

Asignación Universal por Hijo. Enfoque de derechos y marco constitucional: ¿por qué mediante decreto de necesidad y urgencia?

Ana María Bestard¹

Resumen:

La ponencia versará sobre el análisis del decreto de necesidad y urgencia n° 1.602/2.009 y su resolución reglamentaria Anses n° 393/2.009, referidos a la asignación universal por hijo. Dicho análisis se abordará desde el enfoque de derechos, que se sustenta en los principios del derecho internacional de los derechos humanos. Esta herramienta conceptual servirá, a su vez, como instrumento teórico operativo para determinar si la medida se diseñó de conformidad con el enfoque de derechos y qué grado de avance produjo en los derechos de las personas a quienes está destinada, en relación con los anteriores programas de transferencias condicionadas de ingresos. Asimismo, se incluirá, desde el aspecto jurídico, el estudio sobre el medio elegido para otorgar la asignación, un decreto de necesidad y urgencia, su legitimidad y /o conveniencia desde el marco de la Constitución Nacional y las distintas competencias de los poderes ejecutivo y legislativos nacionales en la materia. También, la relación entre el decreto de necesidad y urgencia y la ley de asignaciones familiares a la que modifica.

¹ Integrante del Proyecto de Investigación Ubacyt MS 10 sobre Políticas Sociales, Enfoque de Derechos y Marginación Social en Argentina (2.003/09), dirigido por la Dra. Laura Pautassi, en cuyo marco se presenta esta ponencia. Escribana UBA. Abogada Especialista en Sociología Jurídica UBA. Profesional Principal Carrera del Personal de Apoyo CONICET. Profesora Adjunta Regular en Derecho Constitucional e Investigadora Adscripta Instituto Ambrosio L. Gioja, ambos de la Facultad de Derecho. UBA. Miembro del Seminario sobre Derechos Sociales y Políticas Públicas. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Doctoranda UBA.

Asignación Universal por Hijo. Enfoque de derechos y marco constitucional: ¿por qué mediante decreto de necesidad y urgencia?

1. Planteo del tema.

La asignación universal por hijo para protección social (AUH) fue implementada mediante un decreto de necesidad y urgencia (DNU). En la presente ponencia trataremos el tema de dicha implementación y su relación con la normativa constitucional, en primer término, para luego ahondar en el contenido de la medida, desde el enfoque de derechos. Utilizamos este enfoque como una herramienta conceptual que servirá, además, como instrumento teórico y operativo para determinar si la medida se diseñó de conformidad con los derechos humanos, receptados en los tratados internacionales que desde la reforma constitucional de 1.994 poseen jerarquía constitucional.

Los interrogantes que se plantean frente al decreto 1.602/09, desde el punto de vista constitucional, son los siguientes: ¿Está habilitado constitucionalmente el Poder Ejecutivo para reglamentar los derechos constitucionales mediante decreto? ¿Resulta legítimo utilizar la medida extrema de un DNU para regular la asignación universal por hijo? ¿Qué alcance debe tener el control judicial de constitucionalidad del DNU?

2. Decretos de necesidad y urgencia. Concepto y breve historia.

Conceptualmente los DNU , son aquellas disposiciones o medidas dictadas por el Poder Ejecutivo (PE) con forma de decreto, sobre materias propias del Poder Legislativo (PL), frente a circunstancias especiales de necesidad y urgencia, de una gravedad tal, que no permiten esperar el tratamiento del caso por el último órgano mencionado. Revisten fuerza y valor (provisorio) de ley y están sujetos a la condición resolutoria de la aprobación o no por el Congreso (ad referéndum de éste) (Quiroga Lavié, 2.001; Sabasay, 2.010; Bidart Campos 1.995).

Recordemos que hasta la administración de Carlos Saúl Menem se habían dictado aproximadamente veinticinco DNU y luego de su segundo mandato este número ascendió a más de cuatrocientos. El presidente que lo sucedió, Fernando de la Rúa, continuó con la tendencia. El presidente Néstor Kirchner durante su primer año de gestión dictó alrededor de setenta DNU.

Antes de la reforma constitucional de 1.994 se había discutido la posibilidad de constitucionalizar o no la facultad de dictar este tipo de decretos por el PE. Quienes estaban en contra de la consagración constitucional pensaban que cualquiera fuera su regulación, la inclusión de los DNU en la Constitución Nacional (CN) implicaría la continuidad del uso y abuso de estos actos. Sobre todo, teniendo en cuenta la falta o escasa oposición al oficialismo en el PL y la necesidad de jueces independientes. Lo que redundaba en la deficiencia o ausencia de control de los decretos.

