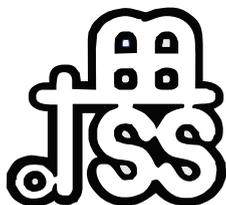






**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE  
DERECHO DEL TRABAJO  
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**



**ANUARIO**

**2017**

**Año VIII - NÚMERO 8**



**RUBINZAL - CULZONI  
EDITORES**

# **ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Presidente	HÉCTOR O. GARCÍA
Vicepresidente	ANA BARILARO
Secretaria	SILVIA GUTIÉRREZ GARAY
Tesorero	ABEL DE MANUELE
Vocales titulares	VICTORIA PÉREZ TOGNOLA LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ JORGE GARCÍA RAPP JUAN MANUEL ARIAS MIGUEL ÁNGEL GORLA ESTEBAN CARCAVALLO
Vocales suplentes	JAVIER H. DELFINO JUAN PABLO MUGNOLO
Revisores de cuentas	LAURA CHAHER JUAN CARLOS MARIANI MARÍA TERESA ALONSO PARDO

# *Anuario*

Asociación Argentina de Derecho  
del Trabajo y de la Seguridad Social

(A. A. D. T. y S. S.)

EDITOR RESPONSABLE

HÉCTOR O. GARCÍA

SECRETARIA DE REDACCIÓN

LILIANA RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

CONSEJO DE REDACCIÓN

ANA BARILARO

RICARDO A. GUIBOURG

JOSÉ RODRÍGUEZ PONTE

ALBERTO L. RIMOLDI

Anuario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social n° 8 / Luis Ramírez Bosco ... [et al.]; dirigido por Hector O. Garcia. - 1ª ed. revisada - Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2018.

216 p. ; 23 16 cm

ISBN 978-987-30-1333-1

1. Derecho Laboral. 2. Anuario. I. Ramírez Bosco, Luis II. Garcia, Hector O., dir.

CDD 344.01

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

---

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

## ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i> , por LUIS RAMÍREZ BOSCO .....	9
<i>El contencioso previsional frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Entre el igualitarismo y la “justicia de acompañamiento”)</i> , por WALTER F. CARNOTA .....	15
<i>Los derechos humanos y la seguridad social</i> , por BERNABÉ L. CHIRINOS .....	25
<i>El principio de universalidad y su violación en materia legislativa</i> , por GRACIELA E. CIPOLLETTA .....	45
<i>Derechos sociales, seguridad social y tratados internacionales de derechos humanos</i> , por JORGE GARCÍA RAPP .....	73
<i>La crisis de los principios de la seguridad social. Progresividad de los derechos. La labor del jurista</i> , por ADRIANA A. MICALE .....	97
<i>Suficiencia y sustentabilidad. El gran desafío de la seguridad social</i> , por JUAN CARLOS PAULUCCI .....	123
<i>La seguridad social. De los derechos individuales a los derechos de incidencia colectiva y a los derechos humanos universales</i> , por DANIEL G. PÉREZ .....	129
<i>El “quantum” de las prestaciones previsionales a la luz de los principios de la seguridad social y la Constitución Nacional</i> , por JAVIER B. PICONE .....	173
ÍNDICE SUMARIO .....	207



## PRÓLOGO

1. La obra que me toca prologar apunta a poner a la vista, o a subrayar, la importancia para los individuos y para la organización social que ya de una manera definitivamente afianzada se reconoce a los derechos de la seguridad social. Para eso lo que se presenta es una recopilación de ensayos desde el punto de mira del carácter de derechos humanos que tienen los de la seguridad social, en vista de que esta calificación como derechos humanos significa en realidad esa importancia o esa trascendencia especial de los derechos a los que se califica así, conforme como se están usando los términos en los tiempos corrientes.

En cualquier caso, en lo que hace a la identificación de los derechos de la seguridad social como derechos humanos, en el Derecho positivo en varias convenciones internacionales que se autodenominan o a las cuales nuestra CN denomina convenciones sobre derechos humanos, están listados estos derechos, con lo cual no puede haber discusión sobre que, para nosotros, está bien identificar a los que están en los convenios como derechos humanos.

2. En el pasado, lo que ahora son derechos humanos se superpuso con otras categorías tradicionales, en especial con los “derechos naturales” (CHIRINOS, en este libro) o ahora con los “derechos fundamentales”, nombre, este último, que se trata a veces de separar del de derechos humanos y que sigue teniendo bastante aceptación<sup>1</sup>. Pero sea como fuese y pese a sus señalados problemas idiomáticos que se señalan enseguida, ya lo

<sup>1</sup> Ver como ejemplar, entre muchos, el libro de Jorge Rodríguez Mancini titulado *Derechos fundamentales y relaciones laborales*, el de Robert Alexy titulado *Teoría de los derechos fundamentales*, o la Declaración de la OIT de 2003 sobre “derechos fundamentales en el trabajo”.

de “derechos humanos” es una denominación aceptada, con que los interesados se entienden más allá de cierta ambigüedad o indefinición de la idea.

3. Lo que sigue o debería seguir es la reflexión sobre qué efecto tiene lo de que un derecho se encuadre como “humano”, si es que se quiere o se necesita aclarar un poco más la cuestión. Con esto se puede empezar porque son derechos diferentes o una clase especial de derechos, porque si no, no serían “humanos”, sino derechos a secas. Ello así, por más que parece inevitable advertir que el agregado de “humanos” a ciertos derechos no logra ser una expresión clara o no claramente significativa de lo que contiene, defecto o limitación que se le señala con frecuencia: este agregado de “humanos” no se entiende bien si es parte del sustantivo (que si no fuese compuesto sería sólo “derechos”) o es un adjetivo que califica a ciertos derechos (como se hace con los derechos civiles, “cívicos” societarios, laborales o cualesquiera otros), que sólo levantan el cargo de ser algo tautológico o redundante (el sustantivo o el adjetivo) si se agrega la explicación, de que se llaman humanos a algunos derechos, no porque se atribuyan a personas humanas, como todos los derechos, o (esto se observa menos) porque sólo se atribuyen a personas físicas, sino porque son derechos que tocan a toda persona humana por el solo hecho de serlo.
4. Con el tema de los derechos humanos presentado como tal, se debe haber empezado en tiempos de la Revolución Francesa, aunque esto respecto a que hubiese una especie diferenciada de derechos y no respecto del contenido de la categoría, porque los reivindicados entonces (“derechos de primera generación” en, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia, 1789) no son ahora los más valorizados o, por lo menos, los más mencionados.

Luego, el desarrollo extendido de los derechos humanos, como hoy se maneja la idea, incluso con una pretensión o vocación, o realidad, de ser operativos, se diría que deriva (o se concreta) en las Declaraciones Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y Universal de Derechos Humanos, ambas de

1948; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de ONU, 1966; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también de ONU, 1966; y en nuestro medio, sobre todo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969).

O sea que por el momento y la circunstancia en que estas convenciones se dieron, fuera de ser estos derechos parte de la evolución de la humanidad, en general son (salvo el PSJCR que ya parece desprenderse de ese origen “causal”) una derivación de la impresión –y las aprensiones– que dejaron las dos grandes guerras mundiales, y de la realidad material de los ininterrumpidamente prósperos 30 “años gloriosos” o “dorados” que siguieron a la segunda de esas guerras (1945-1974); derivación que se nota, sobre todo, en el ahora tan postulado “principio de progresividad” que, como idea, se vincula con la necesidad de esta prosperidad sin interrupciones, que es la que puede hacer posible la progresión sin retrocesos, percibida además como un estado de cosas ya adquirido. Porque si no, como idea, tiende a ser una propuesta inflexible de inadaptación a los tiempos con problemas.

5. Pero lo que por el uso que se da a los términos ha ido quedando claro, lo que se quiere decir con el agregado de “humanos” es que hay algunos derechos a los que se atribuye una importancia especial. Los derechos humanos son, como se dijo al empezar este Prólogo, “derechos importantes”, con aspiración, además, de ser universales. GARCÍA RAPP, en su aporte a este libro, recuerda la opinión de Guibourg en el sentido de que los derechos humanos son reclamos morales a los que atribuimos gran importancia.
6. Esta importancia subrayada de los derechos humanos se puede reflejar en los hechos de dos maneras: o se les da explícitamente una jerarquía normativa por encima de otros derechos, y/o se establece para su defensa una vía procesal especial más específica.

En nuestro medio lo de la primera vía se hizo sin ambigüedades, cuando en 1994 se incorporaron a la CN (o a nuestro bloque constitucional) los tratados internacionales que se iden-

tifican grupalmente como “Tratados sobre derechos humanos”, título que algunos ya de por sí llevaban.

De este modo, como digo, se ubicó a los derechos de los tratados en la parte más alta de nuestra escala normativa, aunque, también es preciso señalarlo, así se perdió un poco la eficacia de lo que se estaba haciendo (o para qué se lo estaba haciendo), porque el caso es que entre los tratados y la misma CN queda en este momento listado casi cualquier derecho, por lo menos implícita o embrionariamente, y siendo así, en el tan posible caso de colisión esto hará –o hace– preciso ponderar entre dos derechos de máxima jerarquía los dos.

7. Lo de la vía procesal privilegiada no dio lugar, entre nosotros, a diferencias en la legislación y en las prácticas procesales, seguramente porque las vías judiciales más rápidas que ya proveía el ordenamiento eran suficientes también para los derechos humanos, en línea esto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos que requiere que exista un recurso “sencillo y rápido” para amparar contra las violaciones, en general, de los “derechos fundamentales”, “reconocidos en la Constitución, la ley o la presente Convención”; no sólo para los “derechos humanos”. Y algo similar de acuerdo con la CN, porque según ésta toda persona debe poder interponer acción expedita y rápida de amparo para proteger derechos reconocidos en la Constitución, un tratado o una ley. O sea de nuevo, no para un especial tratamiento de los derechos humanos.

Lo que se agrega, en esta materia procesal o jurisdiccional, es la posible intervención de la Comisión, o –sobre todo– de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para juzgar conductas de los gobiernos (no de particulares) que puedan vulnerar los derechos del Pacto de San José de Costa Rica.

8. De un modo u otro es así que quedan ubicados los derechos humanos y los posibles efectos de la clasificación, y lo que se hace con esta recopilación de reflexiones de especialistas es focalizarse sobre los derechos de la seguridad social como derechos humanos y por ello derechos de importancia esencial,

reconocidos como tales explícitamente en varios de los tratados que componen nuestro bloque constitucional.

