo, debiera considerarse fáctica y jurídicamente la situación especial del solicitante, en un marco interpretativo que armonice con lo establecido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aprobados por nuestro país, que resultan jerárquicamente superiores a nuestra ley provincial (conf. Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y doctrina derivada de los casos de la Corte IDH *Cabrera García y Montiel vs. México* 2010 y *Gelman vs. Uruguay* 2011), con el espíritu tenido en cuenta por el legislador en las posteriores reformas legislativas de la ley 5678 y con las normas que prevén idéntica prestación en la mayoría de los regímenes previsionales de la Provincia de Buenos Aires (v.gr. art. 34 y 36 del Decreto Ley 9650/80; art. 43 de la Ley 13236, art. 21 de la Ley 13237)”.

23. En la intervención fiscal se consideró que nuestra CSJN sostuvo que de las normas vigentes en nuestro país se desprende el deber de protección de los sectores específicamente vulnerables contemplados en el artículo 75 inciso 23 de la CN (cfr. Fallos 335:452), entre los que se encuentran las personas con discapacidad.

que hubiera realizado algún tipo de tarea remunerada– es conteste con los derechos reconocidos por los tratados de derechos humanos.

Es por ello que, para su resolución, se hace especial énfasis en los principios de no discriminación e igualdad consagrados en la [Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad \(24\)](#), habiéndose comprometido el Estado a promover las medidas necesarias para eliminar esa discriminación y propiciar la plena integración en la sociedad.

También, en el mismo sentido se señalan los principios de no discriminación estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#). Se ha manifestado en la intervención que las prestaciones derivadas del Derecho Humano a la Seguridad Social revisten carácter alimentario [\(25\)](#).

Resultó importante destacar la [ley 26657](#) (Ley de Derecho a la protección de la salud mental), que en su texto contempla el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y el pleno goce de los derechos humanos del grupo tutelado.

Aceptar el condicionante del fallecimiento por parte del cónyuge sobreviviente, implica consentir y convivir con un valladar infranqueable que deseché la posibilidad de la exigencia del derecho humano de Seguridad Social [\(26\)](#).

A todas luces, el artículo en crisis –49 inc. b de la ley 5678– no logra superar el test de convencionalidad. Su aplicación literal iría en contra del fin perseguido por los textos internacionales y de la progresividad con la que se encuentra revestida la materia previsional [\(27\)](#).

Se resolvió adoptar la decisión de reconocer expresamente el derecho de concurrencia al hijo, haciendo especial énfasis en que la promoción y la protección de los derechos humanos resulta de interés fiscal relevante [\(28\)](#).

Receptando el criterio comentado, se materializó por medio del acto administrativo correspondiente, el reconocimiento del derecho a la prestación de “M.G.A.” en concurrencia con su madre, por partes iguales.

VI. Conclusión

Como corolario del presente trabajo, luego de haber transitado por concepciones teóricas y los ejemplos prácticos brevemente reseñados, entendemos que la utilización de esta herramienta –dotada de un espíritu progresivo– resulta ser adecuada para la resolución de los casos que se sometan a análisis y evaluación de la Administración.

Entendemos asimismo que el examen de compatibilidad convencional puede ser ejercido en

24. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, fue aprobada por el Congreso de la Nación el día 21 de mayo de 2008 mediante la ley 26378.

25. Ver nota 16.

26. Se recomienda la lectura de los párrafos 178 a 193 del caso [Muelle Flores vs Perú](#).

27. Se sostuvo en la vista que “[...] en ese contexto, se advierte que art. 49 inc. “b” de la Ley 5678 –que regía al momento de fallecer el padre del solicitante– no logra superar el test respectivo al condicionar el goce del derecho a pensión del hijo mayor con discapacidad, al fallecimiento del cónyuge sobreviviente. Circunstancia que no se corresponde con los fines tuitivos que ese instituto persigue: el desamparo que provoca la muerte de un miembro económicamente activo de la familia [...]”.

28. Finalmente se resolvió: “Por todo lo expuesto, y bajo tales pautas, considerando que la promoción y protección de los derechos humanos resulta de interés fiscal relevante (conforme artículos 11, 12, 20, 36, 56, 57, entre otros, de la Constitución Provincial), esta Fiscalía de Estado entiende que correspondería reconocer el derecho de pensión en la misma proporción a “M.G.A.” y a “M.E.P.”. Ello sin perjuicio de las manifestaciones vertidas por la Sra. “P” a fs. 62, pues la circunstancia de que el peticionante hubiera desempeñado tareas de limpieza que le permitieran obtener durante un breve lapso escasos ingresos, no constituye óbice para impedirle acceder al beneficio que aquí solicita”.

el marco del control de legalidad de los actos emanados del Poder Ejecutivo provincial, bajo la convicción de que el interés fiscal resulta ser más amplio que el tradicionalmente comprensivo del plano patrimonialista.

Todo lo anterior se afirma en esta ineludible premisa: es obligación del Estado resolver las solicitudes realizadas por los habitantes sin desatender el bloque de constitucionalidad y con perspectiva de derechos humanos, puesto que ello –y no otra cosa–, es lo que hoy en día exige nuestro ordenamiento jurídico a los organismos administrativos y a las personas que allí desarrollan su actividad profesional.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la Cepal*, 88, pp 35-50.
- Monti, L. M. (2021). La administración pública frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Reflexiones. Interrogantes. *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo* N° 9.
- Rosatti, H. (2012). El llamado “Control de Convencionalidad” y el “Control de Constitucionalidad” en la Argentina. *Revista La Ley*, p. 911.
- Sagües, S. (2017). Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino. *Control de Convencionalidad. Max-Planck-Institut*.