La postura contraria afirmaba que la forma de limitar esta facultad, ejercida en forma extralimitada en los hechos, era su incorporación constitucional. La omisión de regulación no permitiría establecer si se habían producido excesos en la competencia del PE al dictarlos. Obviamente triunfó la segunda posición, que se compadece con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), cuyas pautas son : a) a

las restricciones de la Constitución Nacional no debe asignárseles una extensión tal que trabe el ejercicio eficaz del gobierno; b) ante una emergencia, lo que el derecho reclama premiosamente es su erradicación, porque la subsistencia de la misma es más peligrosa que los poderes necesarios para combatirla; c) la emergencia puede tener una duración indefinida, aunque su prolongación en el tiempo no puede ser indefinida². El riesgo frente a la absorción de facultades legislativas por el PE es la concentración del poder y su consiguiente y, antes mencionada, falta de control de las mismas, lo que destruye el principio de división de poderes, receptado en el artículo 1° de la CN, base fundamental de la forma republicana de gobierno. Para que se afecte la división de poderes debe producirse el ejercicio abusivo del poder mientras que, en situaciones de emergencia, el objetivo primordial consiste en erradicar la emergencia para resolver la máxima inseguridad jurídica que está representada por su subsistencia. En el primer supuesto se produciría una concentración excesiva e ilegítima del poder, fulminada por el art. 29 CN y, en el segundo, se perseguiría alcanzar la seguridad jurídica o el restablecimiento del estado de derecho. La diferencia está determinada por el fin perseguido (Loñ, 2.004). Por otro lado, cuando el PE dicta un DNU no le está impidiendo al PL expedirse al respecto y simultáneamente estaría ejerciendo la administración general del país³.

3. Decretos de necesidad y urgencia: Reforma constitucional de 1.994. Reglamentación.

La reforma de la CN incorpora la facultad analizada, en cabeza del PE, en el Art 99 inc. 3⁴ pero debido a que la intención expresada en la ley 24.309, de necesidad de reforma constitucional nacional, entre otras, fue reducir el hiperpresidencialismo, la regla con la que comienza el artículo es la prohibición de dictar disposiciones de carácter legislativo al PE. Y, la excepción: el dictado de los DNU bajo las estrictas condiciones que allí establece. Criterio aplicado y resaltado por la doctrina judicial de la CSJN, sobre todo en su actual composición⁵.

El constituyente los denomina “decretos por razones de necesidad y urgencia”, si bien no los define, sí determina las causas que los justifican y establece un procedimiento de

² Requisitos que fueron establecidos in re “Avico c/ de la Pesa. CS 7/12/1.934. Fallos 172:29, a favor de la constitucionalidad de la ley de emergencia y que hasta la actualidad la CS ha aplicado, claro que con diferente alcance, en las diferentes emergencias que la Argentina ha atravesado.

³ Art. 86 inc. 1° CN (1.853/1,860).

⁴ “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: . . . 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

⁵ Ver Consumidores Argentinos/ EN-PEN Dto 558/02-SS- Ley 20.091, 19/5/2010. Fallos: 333:633.

control político de la medida a favor del PL. En primer término, de la Comisión Bicameral Permanente (CBP), y luego, del plenario de ambas cámaras.

La CBP debe expedirse expresamente sobre la adecuación del DNU a los requisitos formales y sustanciales establecidos para su dictado en la CN, conforme ley 26.122 reglamentaria del art. 99 inc.3 CN⁶.

La aprobación o el rechazo de los decretos por las Cámaras del PL debe ser expreso “conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional.” Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento en forma inmediata⁷. Está vedado a éstas introducir modificaciones o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo limitarse a la aceptación o rechazo del decreto, mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes⁸. El rechazo de ambas Cámaras implica su derogación, quedando en pie los derechos adquiridos durante su vigencia.⁹

Consideramos de dudosa constitucionalidad el artículo 22 de la ley 26.122. El artículo 82 de la Constitución Nacional, introducido por la reforma constitucional de 1.994 dice : “la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente: se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. El texto significa que si el Congreso no se manifiesta expresamente no hay ley. El silencio de Estado debe interpretarse como negativa, nunca en forma positiva. Principio de derecho público vinculado al concepto de estado de derecho y a los principios de legalidad y de competencia. La nueva ley exige que tanto la aprobación como el rechazo sean expresos, pero el artículo 17 de la ley 26.122 consagra que los decretos “tienen plena vigencia de conformidad a lo establecido en el artículo 2º del Código Civil”.¹⁰ Razón por la cual mantienen su vigencia mientras el Congreso no los apruebe. Esta situación resulta conveniente al Ejecutivo, porque si no logra la mayoría en el Congreso para aprobar la medida, ésta sigue vigente. Con lo cual revierte el principio incorporado a la Constitución por la Convención Constituyente de 1.994, en el precitado artículo 82.