9. Los colaboradores de la obra mencionan la vinculación de ésta con la letra de los tratados internacionales: CHIRINOS, CARNOTTA, PICONE; algunos extendiendo más el relato de esta vinculación del derecho de la seguridad social con los tratados: CIPOLLETTA, GARCÍA RAPP; este último con un desarrollo que llega a mostrar como una de las características que están identificando ahora los derechos humanos, o algo que inevitablemente se asocia con ellos: su carácter de derechos internacionales o con un fuerte componente internacional. CARNOTTA también enfatiza esto de cómo con la reforma de 1994 el tema de los derechos humanos se internacionalizó en nuestro medio.
10. Fuera de esto, es difícil en un prólogo sintetizar lo aportado por cada autor, siendo que en general sus aportes son bastante complejos. MICALE, con una visión acentuada del carácter individual de los derechos de la seguridad social que están en igual tensión con las ideas sobre las necesidades del sistema, pone énfasis sobre todo en los principios, más que nada en el de progresividad. PAULUCCI, en cambio, recuerda la necesidad del equilibrio entre la suficiencia y la sustentabilidad de los sistemas, para terminar con una tan sintética como eficaz advertencia sobre que un sistema sin equilibrio sustentable no puede durar, pero de un sistema insuficiente lo que no puede durar es su aceptación. En sentido parecido, PÉREZ observa que en los estudios sobre seguridad social siempre se parte de la base de que lo principal son las prestaciones y que la financiación se presenta como cuestión secundaria.
11. Del material que aporta PICONE no es fácil subrayar algo con relación al resto. Sin embargo (me) llama la atención el desarrollo que hace este autor de la temática tal como se da en nuestro medio (suficiencia, carácter sustitutivo, proporcionalidad, movilidad de las prestaciones, equilibrio del sistema). Señala Picone que no están en general disponibles pautas concretas sobre cómo determinar que pueda considerarse válidamente que es sustitutivo, y que quizás por esto es que la CSJN nunca se aplicó a determinar la cuantía de las prestaciones.

En línea con la tónica de su trabajo, Picone termina con la propuesta concreta de que la tasa (aceptable) de sustitución se lleve al 70% de las prestaciones de actividad.

12. PÉREZ y GARCÍA RAPP aportan relatos sobre la historia del tema; PICONE hace lo mismo con relación a la normativa nacional y al transcurso entre nosotros de las cuestiones de sustitutividad y proporcionalidad de los derechos de la seguridad social, y MICALÉ incluye un relato extenso sobre la evolución del sistema español.
13. Sirve destacar, porque el aporte es de valor, los párrafos que PÉREZ dedica al complejo problema de los derechos de incidencia o de gestión colectiva y de las acciones colectivas correspondientes, previstos en nuestra CN desde 1994. Este autor presenta una clasificación y unas sintéticas explicaciones al respecto, que no son fáciles de encontrar en la literatura nacional.
14. Por fin, en cuanto al fundamento último de esta concepción según la cual los derechos de la seguridad social son derechos “importantes”, MICALÉ, CHIRINOS y GARCÍA RAPP recuerdan la vinculación de estos derechos con la dignidad humana, a lo que, de acuerdo con el artículo 22 de la Declaración de los Derechos del Hombre, agrega el último de estos autores el derecho al desarrollo de la propia personalidad.
15. En suma, la obra con esta convocatoria de destacados especialistas logra con suficiencia el propósito de mostrar la ubicación de los derechos de la seguridad social en los primeros rangos de importancia en el sistema jurídico nacional.

LUIS RAMÍREZ BOSCO

# EL CONTENCIOSO PREVISIONAL FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

(ENTRE EL IGUALITARISMO Y LA  
“JUSTICIA DE ACOMPAÑAMIENTO”)

por WALTER F. CARNOTA\*

SUMARIO: 1. A modo de introito. 2. El acceso a la justicia. 3. La faz procesal del principio protectorio. 4. La ratificación argentina de la Convención. 5. Conclusiones.

## 1. A modo de introito

No hay lugar a dudas de que, con particular intensidad desde la reforma constitucional de 1994, nuestro ordenamiento jurídico ha acusado fuertemente los embates de la internacionalización. Los debates doctrinarios y jurisprudenciales acerca de la cotización de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana y Corte Interamericana de Derechos Humanos, la articulación de estas decisiones con las de nuestra propia Corte Suprema<sup>1</sup> y el llamado “control de convencionalidad”<sup>2</sup> son algunas de las muchas aristas del amplio fenómeno al que hacemos alusión.

\* Abogado y doctor en Derecho (UBA). Profesor titular regular de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor titular regular de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Juez federal de la Seguridad Social.

<sup>1</sup> Para muestra basta un botón: véase el interesante “choque de Cortes” entre nuestro alto tribunal (“Menem c/Perfil. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe”, sent. del 14-2-2017, *Fallos*: 340:47) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica (“Fontevicchia”, sent. del 28-10-2017).

<sup>2</sup> Sobre el punto, la bibliografía es muy copiosa. Para una visión de conjunto

El marco normativo en que estas cuestiones devienen en problemáticas es imponente. En efecto, la jerarquía constitucional de ciertos documentos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN), el rango supralegal de todo tratado internacional (ídem) y el reconocimiento explícito del derecho de la integración (art. 75, inc. 24) coadyuvan decididamente al mentado proceso de *internacionalización del ordenamiento jurídico*, en línea con precedentes jurisprudenciales inmediatamente anteriores a la revisión constitucional federal<sup>3</sup> y a los posicionamientos evidenciados en el Derecho Constitucional Comparado<sup>4</sup>.

Concretamente, las fuentes por donde pueden ingresar contenidos *iusfundamentales* son dos: a) la fuente interna, con la Constitución a la cabeza y el denso desarrollo normativo de los derechos en cabeza del Congreso, o del presidente como titular de la administración pública; b) la internacional, en donde todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos entran a jugar.

Más allá de la riqueza que pudiesen mostrar los llamados “tratados constitucionales” (es decir, los jerarquizados en ciertas condiciones en y con la propia Constitución), no dejamos de observar que, en la arquitectura que programó la reforma, *todo tratado internacional es superior a la ley interna*. Esta simple proposición normativa conlleva fuertes implicaciones, dado que el legislador doméstico no tendrá la palabra final a la hora de reglamentar los derechos pese a la literalidad del artículo 14 de la CN. La legislación laboral, por ejemplo, al chocar contra un convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), deberá ceder su lugar a este último, que irremediamente lo desplazará.

de esta nueva institución, ver CARNOTA, Walter F., *La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 15, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 51; CANOSA USERA, Raúl, *El control de convencionalidad*, Thomson Reuters Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, entre muchos otros. La Corte Interamericana, al aplicar este estándar, está velando por la primacía de la Convención Americana de Derechos Humanos (o “Pacto de San José de Costa Rica”), pero también de la interpretación que ella efectúa.

<sup>3</sup> Notablemente, “Ekmekdjian c/Sofovich” (sent. del 7-7-92, *Fallos*: 315:1492).

<sup>4</sup> Hemos examinado esos diversos sistemas en BIDART CAMPOS, Germán J. y CARNOTA, Walter F., *Derecho Constitucional Comparado*, Ediar, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 107.

El 31 de mayo de 2017 se promulgó la ley 27.360, por la que se aprueba la “Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”. El artículo 31 de ese instrumento prevé el “acceso a la justicia” de sus beneficiarios. En el presente ensayo nos proponemos examinar la compatibilidad de la ingeniería procesal federal en cuestiones de seguridad social con estas premisas convencionales, dado que creemos detectar inconsistencias entre ambos dispositivos, y analizar el camino trazado por el Poder Ejecutivo al ratificar este instrumento en la sede internacional el 23 de octubre de 2017.

## 2. El acceso a la justicia

Sobre el punto, la Convención recoge las elaboraciones de lo que en su momento se dio en llamar “la lucha por el acceso a la justicia”. Las normas, ya sean sustantivas o materiales, o adjetivas o formales, no alcanzan por sí solas a lograr su efectiva implementación. No basta, por ejemplo, reconocer la garantía del juez natural, como lo hace el artículo 18 de la Constitución Nacional. También debe asegurarse, desde el dogma y desde la *praxis*, la existencia de tribunales y de circuitos procedimentales y procesales que delimiten la jurisdicción y la competencia. Es que acudir “a los tribunales en procura de justicia”<sup>5</sup> no debe ser ni ilusorio ni utópico. Hay muchas veces que existen constreñimientos no sólo desde el oscurantismo legal, sino marginaciones o exclusiones de tipo económico, factores culturales o actitudinales, hasta incluso barreras físicas (v. gr., edilicias), que dificultan u obstaculizan el acceso referido<sup>6</sup>.

Es en este contexto que la aludida Convención ha querido incorporar esta garantía para el adulto mayor, especificando un derecho que hoy se

<sup>5</sup> Tal la famosa definición de Germán Bidart Campos sobre el derecho a la jurisdicción. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2005, t. II-B, p. 530.

<sup>6</sup> Dos autores que estudiaron mucho este problema refieren que existen diferencias entre el poder de los litigantes, dado por: 1) la situación económica; 2) la eficiencia para reconocer y hacer valer una demanda o una defensa; 3) los litigantes “ocasionales” contra los litigantes “repetitivos”. CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia (La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 17.

supone en cabeza de todos los habitantes de nuestro territorio (art. 14, *in limine*, CN), pero que la contingencia de vejez puede complicar aún más. Munida de esta noble finalidad, la Convención va a usar en esta materia parámetros altamente protectorios. Así, en el texto convencional del susodicho artículo 31 se lee: “La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Los Estados Partes se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. Los Estados Partes se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales. La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor. Asimismo, los Estados Partes desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a promover: a) Mecanismos alternativos de solución de conflictos. b) Capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor”.

Ello, de ordinario, no debería causar sorpresa, dado que el artículo 75, inciso 23 del plexo de base insta al Congreso a que se dicten *medidas de acción positiva*, en favor de cuatro colectivos: a) los niños; b) los ancianos; c) las mujeres; d) las personas con discapacidad. Estos tres últimos grupos son de interés aquí.

### **3. La faz procesal del principio protectorio**

Tal como se sabe, históricamente fue el Derecho del Trabajo el que quiso excepcionarse del Derecho Civil o común, abasteciendo al trabajador u operario de una serie de “mínimos” inderogables que vi-

nieron a engrosar así al orden público laboral. En nuestro medio, y durante gran parte del siglo anterior, el decurso de la seguridad social estuvo íntimamente ligado al del Derecho Laboral. Las primeras Cajas de Jubilaciones fueron directa consecuencia de una profusa actividad gremial. Es decir, las Cajas fueron el resultado de luchas sindicales.

Las reformas estructurales de la última década del siglo XX llevaron a la quimera igualitarista de pensar a la Administración y al interesado como partes equiparables y equiparadas. Así, el artículo 15 de la ley 24.463, tristemente bautizada como de “Solidaridad Previsional”, erigió por primera vez entre nosotros al jubilado y al órgano de gestión como partes de una contienda actual. Ello tuvo consecuencias, entre otras, en la imposición de las costas por el orden causado (art. 21, íd.), más allá de las conductas desplegadas, en una suerte de absolutización del argumento igualitarista<sup>7</sup>.

Asimismo, la aplicación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 15, íd.) a los pleitos previsionales profundizó el paradigma igualitarista, ya que se trata de un dispositivo que regula la actuación en juicio de un actor (acreedor) y de un demandado (deudor). Claro que hasta aquí llegaba la igualdad, pues la Administración a renglón seguido se veía beneficiada en singular por el legislador: exceptuarse por falta de recursos (arts. 16 y 17, ley 24.463); el otorgamiento del fuero federal (art. 18), con el agregado de un recurso ordinario ante la CSJN (art. 19, la vía ordinaria fue luego de diez años derogada por ley 26.025); la referida imposición de costas; la retrogradación procedimental (art. 24, íd.), etcétera.

En soledad, algunas voces preconizaron la doctrina de Augusto Mario Morello de la “justicia de acompañamiento” en el campo previsional, que el maestro platense supo usar en variadas situaciones<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> En sentido estricto, la igualdad hubiera significado la condena en costas según el principio de la derrota objetiva, en los términos del art. 68 del CPCCN. CARNOTA, Walter F., *Ley de Solidaridad Previsional 24.463 comentada (su problemática constitucional, sustantiva y procesal)*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 62.