La doctrina del silencio del Congreso interpretado en forma afirmativa fue duramente criticada en la Convención Constituyente de 1.994. Criterio ratificado por la CSJN¹¹.

Otro reparo a la ley 26.122 : no establece plazo para que las Cámaras se expidan aunque habla de que “elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento”¹². Corresponden aquí las aclaraciones que hicimos más arriba sobre el silencio del PL y la aplicación del art. 82 CN.

4. La relación entre el principio de división de poderes y los DNU.

⁶ Art. 10 Ley 26.122.

⁷ Art. 22 Ley 26.122.

⁸ Art. 23 Ley 26.122.

⁹ Art. 24 Ley 26.122.

¹⁰ Art. 2º del Código Civil : “Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial”.

¹¹ En particular in re Verrocchi, Ezio c/ Administración Nacional de Aduanas. CS 19/8/1.999. LL.2.000-A-88.

¹² Art. 21 Ley 26.122.

El principio de división de poderes se vincula con el estado de derecho y, por ende, con los derechos de los particulares y la seguridad jurídica. Quizás, la cuestión del aumento de facultades legislativas ejercidas por el PE no esté originada solamente en la complejidad y celeridad de la vida política, económica y financiera, ni en las realidades tecnológicas de nuestro tiempo, sino también y fundamentalmente, en el rol que la sociedad ha asignado, en cada momento histórico, al PL.

En el siglo XIX el PL resulta una pieza clave del sistema político, cuya estabilidad depende de la funcionalidad y representatividad del mismo, imprescindibles para la consolidación de la democracia. En su seno, entonces, se debaten y establecen los lineamientos rectores de la convivencia social. Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, el principio de división de poderes representa el respeto al reparto de funciones estatales sobre la base de que la función legislativa es propia y exclusiva del PL. No controlar debidamente los DNU emitidos por el PE, como ha hecho el PL en las últimas décadas, o delegar facultades extraordinarias en el PE, significa resignar su rol esencial en la discusión y elaboración de las políticas públicas.

Si bien pareciera innegable, no sólo en Argentina, la tendencia al aumento de facultades del PE, pasando revista a nuestra traumática historia nacional estimamos necesario defender el principio de división de poderes, como instrumento válido, filosófico y jurídico-constitucional, establecido para evitar la concentración de poder en el órgano ejecutivo. Vicio en el que los argentinos incurrimos reiteradamente en perjuicio de la República y de nuestras libertades personales.

El afianzamiento en el pueblo de la concepción de que el poder político reside en él hace que el Parlamento se vea no sólo como hacedor de la ley, que reconoce y reglamenta nuestros derechos, sino como órgano legítimo para crear y establecer las líneas de conducción de la sociedad en el orden político, económico y social.

La pérdida de elaboración y control por el PL de la política legislativa, y la consiguiente convalidación de ello por el PJ, han importado la destrucción del sistema plasmado en la CN y la inmersión de la República en las graves crisis que parecieran endémicas en nuestra realidad nacional. No está demás apuntar que nos referimos a DNU y a decretos delegados, no a la delegación (de facultades legislativas) técnica normativa, vinculada a la confección de leyes de complejidad técnica y cuya redacción conviene destinar a expertos, como por ejemplo las referidas a los textos ordenados de las leyes o a los digestos jurídicos; ni tampoco a la delegación administrativa, propia de la necesidad de la administración, centralizada y descentralizada, de regular en forma permanente y ordinaria las actividades indispensables para el logro de sus fines. Es por ello importante considerar que cuando el Poder Judicial no convalida sino que, por el contrario, señala a los otros órganos políticos los incumplimientos de sus competencias y ordena el ejercicio de las mismas está ejerciendo el control de constitucionalidad y/o de convencionalidad que la CN y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH) le exigen.

5. El reconocimiento y la limitación de derechos humanos mediante DNU.

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expresado y, teniendo en cuenta, especialmente, los beneficios de la asignación universal por hijo para un sector desprotegido de la sociedad nos preguntamos cómo debe calificarse el DNU que otorga la AUH, dado que se trata

de una medida que reconoce derechos, en lugar de restringirlos. La respuesta es que lo legítimo es la instrumentación mediante ley formal, en base al derecho constitucional y de los TIDH¹³, que constituyen el bloque de constitucionalidad federal, cúspide de nuestro ordenamiento jurídico. Así el art 14 de la CN establece que los derechos constitucionales se ejercen conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, el art. 99 inc. 2º de la misma reconoce un status sublegal a la actividad reglamentaria del PE, que no podrá desvirtuar con dicha reglamentación la letra ni el espíritu de la ley, la Opinión Consultiva N° 6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -CorteIDH- especifica que los derechos deben reglamentarse por ley en sentido formal y la Observación General n° 19 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC) establece que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar que se cumplan las obligaciones específicas en materia de seguridad social, tales como leyes, estrategias, políticas o programas Pero esta respuesta merece alguna aclaración para alejar cualquier duda sobre el particular.

El sistema interamericano marca una diferencia en relación al alcance de ley, según se trate de reconocer o restringir un derecho. “En el primer caso, que se inscribe en la obligación general de adoptar las medidas de derecho interno que resulten necesarias para hacer efectivo un derecho protegido, se apunta a la ley material en tanto que cuando se trata de restringir sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana” (Pinto, 2.009: 94).

Así también lo ha reconocido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido leading case *Ekmekdjian c/ Sofovich*¹⁴. En esa oportunidad, la CSJN determinó la operatividad del derecho de réplica receptado en el art. 13 de la CADH, en el orden interno, sin necesidad de ley formal nacional que lo reglamentara, debido a su inclusión en el ordenamiento internacional citado.

Las normas que restrinjan o limiten derechos humanos deben observar los requisitos de forma “que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y a condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse” (Pinto, 2.009:90). Este principio surge de la norma del art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁵. Dicho principio fue receptado en otros tratados de derechos humanos, tales: el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –PIDESC- (art. 4º)¹⁶, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 30)¹⁷.

¹³ Conforme al art. 75 inc. 22 de la CN los tratados de derechos humanos citados y los que sean sometidos al procedimiento por éste regulado poseen jerarquía constitucional.

¹⁴ *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*. CS. 7/7/1.992.LL 1.992-C-543.

¹⁵ Art. 29 inc.2: En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

¹⁶ Art. 4º: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

¹⁷ Art. 30: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

“Destaca la Corte Interamericana el papel del Poder Legislativo en varios aspectos que se unifican en la necesidad de que toda limitación al ejercicio de los derechos debe provenir de leyes formales, fundamentando esa posición en estos términos: . . . A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente” (Albanese, 1.997:60).

La precitada Opinión Consultiva 6/86 de la CorteIDH (9/5/1.986) determinó que “ley” significa “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados para la formación de las leyes”.

Sin perjuicio de la distinción anotada, no hay norma internacional que determine la instrumentación de una medida como la aquí analizada por decreto, todo lo contrario. En base fundamentalmente a la precitada Observación General n° 19 del Comité DESC, los Estados deben aprobar una “legislación” marco para hacer efectivo el derecho a la seguridad social¹⁸.

6. El Decreto N° 1.602/2.009.

La motivación de la medida:

De los considerandos del decreto, podemos extraer la motivación de la medida. Nos interesa resaltar los siguientes, a efectos de realizar algunas observaciones.

“Que los más diversos sectores políticos y sociales han expresado su predisposición favorable a la adopción de políticas públicas que permitan mejorar la situación de los menores y adolescentes en situación de vulnerabilidad social.”

“Que a través de la Ley N° 24.714 se instituyó con alcance nacional y obligatorio un Régimen de Asignaciones Familiares.” . . .

“Que en el mencionado Régimen de de Asignaciones familiares no se incluye a los grupos familiares que se encuentren desocupados o que se desempeñen en la economía informal.”

“Que la ley N° 26.061 tiene por objeto la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de

¹⁸ O Gral 19 Comité DESC. Los Estados tienen “la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas, tales como leyes, estrategias, políticas o programas” en materia de seguridad social. Y estima conveniente aprobar una legislación marco para hacer efectivo el derecho a la seguridad social. Esta legislación podrá incluir : a) los objetivos o metas que han de alcanzarse y los plazos para lograrlos; b) los medios que podrían utilizarse para alcanzar este fin; c) la colaboración prevista con la sociedad civil, el sector privado y las organizaciones internacionales; d) las instituciones encargadas del proceso; e) los mecanismos nacionales para la vigilancia del proceso; y f) los procedimientos de reparación y recurso”.

aquéllos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los Tratados Internacionales en los que la nación sea parte.”