<sup>8</sup> Así, junto a Néstor Cafferatta, en la materia ambiental. MORELLO, Augusto M. y CAFFERATTA, Néstor A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 157.

También extienden ese paradigma a asuntos de derechos “del consumidor, menores,

Para esta visión, el contencioso previsional dejaba de ser ortodoxamente igualitario, para darle prevalencia a la parte más débil de la relación, que parece ser lo que ahora estatuiría el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención. El adulto mayor debe tener “tratamiento preferencial”.

Desde la letra convencional, se debe preferir a la persona mayor en el “trámite, resolución y ejecución” de las decisiones administrativas y judiciales. Pero, con esta postulación, se desencadenaría de inmediato la inconsistencia de esa preceptiva con la de la ley 24.463 en su segmento procesal y con la ley ritual civil y comercial.

Como fue dicho, la Convención *tiene prelación sobre la ley*. Con lo cual obligaría a establecer los “mecanismos de ajuste” que el tratado prevé o consagra de modo enigmático, por similitud con el derecho de los discapacitados.

#### **4. La ratificación argentina de la Convención**

En relativamente poco tiempo, la Convención ya aprobada por el Congreso recibió la ratificación del presidente en sede internacional, convirtiéndose nuestro Estado en el quinto en hacerla<sup>9</sup>. Ello habla a las claras de una preocupación por las temáticas que aborda la Convención en relación con la tutela de la persona mayor.

Pero la ratificación no ha sido incondicionada. La misma, producida el 23 de octubre de 2017, contiene dos “declaraciones interpretativas”. Por la primera, relativa al artículo 31 de acceso a la justicia que aquí nos ocupa, el presidente argentino expresa que “Las obligaciones contraídas en los párrafos cuarto y quinto del artículo 31 deben entenderse como obligaciones de medios, enderezadas a la adopción de medidas, atendiendo a un criterio de progresividad y a los condicionamientos políticos propios del diseño de competencias constitucionales”. La segunda declaración interpretativa es más amplia y consigna que “El gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales

derechos de las personas vulnerables, de trascendencia social, laborales, asistenciales, los litigios de pequeñas causas” (íd., p. 14).

<sup>9</sup> Luego del Uruguay, Costa Rica, Bolivia y Chile.

nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ o ‘interés social’, o lo que éstos entiendan por «indemnización justa»<sup>10</sup>. A nuestros fines, nos detendremos en la primera de las cláusulas indicadas.

Los deberes de los que habla el artículo 31, párrafo cuarto, se refieren a que “la actuación judicial debe ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor”, mientras que el párrafo quinto dispone: “Asimismo, los Estados Partes desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a promover: a) Mecanismos alternativos de solución de controversias. b) Capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor”.

Tal como está redactada la norma del artículo 31 en sus párrafos segundo y tercero, quedaría objetivado de que se trata de normas programáticas y no directamente operativas o *self-executing*, al usar las fórmulas clásicas de “los Estados Partes se comprometen a adoptar...” (en línea con el art. 26 de la CADH), y no la más asertiva de “toda persona tiene derecho a...”, cuyo uso se observa en el párrafo primero. Y las referidas declaraciones interpretativas confieren programaticidad a cláusulas como las de los párrafos cuarto y quinto que denotaban una redacción más afirmativa o positiva.

La presencia de normas o cláusulas programáticas siempre puede conducir a la idea de que la supremacía constitucional (o, para el caso, la de un tratado) encierra, en términos de Bidart Campos, una “trampa”<sup>11</sup>, particularmente en el terreno de los derechos económicos, sociales o culturales, que son netamente de índole prestacional, y que muchas veces no logran concretizarse en los hechos.

Como regla, se recomienda para desbrozar la operatividad o programaticidad de la norma, atender a “la redacción gramatical de la norma. Cuando ésta enuncia, por ejemplo, que ‘toda persona *tiene* tal derecho’, o que a ella ‘se le *reconoce*’ tal derecho [...] con un razo-

<sup>10</sup> Esta declaración tiene que ver con el art. 23 convencional, y es idéntica a la reserva que el expresidente Raúl Alfonsín hizo respecto del art. 21, CADH, ambas referidas al derecho de propiedad.

<sup>11</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, México, 1989, p. 360.

namiento de sentido común se capta del resto de la fórmula lexical que ese derecho es susceptible de uso y goce *directos*<sup>12</sup> (énfasis original). Allí la regla es operativa. Al contrario, “cuando una norma de los tratados estipula que *la ley ‘debe’* o deberá hacer tal o cual cosa, o que se adoptarán las medidas para tal otra, sin aludir a que ‘se tiene’ tal derecho, hay que conceder –como principio– que la norma es *programática*”<sup>13</sup> (cursivas en el original).

Pero recuérdese que el carácter programático que orienta o suministra una pauta al legislador no es anodina. Obliga al desarrollo legislativo del derecho hibernado<sup>14</sup> y brinda una valiosa directiva de cariz interpretativo como, por ejemplo, receptor bajo pilares más firmes la “justicia de acompañamiento” en esta difícil materia, que involucra a un colectivo en especial vulnerable.

Finalmente, la declaración interpretativa del Ejecutivo argentino deja a salvo la progresividad y el federalismo, al momento de tratar los dispositivos de los párrafos cuarto y quinto del mentado artículo 31 convencional.

## 5. Conclusiones

El tiempo, las posibilidades económicas, el *know-how* de “cómo funcionan los tribunales”, no suelen jugar muchas veces a favor de la persona mayor, todo lo contrario. La Convención que la protege o tutela le ha querido dar una ventaja con un tratamiento preferente. Es una pequeña “medida de acción afirmativa”, como se la denomina en los Estados Unidos, o “de acción positiva” como la reconoce el constituyente reformador, como ya se anticipó.

Pese a que su ratificación ha sido tan reciente, ello no impidió alguna temprana recepción jurisprudencial antes de que fuera propiamente Derecho vigente. Así, en su célebre disidencia en el caso “Cahais,

<sup>12</sup> BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...* cit., 1995, t. III, p. 303.

<sup>13</sup> BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...* cit.

<sup>14</sup> Aquí se patentiza la necesidad de “reformas institucionales extensivas para su efectivo cumplimiento”. ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom y MELTON, James, *Time and Constitutional Efficacy*, en GINSBURG, Tom y HUQ, Aziz Z., *Assesing Constitutional Performance*, Cambridge University Press, New York, 2016, p. 244.

Rubén Osvaldo c/ANSeS s/Reajustes varios” (sent. del 18-4-2017, *Fallos*: 340:383, es decir, antes de su aprobación congresional y ratificación internacional), el discrepante juez de la Corte Juan Carlos Maqueda –al proponer la aplicación de la tasa activa, en contraste con la mayoría del alto tribunal federal que sostuvo la tasa pasiva– señala que “en el mismo sentido protectorio, nuestro país ha firmado la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores –aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en el mes de junio de 2015– que reconoce en su Preámbulo que ‘*la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades*’. Asimismo, entre los deberes generales la Convención establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias a fin de lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos económicos, y contempla expresamente el derecho que tiene toda persona mayor a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna (arts. 4º, inc. d, y 17)” (énfasis original).

En “Vizzoti” (sent. del 14-9-2004, *Fallos*: 327:3677), la Corte Suprema recordó que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional, dedicándose a esta materia en 1957 y a través del artículo 14 bis, “la parte más relevante de una reforma constitucional”<sup>15</sup>, y ante un nuevo ritmo impuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No menos rango cabría asignar a la pauta del “preferente tratamiento” de la Convención que aquí examinamos respecto de las personas mayores, máxime cuando la propia Corte tiene muy dicho que sólo con “extrema cautela” cabe desconocer beneficios de la seguridad social que, como es sabido, cubren riesgos de subsistencia y ancianidad.

Queda claro que el orden jurídico del siglo XXI no se nutre sólo de aportes constitucionales, sino de aquellos que provienen de la esfera internacional. Nuestro constituyente reformador de 1994 le otorgó relevancia al material internacional, ya sea a través de tratados de diversa

<sup>15</sup> Con arreglo a *Fallos*: 252:163, considerando séptimo y sus citas.

cotización y, por medio de éstos, a informes de órganos de monitoreo y a sentencias de Tribunales supranacionales que han interpretado las diversas convenciones aplicables.

Los circuitos de la Administración y de la jurisdicción no pueden permanecer impávidos a las mandas de la Convención, más allá de la programaticidad y de la progresividad de las cláusulas respectivas. De lo contrario, no serviría firmar tratados internacionales. Será hora entonces de que de algún modo esa directiva decante de los valores que expresa<sup>16</sup> hacia las correlativas regulaciones procesales, y logre tener andamio ante la Administración y frente al juez, en homenaje al principio *pro persona*, básico o central de cualquier sistema de derechos humanos que se precie de tal.

<sup>16</sup> Allí el tratado, como las constituciones, actúan como reflejo de aspiraciones y valores. JACKSON, Vicki C. y TUSHNET, Mark, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, St. Paul, 2006, p. 239.

# LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL

por BERNABÉ L. CHIRINOS

SUMARIO: 1. Los derechos humanos base de todo accionar jurídico y político. a) Los derechos humanos. 1) Tipificación. 2. Los derechos humanos en el mundo jurídico positivo. a) Derecho a la vida. b) Protección integral de la familia, defensa del bien de familia, compensación económica familiar y acceso a una vivienda digna. c) Maternidad. d) La niñez. e) La salud. f) Empleo. g) Jubilaciones y pensiones móviles. 3. Los principios constitucionales referidos a los derechos humanos. 4. El Derecho de la Seguridad Social y los derechos humanos. 5. Financiación de la seguridad social.

La interesante propuesta que efectúan los organizadores de este Anuario nos induce a hacer una reflexión integral de la problemática propuesta, razón por la cual el esquema de esta exposición tendrá por finalidad definir los conceptos que serán objeto de tratamiento.

## **1. Los derechos humanos base de todo accionar jurídico y político**

a) *Los derechos humanos*

1) *Tipificación*

El concepto de derecho humano es la actualización moderna de aquel sostenido por los antiguos filósofos que hablaban de “derechos naturales”.

Los derechos humanos son atributos esenciales del hombre a quien no se lo concibe dinámicamente fuera del ejercicio de los mismos.

“La raíz de los derechos del hombre se debe buscar en la dignidad que pertenece a todo ser humano. Esta dignidad connatural a la vida humana es igual en toda persona, se descubre y se comprende ante todo con la razón [...] la fuente última de los derechos humanos no se encuentra en la mera voluntad de los seres humanos, en la realidad del Estado o en los poderes públicos, sino en el hombre mismo y en Dios su creador”.

Constituyen el principio y la base de toda ética social. Es norma fundamental, por cuanto lo que es bueno para la persona, es correctamente bueno, y por ende el reconocimiento y respeto a los mismos es sinónimo de ajustarse a la ley de la ética social.

Los aspectos axiológicos que son asumidos en el concepto de “derechos humanos” son:

- Opción humanista: el reconocimiento del valor del hombre por encima de cualquier otra realidad, de tal modo que se lo convierte en el epicentro de toda actividad pública o privada.
- Reconocimiento de la persona como valor autónomo original y fundamental para juzgar las conductas sociales.
- Reconocimiento de la libertad individual como concepto clave dentro de la filosofía de los derechos humanos.