“Que el artículo 3º de dicha norma se entiende por interés superior de aquéllos a quienes protege la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que a ellos se les reconoce, entre los que se encuentran el derecho a la obtención a una buena calidad de vida, a la educación y a obtener los beneficios de la Seguridad Social.”

“Que, forzoso es decirlo, esta medida por sí no puede garantizar la salida de la pobreza de sus beneficiarios y no puede ubicarse allí toda la expectativa social, aunque resultará, confiamos, un paliativo importante. Queremos evitar entonces el riesgo de depositar la ilusión de que con una sola medida se puede terminar con la pobreza.”. . .

“Que existe consenso entre la comunidad y las instituciones sobre la urgencia en implementar medidas que permitan combatir la pobreza, así como brindar apoyo y asistencia a las familias como núcleo de contención natural y bienestar de la sociedad, mediante la adopción de medidas de carácter universal.”

“Que la particular naturaleza de la situación planteada y la urgencia requerida para su resolución dificultan seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional para la sanción de las leyes, por lo que el Poder Ejecutivo Nacional adopta la presente medida con carácter excepcional.”

En primer término, el Poder Ejecutivo reconoce que es preocupación de sectores políticos y sociales la situación de vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes. Prueba de ello, la cantidad de proyectos legislativos sobre el tema, con origen en distintos partidos políticos, que tenían estado parlamentario en el PL al momento del dictado del DNU (Pautassi, Arcidiácono y Royo, 2.010; Lo Vuolo, 2.009). Resulta, entonces, absolutamente paradójico que la AUH no se debatiera, como hubiera correspondido, en el PL, órgano competente para discutir y diseñar la política pública en la materia. Además, el PE expresa que el DNU viene a modificar ley 24.714, de asignaciones familiares, otra razón para aplicar el paralelismo de las formas y consagrar la AUH mediante ley formal. Desde el punto de vista legal y constitucional hemos dado las razones por las cuales resulta respetuoso del sistema republicano de gobierno resolver la cuestión mediante ley formal. Los derechos constitucionales se reglamentan por ley formal y el derecho internacional de los derechos humanos es conteste con ello.

Por otro lado, el DNU estaría completando otra ley, la 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, en lo referido al interés superior del niño. Sin embargo, los aspectos que regula el DNU sobre AUH no son meros detalles reglamentarios de esta ley sino el reconocimiento y regulación de una asignación o derecho no previsto por la ley citada. Es decir, no se trata de un decreto reglamentario o ejecutivo sino de un DNU.

Desde el punto de vista de la institucionalidad democrática, un DNU no tiene el mismo status jurídico que una ley, considerarlo de otro modo implicaría vulnerar la CN y su sistema de controles. Los órganos del poder sólo pueden realizar los actos establecidos por la CN y la ley de su competencia, en base al principio de competencia (arts. 1º, 75, 99, 116 y 117 CN). Contrariamente, para los individuos rige el principio de la libertad o autonomía de la voluntad, ellos pueden realizar todos los actos que no les sean

legalmente prohibidos (arts. 19, 18 y 28 CN). Atento el consenso político y social arriba apuntado, como el propio PE reconoce en los considerandos del decreto, la discusión en el PL hubiera sido rápida y conducente a resolver y consensuar una serie de detalles del DNU, que vamos a criticar más adelante y que podrían haberse consagrado de mejor manera, luego de un debate esclarecedor. Cuando explicamos que desde el derecho internacional de los derechos humanos se admite la ley material para reconocer un derecho con recepción en los TIDH, pensamos en el caso de hacer lugar a un derecho no otorgado en el orden interno, situación que refiere directamente al incumpliendo por el estado de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Lo importante en relación a este tema es el reconocimiento y goce del derecho por el particular, o mejor dicho, que el incumplimiento del Estado en reglamentarlo por ley formal no impida la vigencia del mismo. Hicimos alusión al caso Ekmekdjian c/ Sofovic de la CSJN, paradigmático en la materia. Este criterio no puede justificar la regulación de la AUH mediante DNU, más aún teniendo en cuenta la OGral n° 19 del Comité DESC. La reglamentación en cuestión requiere una tarea de discusión y acuerdo entre las diferentes fuerzas políticas que exceden la competencia del PE en la regulación de aspectos técnicos. La AUH involucra una serie de temas que se refieren a distintas competencias: laboral, de la seguridad social y, aún, tributarias, todas propias del PL.

Asimismo el combate de la pobreza y la exclusión social necesitan de políticas sociales universales y abarcadoras de múltiples aspectos. En este sentido, “es necesario asumir que la política social continúa siendo central para construir las condiciones de una ciudadanía basada en el respeto y la profundización de derechos individuales y sociales, al mismo tiempo que configura una vía para superar efectivamente la dinámica excluyente de las últimas décadas (. . .) La exclusión de las personas de los bienes y servicios sociales no se resuelve sólo con transferencias monetarias, sino que se requiere un conjunto de acciones articuladas para abordar integralmente una problemática de semejante complejidad” (Pautassi, Arcidiácono, Royo, 2.010 :255).

Deberían encararse políticas sociales de corte universal sobre educación y salud públicas, de cuidado de niños, niñas, adolescentes y adultos mayores, junto con una reforma tributaria progresiva y un nuevo pacto fiscal con las provincias que refuerce el sistema federal consagrado en la CN (Pautassi, Arcidiácono y Royo, 2.010). En definitiva, lo prescripto por la CN y el derecho de los derechos humanos, para hacer efectivos los derechos humanos, en el marco de una sociedad democrática y participativa, son políticas públicas que surjan del órgano representativo de la voluntad popular y de la participación de los grupos vulnerables afectados.

Por último, tampoco la dilación en el tiempo que hubiera generado el debate en el seno del PL resulta argumento suficiente para dictar la medida mediante un DNU. La CSJN tiene dicho que el estado de necesidad que justifica el dictado de un DNU está representado por la imposibilidad de reunión del PL por una contienda bélica o de desastres naturales que impidan a los legisladores llegar a la Capital o que la situación necesite solución legislativa urgente que deba ser solucionada inmediatamente. El más alto tribunal desestima razones de mera conveniencia para dictar este tipo de decretos y exige suficiente motivación fáctica en los considerandos del DNU¹⁹, cuestión esta última que tampoco advertimos en la motivación del DNU 1.602/09.

¹⁹ Del caso Verrocchi citado. Considerandos 9 y 10. Voto mayoría.

La parte resolutive:

El decreto incorpora a la ley 24.714 , una Asignación Universal por Hijo para Protección Social, como un subsistema no contributivo, destinado a niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina que no perciban otra asignación familiar prevista por la premencionada ley y, a la vez, que formen parte de grupos familiares que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal y monotributistas sociales (arts. 1° y 8°). La percepción del beneficio otorgado resulta incompatible con la percepción de cualquiera otro beneficio contributivo o no contributivo, nacional, provincial, municipal o de la CABA (art. 9°).

En principio, la medida es positiva en el sentido de que considera a un sector desaventajado de la población (niños, niñas y adolescentes), perteneciente a familias desocupadas, con trabajos informales o monotributistas sociales, aumenta los ingresos de estos grupos, lo que en definitiva reactiva la economía dado que en estos sectores vulnerables la mayor parte de los ingresos o su casi totalidad se vuelca al consumo. “Esta medida implicará la transferencia de una masa mensual de recursos muy importante para un número más que significativo de familias. Y, a diferencia de de otros planes, se reducirá la posibilidad de subejecución presupuestaria”. (Pautassi, Arcidiácono y Royo, 2.010 : 242)

Sin embargo, el principio de universalidad de los derechos humanos, que debe regir el tema desde el enfoque de derechos que propugnamos, no se cumple porque quedan fuera de la asignación: los monotributistas no sociales, las personas migrantes que no acrediten una residencia mínima de tres años en el país, los detenidos, quienes perciban un salario mayor al mínimo, vital y móvil. Esta selectividad de las personas beneficiarias, que aleja la medida de la universalidad, más las condicionalidades que establece, y que luego veremos, hace que la AUH no se diferencie demasiado de los anteriores planes de transferencia condicionada de ingresos.

La AUH está representada por una prestación dineraria no retributiva mensual que se abona a uno de los padres, tutor, curador o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado, por cada menor de dieciocho años que se encuentre a su cargo o sin límite de edad si se tratare de personas discapacitadas, siempre que no reciba ninguna prestación de las reguladas por la ley 24.714, ni estuviere emancipado o empleado. La prestación se abona hasta el máximo de cinco hijos y/o hijas (art. 5°). Mediante una resolución del ANSES, de fecha posterior, se incluyen en el régimen de la AUH a los trabajadores del servicio doméstico que perciban un ingreso menor al del salario mínimo vital y móvil.²⁰

Obviamente, nos interrogamos sobre la causa del límite de los cinco hijos en el pago de la AUH. Debió tenerse en cuenta que el sexto hijo queda sin AUH, aunque reúna los requisitos para su otorgamiento, mientras que existe la pensión a madres de siete hijos²¹. Las familias de seis hijos sólo pueden cobrar la asignación por cinco de sus hijos, estableciéndose –en consecuencia- una diferencia entre los propios hijos, que viola el concepto de derecho humano, el principio de universalidad que los rige y el principio de igualdad, al establecer una discriminación absolutamente inconstitucional y contraria a los TIDH.