La importancia que demuestran los derechos humanos en la sociedad los convierte en los orientadores de las normas positivas, en factor de protección de las exigencias de los hombres, principio y fin de toda norma y como factor de “utopía”, es decir, como ideal siempre presente dinamizador de la sociedad.

La sociedad debe sustentar su accionar en los pilares de la ética social. Por ello, cuando actúa dentro de sus parámetros lo hará, en primer lugar, reconociendo la dignidad de la persona, con sentido de responsabilidad individual y social, solidaridad, justicia y equidad.

Solamente así se logrará un orden social justo.

Este concepto tan importante sobre los derechos humanos lo debemos analizar en toda su profundidad y extensión. De tal modo que, cuando alguno de los derechos propios del ser humano, que lo debe ejercer total e íntegramente a lo largo de toda su vida, está afectado, sin lugar a dudas debemos decir que los derechos humanos están lacerados.

Esta concepción integrista de los derechos humanos no nos permite concebir uno solo de ellos aislado de todos.

Sí es cierto que el derecho humano a la vida es la base de todo derecho humano, pero como lo decimos el ser humano es complejo e integral, y vive en plenitud cuando puede ejercer todos sus derechos, por ejemplo trabajando, constituyendo una familia, educando a los hijos, progresando, relacionándose libremente con Dios, viviendo plenamente sano, teniendo una vejez digna y no marginado de la sociedad.

La enunciación de los derechos humanos la realizamos teniendo en cuenta toda la vida del ser humano, y la posibilidad de que a lo largo de la misma éstos puedan ser afectados, ya sea por el propio transcurso de la vida, ya sea por factores económico-sociales, o cuando está afectado por un mal específico, como puede ser la pérdida de la salud.

A modo de síntesis me atrevo a citar la doctrina emanada de la encíclica de Juan Pablo II, *Centessimus Annus*, que textualmente dice cuando está refiriéndose a este tema de los derechos humanos: “El derecho a la vida, del que forma parte integrante el derecho del hijo a crecer bajo el corazón de la madre después de haber sido concebido; el derecho a vivir en una familia unida y en un ambiente moral, favorable al desarrollo de la propia personalidad; el derecho a madurar la propia inteligencia y la propia libertad a través de la búsqueda y el conocimiento de la verdad; el derecho a participar en el trabajo para valorar los bienes de la tierra y recabar del mismo el sustento propio y de los seres queridos; el derecho a fundar libremente una familia, a acoger y educar a los hijos, haciendo uso responsable de la propia sexualidad. Fin y síntesis de estos derechos es, en cierto sentido, la libertad religiosa, entendida como derecho a vivir en la verdad de la propia fe y en conformidad con la dignidad trascendente de la propia persona”.

Esta doctrina universal ratifica plenamente el concepto de que los derechos humanos son aquellos inherentes al ser del hombre que los acompañan a lo largo de toda su vida, sin exclusión de ninguna etapa.

Esta concepción integrista y total de los derechos humanos nos permite afirmar que si alguno de estos derechos está afectado y no tiene la condigna atención y reparación, quien debería cumplir esa

obligación de satisfacción y reparación –el individuo, la sociedad y el Estado– y no lo cumple es violador de los derechos humanos.

Insistimos e insistiremos en este trabajo en la visión humanística que debe primar en la instauración de sistemas legales, y en especial –habida cuenta de la naturaleza de este trabajo– en el sistema de la seguridad social. Por consiguiente, repararemos en todas aquellas situaciones de la vida en que el ser humano vea afectado alguno de sus derechos humanos y es allí donde el accionar personal, privado y público debe actuar en la proporción de la afectación del derecho en forma rápida e integral.

## **2. Los derechos humanos en el mundo jurídico positivo**

Bien es sabido que los derechos humanos en cuanto tales, como derechos naturales, no pueden ser exigidos per se, de tal modo que tienen plena vigencia estos derechos si espontánea y naturalmente se los reconoce. Pero si esos derechos son violados, ¿hay alguna forma de exigir que se los respete? La respuesta a este interrogatorio la da el Derecho positivo que sí es coactivo cuando introduce en sus normas la numeración y extensión de cada uno de los derechos humanos, y por la aplicación de esas normas se puede exigir el reconocimiento, el respeto y ciertamente el cumplimiento de la ley para que se pueda gozar del derecho.

La enunciación de las leyes positivas que reconocieron los derechos humanos ya viene de antigua data y lo más importante de todo ello es que bajo la denominación “tercer género de derecho” se incluyeron en las constituciones lo que luego se denominó el Derecho Social Constitucional.

Esta circunstancia es trascendental para el mundo jurídico dado que la Constitución, al ser norma fundamental de la Nación, se convierte en el punto de partida de toda estructura jurídica. De esta manera en la Constitución y en el aspecto regulatorio de los derechos humanos toma cuerpo el Derecho de la Seguridad Social.

La Constitución Nacional también tiene una fuerza importante en cuanto que describe la principiología que le dará un sentido a la ley y, además, como factor orientador de nueva legislación, y al reconocer

los derechos humanos básicos ya está reconociendo implícitamente el proceso dinámico que ello significa habida cuenta que el progreso social cultural viene siempre aparejado con el carácter evolutivo que tiene eso dado que tiene por objeto nada más y nada menos que ir descubriendo qué es el bien para el ser humano.

La Constitución Nacional Argentina en la redacción emanada de la Constituyente de 1994 enumera taxativamente los derechos humanos y vale la pena tenerlos presentes en este momento.

a) *Derecho a la vida*

La enunciación específica de los derechos humanos parte del derecho fundamental a la vida y ello lo encontramos en el artículo 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos que taxativamente dice: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

También en la Convención Americana sobre Derechos Humanos encontramos el artículo 3º que establece el “reconocimiento de su personalidad jurídica” y el artículo 4º que dice que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y que “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

En este mismo orden de cosas, la Constitución insiste en proteger a la vida cuando en el artículo 18 establece que quedan abolidas para siempre la pena de muerte y toda especie de tormentos y azotes.

El derecho a la vida a que hace alusión la Constitución Nacional debe ser interpretado a la luz de la legislación infraconstitucional, que en el Código Civil y Comercial en su artículo 19 establece que se es persona desde la concepción en el seno materno, poniendo límite por consiguiente a toda eliminación de la vida en ese período de existencia.

En el artículo 41 de la CN, cuando legisla sobre medioambiente, también vemos una explícita protección a la vida cuando confiere a todos los habitantes el derecho a gozar de “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano”.

b) *Protección integral de la familia, defensa del bien de familia, compensación económica familiar y acceso a una vivienda digna*

Esta cláusula del artículo 14 bis ha sido ampliamente enriquecida por aquellas emanadas de los tratados internacionales que son Constitución.

Así la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al referirse a este tema, en el Capítulo Primero, consagra el “derecho a constituir familia” puesto que la considera como el núcleo de la sociedad y sustento primigenio y natural del hombre.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos también destaca la importancia de la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad” y a la cual le da derecho a que sea protegida por la sociedad y el Estado (art. 16, inc. 3°).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifiesta “el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalterables”. En particular reconoce el “derecho a la protección amplia y a la asistencia de la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, y otorga protección a las madres durante el período de embarazo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo amparan el “derecho a la constitución de su familia y a su defensa...”

Integra la cláusula protectoria de la familia el concepto que describe el artículo 14 bis sobre este tema y cuando se refiere al acceso a una vivienda digna, asiento necesario de toda familia: donde hay una familia debe haber una vivienda digna, no un asentamiento precario.

El otro aspecto complementario es la defensa de la vivienda como bien de la familia, de tal modo que no puede ser afectado por ninguna clase de crédito.

También forma parte de esta cláusula pactista, especialmente referida a los trabajadores en relación de dependencia, que el sustento de la familia –padre y/o madre– debe tener una compensación económica, esto es una remuneración, acorde a las necesidades que acarrea este fantástico hecho social que es la familia.

Este principio constitucional es una expresión concreta de aquel otro principio constitucional de remuneración justa.

c) *Maternidad*

Este concepto se refiere a la protección que deben tener las mujeres durante el embarazo. Esta cláusula pactista está preñada de una alta valoración de la vida humana, que la considera tal desde la existencia en el seno materno.

La protección de la maternidad, pues, en el concepto constitucional tiene doble enfoque: por una parte, protege a la madre embarazada, y por la otra, al fruto de su embarazo, esto es, el hijo que tiene en su seno.

Ambas son vidas humanas, y ambas deben tener la protección acorde a esa circunstancia.

En este sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el Capítulo Primero consagra “el derecho de la mujer a ser protegida durante la época de gravidez”. A su vez, sobre este tema, la Declaración Universal de Derechos Humanos dice específicamente que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer es rica en crear garantías a la mujer embarazada y partiendo del concepto de que dicha protección específica en manera alguna significa un acto discriminatorio, consagra dispositivos protectorios de la maternidad y promueve medidas especiales para proteger a la mujer en tal momento, tales como: “derecho de licencias con sueldo pagado”, “protección especial durante el embarazo en aquellas tareas que puedan resultar perjudiciales a la madre”, y puntualmente se refiere al embarazo de una manera especial cuando dice “protección al embarazo, al parto y al período posterior al parto”.

d) *La niñez*

Los niños son la esperanza de la sociedad, los futuros protagonistas del quehacer integral del hombre y, no obstante esta vocación tan importante, resulta ser uno de los sectores más vulnerables de la sociedad.

Por ello el pacto social constitucional se ha esmerado en considerar a esta parte de la sociedad y se ha referido específicamente a la misma.

Lógicamente que al protegerse la familia implícitamente se está protegiendo al niño, pero los celebrantes del pacto social han querido singularizar esta situación.

Lo interesante de esta cláusula pactista es que el sujeto protegido, el niño, lo es desde su existencia en el seno materno, desde la concepción, reconociéndole el derecho de ser humano, y por consiguiente, titular de todos los derechos inherentes a la persona, en especial, a la vida.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo VII, establece: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 manifiesta que “...Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone en el artículo 19 que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a los niños el derecho al disfrute del más alto posible nivel de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, dejando en cabeza del Estado la obligación de garantizar que ningún niño sea privado del derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

#### e) *La salud*

El pacto social constitucional también tiene en cuenta este bien, que es la salud, y se compromete a su protección.

Así la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XI dice que “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica...”

El pacto queda perfeccionado con la Declaración Universal de De-

rechos Humanos, que en el artículo 25 consagra a toda persona, por el simple hecho de pertenecer a la sociedad, el derecho a que sea protegida en la salud, para lo cual le da derecho a “asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12 establece que “reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Y manifiesta que “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y el medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece en su artículo 11 “el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”.

El artículo 42 de la CN, cuando se refiere a los derechos del consumidor, también específicamente acuerda a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios que éstos tengan por objeto “protección de la salud”.

Como podemos apreciar, la concepción de la Constitución sobre la salud es integral.

#### f) *Empleo*

El trabajo es un derecho humano. Asimismo, se le reconoce al trabajo una función social de tal modo que si bien es un derecho propio de la persona que trabaja, ese derecho no se agota en sí, sino que constituye también un derecho de la sociedad. Asignándole por consiguiente un valor social. Ésa es la razón también por la cual el pacto constitucional lo protege de una manera especial.

Como hemos enunciado, el derecho a trabajar es un derecho ge-

nérico de todas las personas, pero en función de la socialización del trabajo donde éste se desarrolla en “forma de empleo” y que se trasunta en la celebración de un contrato de trabajo subordinado, advertiremos que la enunciación que efectúa la Constitución está referida específicamente a este tipo de trabajo.

En el trabajo subordinado, advertimos la existencia de una relación personal entre trabajadores y empleadores, lo cual reporta una obligación recíproca al reconocimiento de la dignidad de ambas partes.

También la Constitución, consciente de esta realidad, pone límites a los derechos de los contratantes: a los trabajadores les impone obligaciones éticas específicas y a los empleadores el ejercicio prudente de la facultad de mando.

Conforme al artículo 16 de la CN, se consagra la igualdad en cuanto a la admisibilidad “en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

La Constitución reconoce que el ejercicio humano de trabajar es la forma natural de proveerse responsablemente de los bienes necesarios para vivir dignamente, por eso también consagra explícitamente que los frutos del trabajo, para el trabajador, cumplan adecuadamente tal función.

Esto surge claramente cuando la Constitución consagra el principio de retribución justa. El concepto de justicia constitucional significa que la retribución para el ser humano sea adecuada para vivir en dignidad, el trabajador y su grupo familiar.

El pacto se preocupa de una manera específica cuando se pierde el trabajo –el empleo–, esto es, cuando el trabajador, teniendo aptitud para trabajar y queriendo trabajar, no lo puede realizar por causas ajenas a su voluntad: está desempleado.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVI expresa: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación...”

De la lectura del artículo 14 bis, primera parte, de la Constitución Nacional surge el concepto caracterizador del contrato de trabajo, dado que admite la posibilidad de la ruptura de ese contrato de trabajo: estamos frente a un contrato de trabajo signado con el carácter de “estabilidad impropia”.

Por eso, la Constitución prevé la posibilidad de la ruptura del contrato de trabajo en forma arbitraria, y en ese caso le otorga al trabajador “protección contra el despido arbitrario”, y luego las leyes infraconstitucionales se encargan de reglamentar las formas protectorias contra el desempleo.

El derecho a trabajar en forma autónoma también está garantizado por la Constitución en el artículo 14, donde consagra el principio de que todos los habitantes tienen derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita.

De esta enunciación específica protectoria del trabajo, sin hacer distinción entre trabajo en relación de dependencia o autónomo, la Declaración Universal de Derechos Humanos hace una verdadera síntesis de esta cuestión cuando dice: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

La “expresión” para elegir libremente el trabajo avienta toda forma de esclavitud y explicita sencillamente el reconocimiento de uno de los atributos esenciales de la persona, cual es la libertad.

Como síntesis podemos decir, pues, que la característica de “derecho humano” que tiene el trabajo surge de la necesidad de trabajar para vivir, de allí el derecho a la retribución justa, a trabajar en condiciones dignas –acorde a la excelencia del trabajador–, al ejercicio de la libertad y a la garantía de que se le proteja frente al desempleo.

Este sacro “derecho humano” debe ser protegido por el propio trabajador, por quienes tienen aptitud para generar trabajo y subsidiariamente por parte del Estado.

#### g) *Jubilaciones y pensiones móviles*

El pacto constitucional, captando la realidad biológica del ser humano cuando ingresa a la “vejez” y advirtiendo que se disminuye la capacidad de trabajo, reconoce a las personas el derecho protectorio frente a la imposibilidad de ganancia, que significa salir de la vida activa y pasar a la vida pasiva. Ésa es la razón por la cual ese derecho protectorio trasunta en la posibilidad de gozar de una prestación di-

neraria, acorde al nivel de vida alcanzado al momento de cumplir los requisitos para gozar de este derecho.

El concepto de movilidad, inserto en el artículo 14 bis, también fundamenta lo dicho anteriormente, de tal modo que el poder adquisitivo se mantenga, no obstante las variaciones de los costos de vida.

La jubilación se otorga a las personas porque “son dignas”, y la prestación jubilatoria, para ajustarse a lo pactado, debe ser integral.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVI, también consagra explícitamente que toda persona tiene derecho a que se la proteja contra la consecuencia de la “vejez”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 25, también consagra el derecho a los seguros en caso de “viudez, vejez...”

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer prohíbe toda clase de discriminación entre hombres y mujeres “en caso de jubilación [...] vejez...”

A modo de síntesis, podemos decir que respecto a la protección de la vejez, el pacto constitucional es reiterativo, e iluminado por los principios de la no discriminación y suficiencia, progresividad y no regresividad.

Las normas constitucionales que sucintamente hemos mencionado nos permiten afirmar cuáles son los sujetos que podrán ser incluidos en la norma positiva protectoria; cuáles son las estructuras que se deben hacer y cómo, y el sistema de financiación.

Amén de lo mencionado en los párrafos anteriores respecto de la Constitución Nacional, por el régimen federal que impera en la República Argentina y por las facultades que tienen las provincias para regular temas vinculados a los derechos humanos, en su ámbito, podemos extractar también cuál y cómo es el sistema de seguridad social, por ello podemos decir a la luz del Derecho Constitucional argentino integrado por la Constitución Nacional y por las provinciales, que surge que la seguridad social aparece en los tiempos modernos como un sistema creado por la sociedad para proteger a las personas a lo largo de toda su vida, y como realización de las políticas sociales del Estado.

En la República Argentina este fenómeno fue plasmándose a lo largo de toda su historia pre y postinstitucional dado que existieron diversas disposiciones que crearon derechos en las personas desamparadas y reconocidos por instituciones religiosas y sociales.

Tan importante ha sido esta cuestión que fue institucionalizada en la Carta Magna y en las constituciones provinciales, de las cuales se ha instituido el sistema de la seguridad social y se determinó concretamente el objetivo de la misma, apareciendo como la concreción de un pacto social.

A través del Derecho Público provincial y nacional se perfila claramente qué es la seguridad social en la Argentina y, como lo dijéramos, se determinan sus objetivos y cuál será su estructura general, infiriéndose con claridad que el sistema integral de seguridad social es el protector de los derechos humanos.

La seguridad social es un sistema complejo por el cual el Estado está comprometido a cubrir necesidades emergentes de diversas contingencias –patológicas, biológicas, económicas, sociales– a las que puede estar expuesta una persona a lo largo de toda su vida. Como punto de partida tendremos en cuenta la conceptualización que la propia Constitución hace de la seguridad social.

De las normas fundamentales –nacional y provincial– surge que la seguridad social es un sistema integral y universal que se plasma a través de los seguros sociales, la previsión social y la asistencia social, y su objetivo es la cobertura de las contingencias individuales y sociales, entre las cuales específicamente se encuentra la protección de la familia, de la maternidad, la niñez, la juventud, el trabajo, la salud, los discapacitados y la ancianidad. Su financiación es con medios propios y la propiedad de los recursos es el sistema. La administración de la seguridad social es de los mismos interesados con participación del Estado.

Está basada en el ideario de la eliminación de necesidades y de toda clase de miseria que pueda afectar al hombre.

Vale la pena repetir y aclarar que, en especial, la seguridad social consagra el derecho de protección de las personas desde antes de su nacimiento, al ser protegido el embarazo de la madre, y a lo largo de

toda su vida. Se reconoce el derecho a la salud, a la protección ante la contingencia natural de la vejez, a la protección de los sobrevivientes a cargo de la persona fallecida mediante el derecho a una pensión y a la protección contra el desempleo.

Tiene por objeto, en forma específica, la protección de la célula básica de la sociedad, que es la familia en la que nace, crece y desarrolla la persona. El hombre debe ser protegido cuando está en situación de indigencia, tal como ocurre en el caso de la niñez, el desempleo y la incapacidad. Allí crea el sistema protectorio de estas personas y delinea una especie de círculo concéntrico, donde la primigenia responsable es la familia, luego la sociedad y por último el Estado. Garantiza la prestación de servicios sociales frente a situaciones específicas de enfermedad, y a los esposos a desarrollarse en el campo del trabajo y de la vida pública, poniendo énfasis en que ello ocurre específicamente en el período de crianza de los hijos. A los derechos que reconoce a las personas les da carácter de integrales e irrenunciables, ya que el constituyente fue consciente de la valía del ser humano y de la familia en su carácter de célula esencial de la sociedad.

Confiere al Estado un rol exclusivo en cuanto le impone la obligación de otorgar los beneficios de la seguridad social, que es el medio jurídico para hacer efectivo el gozo de los derechos humanos. Prevé los sistemas de financiación de la seguridad social y determina que el mismo es mixto en cuanto el Estado está obligado a afrontar los costos y se fija el deber contributivo de los propios interesados.

Establece cuáles son las estructuras gestoras de la seguridad social y dice que debe ser “a través del seguro social obligatorio” sobre la base del rol supletorio del Estado, el protagonismo de entidades provinciales y la potestad de administración que tienen los propios interesados.

De las normas constitucionales vemos también que se crean dos formas específicas de cumplir esa función y es a través de los sistemas contributivos y a través de los sistemas asistenciales. Y en orden al funcionamiento práctico de estos sistemas, determina que el primero de ellos funcionará en base a los “seguros sociales obligatorios”, y el segundo, el asistencial, a través del ejercicio del rol supletorio del Estado, que los materializa en función de la planificación del presupuesto nacional, y teniendo en cuenta también lo dispuesto por el

artículo 99 de la Constitución Nacional, que en su inciso 6° le atribuye al Poder Ejecutivo la facultad de conceder “jubilaciones, retiros, licencias y pensiones...”

Impone la obligación de que las prestaciones sean suficientes de tal modo que cubran la integralidad de la necesidad creada por la contingencia. Esto es fundamental en toda planificación de seguridad social, y de alguna manera se está denunciando la necesidad de hacer concretos los conceptos de “distribución” y “participación” del bien común.

La estructura de la seguridad social descripta dibuja cuál es la finalidad esencial de la seguridad social, y es mantener a la persona en el mismo grado de dignidad a lo largo de toda su vida aunque esté afectada por una contingencia, creadora de necesidades, carencias, limitaciones, etcétera.

La enunciación que hemos hecho de los derechos humanos en la Constitución nos induce a considerar cuál es la ley que resguarda tales derechos y que garantiza su ejercicio. La respuesta es taxativa: *el Derecho de la Seguridad Social*; de las normas constitucionales surge la caracterización de la seguridad social y lógicamente el Derecho de la Seguridad Social y que tiene por objeto garantizar a todos los habitantes del país una vida digna y en bienestar.

### **3. Los principios constitucionales referidos a los derechos humanos**

En el acápite anterior hemos enumerado la recepción de los derechos humanos en el campo del Derecho positivo, y en particular en el ámbito de la Constitución Nacional.

Va de suyo que tales derechos constitucionales fueron oportunamente reglamentados por leyes infraconstitucionales, que huelga mencionarlas específicamente en este trabajo por la gran proliferación legislativa, tanto en el Derecho formal como en el Derecho material.

En este acápite mencionaremos y haremos una breve explicación de los principios constitucionales que informa el mundo del Derecho protectorio de los derechos humanos<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Ver con más abundancia sobre este tema en CHIRINOS, Bernabé L., *Tratado de la Seguridad Social*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 38 y ss.