²⁰ Art. 4° Res. Anses n° 393/09 del 18/11/2.009.

²¹ Ley 23.746.

En cuanto a las precitadas condicionalidades de la AUH, el decreto determina que el menor debe ser argentino, hijo de argentino nativo o por opción, naturalizado o residente, con residencia legal en el país no inferior a tres años previos a la solicitud. Además, deberá acreditarse el cumplimiento de los controles sanitarios y del plan de vacunación obligatorio a los niños y niñas de hasta cuatro años y desde los cinco años hasta los dieciocho la asistencia obligatoria a establecimientos educativos públicos (art. 6°). La falta de acreditación de estas exigencias implicará la pérdida del beneficio (art. 7°). Aquí se advierte una nueva discriminación entre los trabajadores sometidos al régimen de la ley 24.714, a quienes no se les exige el cumplimiento de ninguna condicionalidad para percibir la asignación familiar, y los beneficiarios del DNU n° 1.602/09, que sí lo hace. Por otro lado, el requisito de residencia “legal” no encuentra su fuente legal en la CN, ni en ley de migraciones²², ni en la doctrina judicial de la CSJN. La distinción entre nacionales y extranjeros con menos de tres años de residencia en el país no supera el control de constitucionalidad en materia de igualdad material.

Las condicionalidades o exigencias de orden sanitario y educativo, desnaturalizan el carácter de los derechos a la salud y a la educación que poseen los destinatarios del DNU como derechos y, en especial, como derechos humanos²³. Es decir, no constituyen obligaciones de los niños, niñas y adolescentes sino derechos de ellos. La salud y la educación son derechos de los niños y, correlativamente, una obligación para el Estado que, de acuerdo con el enfoque de derechos, debe proteger, garantizar y promover los derechos humanos, caso contrario, incurre en responsabilidad internacional. Invertir esta ecuación y, aún, castigar con el retiro de la asignación a los sujetos titulares de la misma por no cumplir con las exigencias educativas y sanitarias, en realidad, importa trasladarles a ellos una obligación cuyo titular es el Estado. Sin perjuicio de apuntar que los niños y niñas dependen de los adultos para efectivizar las aludidas exigencias, cuestión que agrava lo expresado pues, los primeros estarían siendo castigados por una conducta de los responsables a cargo de ellos y no por una propia.

Otro tema a considerar es el financiamiento de la AUH, realizado por la ANSES. En este punto las críticas apuntan a que no corresponde que el mismo organismo que entrega la asignación, dicte la reglamentación operativa y controle los pagos. Como también a que se estarían disponiendo fondos que pertenecen a los haberes jubilatorios.

Conclusión

El DNU como herramienta jurídica para implementar la AUH adolece de defectos graves de orden constitucional y del derecho de los derechos humanos. A esta altura de los tiempos y luego de más de dos décadas de la reinstalación de la democracia, deberíamos reforzar la idea de que no corresponde utilizar un instrumento que la CN prohíbe y sólo reserva para casos excepcionalísimos, con el objeto de consagrar derechos. La admisión de facultades legislativas por parte del PE la hace la CN bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales y sustanciales, que constituyen una limitación y no una ampliación de una práctica seguida en el país. Exigiendo el constituyente, para el ejercicio válido de esta facultad de excepción –además de la debida consideración por parte del PL- que la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos, y que

²² Ley 25.871.

²³ Dentro de los últimos como derechos económicos, sociales y culturales de igual rango que los civiles y políticos.

exista un grave estado de necesidad que impida la reunión de las Cámaras del PL, por guerra o causas de fuerza mayor o una urgencia tal que sea incompatible con el trámite ordinario de sanción de las leyes²⁴. Corresponderá al PJ, asimismo, evaluar las causales de la necesidad y urgencia alegadas por el PE, en cada caso concreto que llegue a sus estrados, además de los requisitos formales de los DNU. Por otro lado, la O Gral n° 19 del Comité DESC es clara al establecer la necesidad de una legislación marco en materia de seguridad social.