En primer lugar mencionamos el principio de “dignidad de la persona” que fue ampliamente aceptado por la CN al incluir la Declaración Universal de Derechos Humanos que reconoce en su Preámbulo “su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al referirse a los ideales del mundo jurídico y en especial del Derecho de la Seguridad Social, que son la justicia y la paz, “ello se logra en base al reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana...” Finalmente el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos reconoce como principio básico del Derecho de la Seguridad Social el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables.

Otro de los grandes principios es el de universalidad, que también lo vemos plasmado en la Constitución Nacional, que en su Preámbulo señala que se tiene por objeto “promover el bienestar general [...] para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”.

El bienestar general al que se refiere tiene por fundamento el pleno ejercicio de los derechos inherentes de la persona al cual deben tener acceso todos los habitantes del país sin distinción de ninguna naturaleza.

El principio de integralidad también inserto en el artículo 14 bis de la CN tiene plena aplicación en el tema que nos ocupa porque la protección de los derechos humanos debe ser para todos los derechos humanos y para la totalidad de lo que significa cada uno de ellos.

Ésa es la aspiración de la Constitución que también consagra los principios de movilidad, progresividad y no regresividad, dado que el ejercicio de los derechos humanos está inmerso en la sociedad que progresa en los aspectos culturales, sociales y económicos que no pueden ser dejados de tener en cuenta para el pleno gozo de los derechos humanos. En tal sentido tengamos presente el carácter progresivo que tiene el propio ser humano y la sociedad.

En paralelo a lo que venimos mencionando, y teniendo en cuenta la propia norma constitucional, encontramos los grandes principios de hermenéutica, “de justicia social”, “equidad”, “*pro homine*”, que de-

berán ser tenidos en cuenta cuando se resuelve o se trata cualquier cuestión vinculada al ejercicio de los derechos humanos.

Los principios que sucintamente hemos mencionado constituyen el alma, el sentido, la orientación de toda ley positiva, por ello le damos tanta importancia a este capítulo constitucional para entender plenamente cuáles son los derechos humanos y cómo se deben proteger los mismos.

Indican, a nuestro modo de pensar, que el ser humano es el centro de toda actividad jurídica y política.

#### **4. El Derecho de la Seguridad Social y los derechos humanos**

Los derechos humanos son y han sido los inspiradores de las políticas de los Estados y para llevarlas a cabo siempre se habló y se está hablando de un pacto social en virtud del cual la sociedad, las personas individuales, las sociedades intermedias y el propio Estado acordaron fijar los rumbos por donde debe concretarse la política de Estado.

En la República Argentina, ese pacto está minuciosamente descrito en la Constitución que todos hemos jurado cumplir, y la manera como se ideó para proteger los derechos humanos es a través de uno de los elementos de la seguridad social que es el elemento “jurídico” que, en la República Argentina, se le encomendó a las ramas del Derecho Social: Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social.

Estas dos ramas jurídicas regulan la forma como debe ser garantizado el ejercicio de los derechos humanos: el Derecho del Trabajo regula el ejercicio del derecho humano a trabajar, y el Derecho de la Seguridad Social partiendo de la necesidad de proteger la dignidad del ser humano regula cómo se protegen diversas manifestaciones del ser humano y que pueden ser afectadas por alguna contingencia que oblitera el pleno ejercicio de esos derechos.

Frente a esta realidad, analizando el régimen constitucional argentino, que a nuestro entender está compuesto no solamente por la Constitución Nacional sino por el constitucionalismo provincial, hemos así ensayado la conceptualización, en primer lugar, de qué es la seguridad social y, en segundo lugar, qué es el Derecho de la Seguridad Social.

## 5. Financiación de la seguridad social

Bien es sabido que el sistema de seguridad social es complejo, y a efectos de que el reconocimiento del derecho sea práctico y acorde a los principios de la Constitución Nacional, se requiere tener presente cuál será el sistema de financiación de la misma. Y aquí nuevamente debemos poner los ojos en qué es lo que dice la Constitución al respecto.

El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresamente dice: “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”.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 26 sobre el desarrollo progresivo de derechos económicos, sociales y culturales, establece: “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 [...] en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

A su turno, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional le impone al Estado la obligación de otorgar los beneficios de la seguridad social, lo cual requiere inexorablemente que existan recursos. También la norma citada incluye dos conceptos que son importantes, el de “aportes” y el de “contribuciones”.

De las normas constitucionales citadas se infiere que la seguridad social se debe financiar con recursos del Estado que los adquiere mediante su política impositiva y también con recursos provenientes de los propios interesados en recibir los beneficios de la seguridad social a través de lo que hemos mencionado en el párrafo anterior como “aportes y contribuciones”.

*A nuestro modo de entender, y teniendo en cuenta las diversas enunciaciones de los derechos humanos que realiza la Carta Magna, se pone especial énfasis en que la actividad estatal debe estar orientada*

*a la protección del ser humano, de allí que las leyes infraconstitucionales, que con posterioridad se dicten, no deben perder de vista la finalidad de su dictado que es fundamentalmente la de garantizar el “bienestar general” de “todos los habitantes del país” que habiten el suelo argentino.*

De los conceptos constitucionales aparece claramente dibujado que el principio básico que debe guiar la financiación de la seguridad social es el de “solidaridad”, que tiene diversas acepciones. En efecto, en los aspectos de aportes y contribuciones la solidaridad se expresa entre trabajadores y empleadores por un lado, y entre todos los adheridos al SISS.

Y por otra parte, este concepto de solidaridad es más amplio cuando el Estado dispone de dineros provenientes de la recaudación impositiva y le da un destino específico a la seguridad social que lo podríamos denominar “solidaridad intergeneracional”. Esto último queda plasmado en el concepto de “reparto asistido” que significa los aportes que efectúa el Estado para cubrir el bache económico-financiero que dejan los aportes y contribuciones de los propios interesados.

La Constitución en materia de financiación de la seguridad social crea un sistema de “contribución directa” a través de aportes y contribuciones, y un sistema de “contribución indirecta” a través de los impuestos, donde advertimos que los obligados son las personas integrativas de la sociedad sin distinción de estatus laboral. Lo recaudado con ambos subsistemas formará parte del sistema de financiación adoptado en la Nación, y que la doctrina le ha dado el nombre de “sistema de reparto”, y que fue también asumido por la legislación.

El acápite que hemos denominado “contribución directa” tiene en cuenta que los contribuyentes son en general las personas adheridas al SISS. Éstos están constituidos por las personas que trabajan en forma autónoma y por los que se adhieren voluntariamente al sistema. También están constituidos por los que trabajan en relación de dependencia en la actividad pública o privada y que realizan aportes los trabajadores y contribución los empleadores.

El sistema legal vigente establece que la pauta a tenerse en cuenta para que los trabajadores efectúen sus aportes es el salario, por los cuales se efectúan descuentos que la propia ley determina. El mismo salario

del trabajador será el que determine la suma a contribuir por parte del empleador. Esto último en función del principio de “solidaridad”.

En lo que respecta a los trabajadores autónomos y los que se adhieren voluntariamente, el concepto que se ha utilizado como pivote para efectuar la propia contribución se ha llamado en general “renta de referencia”. En virtud de ese concepto, los trabajadores autónomos efectuarán los aportes previsionales obligatorios sobre los niveles de renta de referencia calculados en base a categorías que fijarán las normas reglamentarias de acuerdo a la capacidad contributiva del sujeto y a su calidad frente al IVA.

Todo lo que hemos sucintamente expuesto en este ensayo nos permite decir con certeza que la seguridad social es el sistema que recepta a todos los derechos humanos y que a través del Derecho positivo de la Seguridad Social permite la vigencia de tales derechos.

Y lo interesante de esta afirmación es decir que existe un sistema *integral* de protección de los derechos humanos y el cauce a seguir para que puedan ser ejercidos todos en su integralidad.

También advertimos que la enunciación de todos los derechos humanos, su recepción en el Derecho positivo y la garantía de la vigencia de los mismos denotan una visión integral de lo que es la persona y resalta la noción de desarrollo humano integral que tiene por finalidad promover a todos los hombres y a todo el hombre<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Encíclica *Populorum Progressio* de Paulo VI.

# **EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD Y SU VIOLACIÓN EN MATERIA LEGISLATIVA**

por GRACIELA E. CIPOLLETTA

SUMARIO: 1. El principio de universalidad en la doctrina. 2. El principio de universalidad en los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional. 3. La interpretación de los textos en la jurisprudencia. 4. Algunos ejemplos de la restricción, disminución y negación de derechos sociales por razones de posición económica y otras en la legislación de seguridad social argentina. a) En materia de vejez, invalidez y muerte. b) En materia de cargas de familia. c) En materia de desempleo. 5. El renacer del asistencialismo del siglo XVI. 6. Conclusión.

Ningún académico ha negado la existencia del principio de universalidad como pilar fundamental del Derecho de la Seguridad Social desde el fin de la Segunda Guerra Mundial a mediados del siglo XX. Y así lo han reconocido expresamente los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

No obstante, en la legislación argentina este principio se ha violado sistemáticamente desde la “revolución neoliberal de los años 90”. Ello responde, sin duda alguna, al eterno conflicto entre capital y trabajo que en este siglo ha tomado dimensiones cada vez más preocupantes, ya que se prioriza al capital en desmedro del hombre<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La relación entre trabajo y capital presenta, a menudo, los rasgos del conflicto, que adquiere caracteres nuevos con los cambios en el contexto social y económico. Ayer, el conflicto entre capital y trabajo se originaba, sobre todo, “por el hecho de que los trabajadores, ofreciendo sus fuerzas para el trabajo, las ponían a disposición del grupo de los empresarios, y que éste, guiado por el principio del máximo rendi-

Y ya no hablamos, porque lo consideramos una antigüedad, de la expansión de la cobertura original del trabajador dependiente hacia los sectores informales o no asalariados o en situaciones sociales críticas, sino de la extensión a toda la población sin distinciones de posición económica o social, de raza, de religión, de sexo o de nacionalidad, que es lo que hoy se ve amenazado por la ideología imperante (obviamente respetando el principio de territorialidad)<sup>2</sup>.

miento, trataba de establecer el salario más bajo posible para el trabajo realizado por los obreros”. Actualmente, el conflicto presenta aspectos nuevos y, tal vez, más preocupantes: los progresos científicos y tecnológicos y la mundialización de los mercados, de por sí fuente de desarrollo y de progreso, exponen a los trabajadores al riesgo de ser explotados por los engranajes de la economía y por la búsqueda desenfrenada de productividad (conf. Juan Pablo II, Discurso a la Pontificia Academia de las Ciencias Sociales del 6 de marzo de 1999).

“En el caso de la Argentina, el país no sólo se alineó con el Consenso de Washington durante los años noventa, sino que avanzó con rapidez y en algunos aspectos fue más allá de lo recomendado [...] Críticos de adentro y de afuera comenzaron a advertir que el Consenso de Washington estaba beneficiando más a unos pocos, producía mayor inequidad hacia el interior del país y entre países y que había peligro de una gran volatilidad de los capitales externos que estaban enfocados mayoritariamente a la especulación y no a la producción (Frenkel, 2000). A mediados de la década del noventa resulta evidente que el paquete de medidas económicas produce algunos efectos sociales ‘indeseables’. Aun así, de cualquier forma, se defienden una serie de medidas compensadoras adicionales, entre ellas, algunas en el campo social que no fueron más que algo así como una ambulancia que recoge a los muertos y a los heridos luego de la batalla (Hausman, 1999). Entre las nuevas medidas que conforman el ‘Consenso aumentado’, cabe mencionar las siguientes:

- ”1. Reforma de los sectores sociales.
- ”2. Focalización de programas sociales en los más pobres.
- ”3. Anticorrupción.
- ”4. Flexibilización del mercado de trabajo” (MINUJIN, Alberto y ANGUITA,

Eduardo, *La clase media seducida y abandonada*, Edhasa, Buenos Aires, 2004, ps. 98 y 99).

<sup>2</sup> “Las normas de seguridad social establecen implícitamente el principio de territorialidad del sistema: su imperio se extiende a todo el territorio nacional. Ello no excluye que sus disposiciones puedan surtir efectos fuera del país, cuando se aplican las convenciones internacionales en materia de seguridad social o que sus normas alcancen también, en determinadas condiciones, a personas que trabajan o se domicilian en el exterior. El principio aparece expresado en forma expresa en el artículo 2º de la ley 24.241 tanto en el inciso a, apartado 5 como en el inciso b, referido a los trabajadores autónomos.

”Un interesante caso de extraterritorialidad de la ley previsional argentina es el

## 1. El principio de universalidad en la doctrina

Las explicaciones dadas por Lord Beveridge en su famoso informe son contundentes en cuanto a los alcances de los sujetos protegidos y su gran mérito fue romper la focalización de los seguros sociales de Bismarck.

Nos dice en 1942:

“Hay que imaginarlo como un intento para asegurar la inmunidad contra la indigencia, tomando las medidas adecuadas para que todo el mundo tenga, en todas las épocas de su vida, en virtud de las contribuciones que aportara, y como derecho, *sin someterse a una comprobación de sus recursos*, los ingresos mínimos necesarios para hacer frente a sus responsabilidades. Si cuando decimos inmunidad contra la indigencia lo decimos de veras, y no expresamos un piadoso deseo, tendremos que aceptar, no por necesidad mi plan, pero sí algo parecido a este plan, algo que haga todo aquello que mi plan se propone realizar”<sup>3</sup>.

Y agrega en relación al sujeto:

“Las principales disposiciones del plan pueden resumirse de la siguiente manera:

”(I) El plan cubre todos los ciudadanos sin límite de ingresos superior, tiene sentido a sus diferentes modos de vida; es un plan global de alcance de las personas y de las necesidades, pero se clasifica en la aplicación.

”(II) En relación a la seguridad social, a la población se la divide

que se presenta respecto de los tripulantes de los barcos a los que se le ha otorgado «cese de la bandera provisoria»” (JAIME, Raúl y BRITO PERET, José I., *Régimen previsional. Ley 24.241*, 2ª ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 46).

“Las normas de seguridad social se aplican a los hechos y circunstancias que originan el derecho a una prestación, cuando ocurren en el país, a menos que por ley o por convenio internacional se haya establecido que los que se dan en otros ámbitos generan derecho. Por supuesto, no tiene relevancia la circunstancia de que el trabajador fallezca, se enferme o su hijo nazca en el exterior para gozar de los derechos a las prestaciones que conceden los subsistemas de previsión, prestaciones asistenciales o de cargas de familia” (VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2ª ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 346).

<sup>3</sup> BEVERIDGE, Williams, *Bases de la seguridad social*, Fondo de Cultura Económica, México, 1944 (el remarcado es propio).

en cuatro clases principales en edad de trabajar y otros dos inferiores y superiores a la edad de trabajar, respectivamente, de la siguiente manera:

”I. Los empleados, es decir, personas cuya ocupación habitual es el empleo bajo contrato de servicio.

”II. Otros remunerados ocupados, incluidos los empresarios, comerciantes y trabajadores independientes de todo tipo.

”III. Las amas de casa, es decir las mujeres casadas en edad de trabajar.

”IV. Otros en edad laboral no remunerados ocupados.

”V. Edad debajo de trabajo.

”VI. Retirado por encima de la edad de trabajar.

”(III) La sexta de estas clases recibirá pensiones de jubilación y el quinto será cubierto por los subsidios por hijos, que serán pagados por el erario público nacional en el respeto de todos los niños cuando el padre responsable está en la recepción de la prestación del seguro o de la pensión, y en el respeto de todos los niños [...] Las otras cuatro clases serán aseguradas por la seguridad adecuada a sus circunstancias. Todas las clases serán cubiertas por el tratamiento médico y rehabilitación integral y los gastos funerarios.

”(IV) Toda persona en la clase I, II o IV pagará una única contribución a la seguridad de un sello en un documento único de seguro cada semana o combinación de semana. En la clase I el empleador contribuirá también a la colocación del sello de los seguros y la deducción de la cuota del empleado de sueldo o salario. La contribución será diferente de una clase a otra, de acuerdo a los beneficios establecidos, y será mayor para los hombres que para las mujeres, con el fin de obtener beneficios para la clase III.

”(V) Con sujeción a condiciones de cotización simples, cada persona en la clase I recibirá beneficios por desempleo e invalidez, pensión de jubilación, el tratamiento médico y los gastos del funeral. Personas de la clase II recibirán todos estos excepto el subsidio de desempleo y subsidio de incapacidad durante las primeras 13 semanas de incapacidad. Personas de la clase IV recibirán todos estos excepto el desempleo y la prestación por discapacidad. Como sustituto de la pres-

tación por desempleo, prestaciones de capacitación estarán disponibles para personas de todas las clases y la prestación por maternidad durante trece semanas para que puedan dejar las de la clase I, para ayudarles a encontrar nuevos medios de vida si sus seres actuales fallan. Subsidio de maternidad, la prestación de viudedad y de separación y clasificación para las pensiones de jubilación se garantizará a todas las personas de la clase III, en virtud de las contribuciones de sus maridos; además de la asignación por maternidad, las amas de casa que tienen un trabajo remunerado deben dejar de trabajar antes y después del parto”<sup>4</sup>.

Por su parte la doctrina extranjera ha sostenido:

“Los seguros sociales casi siempre comenzaron estableciéndose para los trabajadores por cuenta ajena, de la industria y con salarios bajos –núcleo de la que ya entonces se llamó ‘cuestión social’, consecuencia humana directa de la Revolución Industrial–, respecto de los que se pensó, aparte de la agudeza y proximidad de sus necesidades, que a la vez eran los más necesitados de protección y que ésta era de más fácil organización. Paulatinamente se fueron extendiendo de los que se habían llamado ‘económicamente débiles’ a trabajadores con salarios más altos, acabándose por eliminar los topes salariales para el aseguramiento; de los trabajadores industriales a los agrarios y de servicio; finalmente de los trabajadores por cuenta ajena a los autónomos. Esta

<sup>4</sup> “La arquitectura neoliberal en la materia [*Nota del copista*: se refiere a las políticas sociales] se organiza en torno a una nota distintiva prominente, estructurante y específica: la focalización. El vocablo ha concitado una señalada difusión en América Latina durante los ’90. Básicamente alude a que las prestaciones sociales provistas por el Estado procedan a una selección y reducción de los destinatarios. Es decir, se prohíba la atención de grupos circunscriptos de beneficiarios, a quienes se canalizarían los recursos.

”¿Por qué? Es que la concentración de fondos en un volumen limitado y menor de receptores trae consigo una caída de los costos fiscales. Éste es el objetivo y el provecho centrales. Así pues se trata de acotar y aminorar el gasto público social, un propósito medular y propio del neoliberalismo desde su lanzamiento [...] El corolario es explícito e inequívoco. Se pretende que la focalización desplace y releve a los esquemas universales de protección precedentes que, como tales, se dirigían al conjunto de la población. Ahora, en cambio, los servicios estatales habrían de concentrarse en los pobres y, sobre todo, en las franjas de pobreza extrema” (EZCURRA, Ana María, *¿Qué es el neoliberalismo? Evolución y límites de un modelo excluyente*, Ideas, Instituto de Estudios y Acción Social, Buenos Aires, 1998, ps. 102 y 103).

evolución apunta de suyo a que como ideal último la *protección alcance a todos los ciudadanos y aún a todos los residentes en el país*. Este trazo tendencial es el primero y básico de la seguridad social: la universalidad personal de la cobertura, haciendo bueno el «derecho de toda persona a la seguridad social»<sup>5</sup>.

La doctrina nacional no ha negado nunca la existencia de este principio de universalidad<sup>6</sup> y por el cual los derechos sociales no deben focalizarse en sectores o grupos poblacionales; así se ha sostenido (los remarcados son propios):

“Consiste en que *todos los habitantes* tengan derecho a las prestaciones al configurarse la respectiva contingencia, sin que importe la clase de actividad laboral (subordinada o autónoma), ni que sean activos o no activos, desde el punto de vista profesional o económico. En su virtud, el campo de aplicación debe tender a la cobertura de toda la población”<sup>7</sup>.

“Ha dicho Moles refiriéndose a este principio: «En lo que respecta al campo de aplicación se ha formulado como principio fundamental la generalización o universalidad de la protección para *todas las capas de la población*. Este concepto contrasta con la limitación de los seguros sociales clásicos para los trabajadores, asalariados o en relación de dependencia, según un contrato laboral. En cambio, la teoría de protección colectiva dentro de los nuevos esquemas de la seguridad social ha desbordado esta restricción clasista, ya que la necesidad de la co-

<sup>5</sup> ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis, *Instituciones de seguridad social*, 11ª ed., Civitas, Madrid, p. 23 (el remarcado es propio).

<sup>6</sup> Cabe aclarar que existen autores que sin efectuar una exégesis de las normas constitucionales ven racionalidad en la focalización y sostienen: “...el principio de universalidad debe ceder un tanto en beneficio del de integralidad, para los más menesterosos, a fin de que lo que pierda en extensión, en este sentido, lo gane en profundidad en cuanto a las contingencias que contemple” (FERNÁNDEZ PASTORINO, A., *Seguridad social y régimen previsional argentino*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1978, p. 60). Con ello el autor justifica que a quienes tienen medios propios se le nieguen o restrinjan las prestaciones.

Todo lo contrario sostiene Francisco De Ferrari en *Los principios de la seguridad social*, 2ª ed. act., Depalma, Buenos Aires, 1972. Del mismo criterio: CORDINI, Miguel Ángel, *Derecho de la Seguridad Social*, Eudeba, Buenos Aires, 1966, p. 27.

<sup>7</sup> PODETTI, Humberto, *Política social*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 186.

bertura de las contingencias no se admite como privativa de ciertas categorías sociales, sino como un derecho que debe extenderse a toda la población, sin exclusiones de ninguna índole»<sup>8</sup>.

“Al respecto, se entiende que un sistema de seguridad social tiene que dar protección *a todos los miembros de la comunidad, cualquiera sea su situación individual* (hombre o mujer, joven o viejo, ciudadano y/o extranjero).

”Se ha señalado, sobre el particular, que ‘toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia’ (conf. art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre incorporada a nuestra Constitución Nacional por imperio del art. 75, inc. 22, texto año 1994) y tal tesis se compatibiliza con la enunciada por William Beveridge al planificar los regímenes asegurativos de Gran Bretaña”<sup>9</sup>.