Habría que sumar a lo expresado, a favor de la reglamentación de la AUH mediante ley formal, que los fondos que el PE dispone mediante el DNU 1.602/09 forman parte de los recursos de la ANSES, cuyo origen no sólo proviene de aportes y contribuciones sino principalmente de recursos fiscales: impuestos, intereses, rentas y transferencias del Tesoro. Podría interpretarse, entonces, que a partir de la AUH “los aportes y contribuciones a la seguridad social pasan a tener una naturaleza claramente tributaria, en tanto se van a utilizar para financiar prestaciones no contributivas a beneficiarios por los cuales no se han realizado ni aportes personales ni contribuciones patronales”.(Lo Vuolo, 2.009:20). Resultaría, en consecuencia, competencia exclusiva del PL, conforme los arts. 4°, 52, 75 inc. 2° de la CN. Concordantemente, la materia tributaria está expresamente excluida como objeto de los DNU por el art. 99 inc. 3 de la CN.

Analizando el contenido de la disposición, la AUH importa un avance. Este está representado, sobre todo, porque los beneficiarios son los niños, niñas y adolescentes (grupos vulnerables) y el receptor es un adulto desocupado o con un salario inferior al salario mínimo, vital y móvil (la pauta es la falta de ingreso o un ingreso menor al mínimo y no la contraprestación de una tarea o el pago de aportes o la categorización de familia pobre). A su vez, la AUH se aparta del sistema contributivo en materia de asignaciones familiares y, se diferencia así, en cierto modo, de los planes de transferencia condicionada de ingresos, característicos de la década del 90 y posteriores. Aunque guarda coincidencia con ellos en la focalización y las condicionalidades.

Por lo último, no podemos afirmar, estrictamente, que el DNU incorpora el enfoque de derechos porque no respeta el principio de universalidad ni los de igualdad y no discriminación del derecho internacional de los derechos humanos, sin olvidar la discusión generada por la fuente de su financiamiento. Correspondería que el PL asuma el rol que el bloque de constitucionalidad federal (CN y TIDH) le asigna a fin de elaborar las políticas sociales que efectivicen la universalidad de los derechos humanos.

Bibliografía

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2.006) *El umbral de la ciudadanía* (Bs. As. Del Puerto).

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (2.006) “Dilemas actuales en la resolución de la pobreza, el aporte del enfoque de derechos”. Ponencia presentada en el seminario Los derechos humanos y las políticas públicas para enfrentare la pobreza y la desigualdad. UNESCO/Secretaría de Derechos Humanos y Universidad Nacional de Tres de Febrero. (Bs.As 12 y 13 de setiembre de 2.006).

²⁴ Cc.in re Consumidores Argentinos c. Estado Nacional –PEN- Dto 558/02-SS- ley 20.091. CS 19/05/2.010. Fallos 333:633 y Verrocchi citado.

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura Compiladores (2.009) *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos* (Buenos Aires. Editores del Puerto).

Albanese, Susana (1.997) *Derechos Humanos. Estudio de Casos y Opiniones Consultivas* (Bs.As. Ed. De Belgrano).

Balbín, Carlos (2.004) *Carlos Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia* (Bs. As. La Ley).

Bidart Campos, Germán(1.995)*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (Bs. As.Ediar) Tomo VI La Reforma Constitucional de 1994.

Gelli, María Angélica (2.003) *Constitución de la Nación Argentina Comentada y concordada* (Bs.As. La Ley).

Lo Vuolo, Rubén. (2.009) “Asignación por Hijo” en *Serie de análisis de coyuntura* (BsAs) número 21.

Loñ, Félix y Morello, Mario Augusto (2.003) *Lecturas de la Constitución* (La Plata Librería Editora Platense).

Morales, Diego et al (2.011) “Agenda para la consolidación de las Asignaciones Universales por Hijo” en *CELS Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2.011* (Bs. As. Siglo Veintiuno).

Nino, Carlos (2.000) *Fundamentos de Derecho Constitucional*. (Bs.As. Astrea).

Pautassi, Laura Organizadora (2.010) *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina* (Bs.As. Editorial Biblos).

Pautassi, Laura, Arcidiácono, Pilar y Royo, Laura (2.010). “Idas y vueltas en las políticas sociales : el protagonismo de la pobreza en la agenda política” en *CELS Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2.010* (Bs. As.Siglo Veintiuno).

Pinto, Mónica (2.009) *Temas de Derechos Humanos* (Bs.As. Del Puerto).

Quiroga Lavié, Humberto (2.001) *Derecho Constitucional Argentino*. (Bs.As.Rubinzal Culzoni).

Sabsay, Daniel (2.010) *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario Derecho Constitucional* (Bs.As. La Ley).