La doctrina nos ha ilustrado también sobre los peligros de la selectividad (violación total o parcial de la universalidad). Así nos dice un catedrático americano:

“La propuesta de selectividad en lo que concierne a los ámbitos personales de incidencia de la política social supone la discriminación de la asignación de dinero, bienes o servicios públicos en favor de las situaciones de mayor necesidad. Esta propuesta de Herman Deleeck es muy plausible desde el punto de vista de la racionalización socioeconómica del esfuerzo público, pero choca con algunos inconvenientes graves. Por de pronto, parece la negación del principio de la universalidad, bandera aparentemente irrenunciable de quienes se dicen progresistas en materia de política social [...] Hasta la seguridad social que nació como un sistema de protección clasista o corporativa, se ha universalizado en algunos países y pretende hacerlo –con el viento en contra ahora– en otros. Además, la selectividad incomoda tanto a los administrados como a los administradores y aun a los responsables políticos. A los

<sup>8</sup> HÜNICKEN, Javier y otros, *Manual de Derecho de la Seguridad Social*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 32.

<sup>9</sup> BRITO PERET, José, *Digesto Práctico Régimen Previsional*, La Ley, Buenos Aires, 2001, t. I.

primeros les pone en trance de examen y clasificación. A los segundos les obliga a discriminar y, eventualmente, les reduce su área de empleo e influencia. A los últimos les acarrea impopularidad”<sup>10</sup>.

Por lo tanto nadie puede negar que el principio de universalidad es un pilar del derecho a la seguridad social, que se constituye no solamente como elemento declarativo sino que posee enormes implicancias prácticas y cuya finalidad es hacer reales el ejercicio de esos derechos y hacer eficiente su gestión.

## **2. El principio de universalidad en los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional**

A partir de la reforma constitucional de 1994 debemos considerar que los postulados de los tratados incorporados a la misma son Ley Suprema como la propia Constitución.

¿Por qué recurrir a los tratados para entender los alcances del principio de universalidad? Porque el texto del artículo 14 bis fue redactado en un contexto económico y social mundial donde no era necesario explicitarlo, ya que la distribución del ingreso y la solidaridad entre el capital y el trabajo se daban por axiomas que no requerían mayores aclaraciones. Ni en la más remota imaginación de algún perdido autor podría haber cabido la posibilidad de que los derechos allí establecidos lo fueran exclusivamente para el trabajador “pobre” y/o la “familia pobre de un trabajador pobre”.

Las ideas de focalización aparecen muchos años después con el nuevo liberalismo de la década de los años 80 del siglo pasado y cierran filas en el llamado Consenso de Washington<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> CASADO, Demetrio, *El bienestar social acorralado*, Hymánitas, Buenos Aires, 1953, p. 62.

<sup>11</sup> “John Williamson definió como Consenso de Washington a un conjunto de recomendaciones de corte neoclásico para lograr la estabilización económica con crecimiento en la región (Williamson, 1990). Estas sugerencias de estabilización (privatización de las empresas públicas estatales, disminución del gasto público, privatización de las jubilaciones, apertura del capital internacional, abolición de las barreras aduaneras) fueron acompañadas por propuestas de ajuste estructural, orientadas a modificar sustancialmente el modelo de desarrollo por sustitución de importaciones (ISI), en el que el Estado desempeñaba un rol central como motor del crecimiento.

”...El Consenso de Washington se propuso convertir al mundo (no sólo a América

Por lo tanto es en el texto de los tratados internacionales donde podemos encontrar, con mayor claridad, el principio de universalidad

Latina) en un campo unificado para el capitalismo global impulsando una mayor uniformidad y estandarización de los códigos y normas del mercado mundial en un proceso similar al que tuvo la construcción de mercados nacionales en el siglo XIX, la primera gran transformación, pero ahora aplicado a escala del nuevo espacio global.

”La propagación mundial del neoliberalismo habría sido digitada por ciertas estructuras políticas, en particular por aparatos estatales: los Estados del capitalismo avanzado y sobre todo Estados Unidos por sí mismo (a través de su estrategia exterior) y también por medio de instituciones económico-financieras internacionales.

”Sobresale el papel adquirido por el Banco Mundial que se convertiría en un dispositivo para la implementación de los ajustes estructurales en América Latina. Es un organismo multilateral, cuyos miembros son los Estados, y la capacidad resolutive de cada país es proporcional al capital comprometido; de allí que los Estados centrales tengan un rol definitivo en la definición de las políticas a llevar a cabo.

”En 1990 este organismo esbozó una revisión de conjunto que fue bautizada como estrategia de ‘dos vías’, la primera era la pobreza, estribaría en el restablecimiento de un crecimiento económico alto y estable. La segunda vía: el crecimiento económico prioritario aunque insuficiente ya que por sí mismo no redundaría necesariamente en una mejora social. Este dispositivo habría fracasado en términos de resultado ya que en América Latina cuando se dio el crecimiento económico se asoció con altas tasas de desocupación.

”El Banco Mundial conviene en que las ‘reformas’ traen consigo impactos adversos que reclamarían intervenciones específicas y adicionales, así desde 1990 agregó programas compensatorios de corto plazo cuyo objetivo fue aminorar algunas consecuencias desfavorables del ajuste y ciertos padecimientos de la pobreza extrema. Por ejemplo: auspiciaron la creación de empleos públicos temporales (para atemperar la desocupación), así como la provisión de servicios e infraestructura básicos como la nutrición, el cuidado de la salud, agua potable, etc.” (*Reformas neoliberales en América Latina: Argentina y Venezuela. Las reformas de los presidentes Carlos S. Menem y Carlos. A. Pérez en perspectiva comparada*, por María Laura Lepre).

“*Los diez mandamientos del Consenso de Washington.*”

”Los compromisos que constituyeron las estrategias básicas de lo que posteriormente se denominaría como el ‘Consenso de Washington’ pueden ser sintetizados de la siguiente manera: 1) imponer la disciplina fiscal que significa fundamentalmente una disminución drástica del déficit presupuestario; 2) como consecuencia de lo anterior, severa disminución del gasto público, especialmente en las áreas destinadas al gasto social; 3) mejoramiento del sistema impositivo basado en una tributación de amplia base (impuestos indirectos que son los que gravitan en el consumo popular como por ejemplo el IVA); 4) liberalización del sistema financiero y de la tasa de interés; 5) mantenimiento de un tipo de cambio estable; 6) liberalización comercial externa, mediante una amplia apertura y reducción de las tarifas arancelarias y dife-

que contradice las ideas del neoliberalismo señalado (los destacados dentro del articulado son propios):

*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.*

Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948.

Art. II. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo *ni otra alguna*.

Art. XVI. *Toda persona* tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

Art. XXXV. *Toda persona* tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y las circunstancias.

*Declaración Universal de Derechos Humanos.*

Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Art. 2°.

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, *posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*.

Art. 25.

1. *Toda persona* tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la

rentes trabas; 7) otorgar amplias facilidades a las inversiones de capitales externos; 8) enérgica política de privatizaciones de empresas estatales; 9) desregulación de las actividades del Estado, y 10) derecho a la propiedad para salvaguardar y garantizar la propiedad privada de las empresas públicas que se privatizaran.

”Este conjunto de directrices que claramente se interrelacionan entre sí, constituyó y lamentablemente continúa constituyendo aún en la actualidad el basamento de la política económica que se implantaría con mayor o menor drasticidad en los diferentes países de América Latina” (MINSBURG, Nahum, *La economía posmenemista ¿atrapada sin salida?*, 2ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2003, ps. 53 y ss.).

alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

*Ley 24.658:*

*Apruébase el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador–.*

Sancionada: 19-6-96.

Promulgada de hecho: 15-7-96.

Art. 3° – *Obligación de no discriminación.* Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, *posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

Art. 9° – *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.

*Ley 23.313:*

*Apruébanse los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.*

Sancionada: 17-4-86.

Promulgada: 6-5-86.

Art. 3°. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a

*asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.*

Art. 9º. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho *de toda persona* a la seguridad social, incluso al seguro social.

Cabe preguntarse las razones por las cuales los tratados internacionales han hecho tanto énfasis en este principio de la universalidad, que viene de la vieja tradición de los derechos civiles (ver Declaración de los Derechos del Hombre de 1789) y que sentó las bases de la justicia social y la movilidad social ascendente que caracterizó a las sociedades hasta casi fines del siglo XX<sup>12</sup>.

La respuesta es, a nuestro juicio, simple: aspiran a consolidar una sociedad más justa en la redistribución entre el capital y el trabajo, evitando la concentración de la riqueza en pocas manos. Pero la universalidad tiene, además, otras aristas. Veamos la opinión de algunos autores:

“Lo que sucedió a lo largo de estos últimos veinte años es de hecho una transformación profunda, en el sentido de una degradación, de la *concepción de la solidaridad*. En última instancia, ya no se trataría de proteger colectivamente el conjunto de los miembros de la sociedad contra los principales riesgos sociales. Los gastos de solidaridad, de los que el Estado seguirá siendo responsable, se dirigirían preferentemente al sector residual de la vida social poblado por ‘los más desprotegidos y carentes’...

”Estar protegido significaría, entonces, estar provisto apenas del mínimo de recursos necesario para sobrevivir en una sociedad que limitaría sus ambiciones a asegurar un servicio mínimo contra las formas extremas de la privación. Semejante dicotomía en el régimen de protecciones sería ruinoso para la cohesión social”<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> “El desarrollo, en casi todos los países capitalistas, de un sistema de seguridad social que garantiza a todos los ciudadanos contra los riesgos de la vida sigue siendo, en efecto, la modificación más profunda hecha al capitalismo liberal desde la Segunda Guerra Mundial” (LAJUGIE, Joseph, *Los sistemas económicos*, 2ª ed., Eubeba, Buenos Aires, 2006).

<sup>13</sup> CASTEL, Robert, *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Manantial, Buenos Aires, 2004, p. 95.

Podemos decir entonces que la ideología neoliberal es contraria a la universalidad de los beneficios de la seguridad social porque ello significa un desmedro y merma en las ganancias del capital, y a la reducción de los mercados financieros y de capitales. En este punto, sostener la focalización de los beneficios sobre ciertos sectores carenciados resulta más económico (mucho más barato que la universalización) y es una idea muy atractiva para sectores que se sienten “progresistas”, sin conocer mucho de la historia universal.

### 3. La interpretación de los textos en la jurisprudencia

La jurisprudencia ha sostenido conceptos que nos orientan sobre el alcance y la aplicación que debe hacerse de las normas transcritas; veamos algunos ejemplos:

Las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines que las informan y de la manera que mejor se compadezca con los principios y garantías constitucionales, en tanto con ello no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso (“Superintendencia de Seguros de la Nación”, 29-11-79, *Fallos*: 301:1149; en este sentido, véase: “Nación Argentina c/N. N. y/o Juan P. Varela”, 8-11-71, *Fallos*: 281:146 y “Bravo de Quiroga”, 15-7-70, *Fallos*: 277:213).

Toda vez que respecto de una ley quepan dos interpretaciones jurídicas posibles, ha de acogerse la que preserva, no la que destruye (“Perón, J. D.”, 25-7-60, *Fallos*: 247:387).

Es regla de interpretación lógica que cuando la ley menciona taxativamente los sujetos u objetos de un derecho, sin ampliarlos con ninguna generalización, excluye a los no incluidos o nombrados (“Quiroga Alí, Héctor c/Soc. Industria Química en Basilea”, 24-3-39, *Fallos*: 183:228). Cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos, so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación (“Bergamino, Juan c/Instituto Nacional de Previsión Social”, 25-4-49, *Fallos*: 213:405).

La interpretación requiere una máxima prudencia en especial cuando se trata de leyes de previsión social y la inteligencia que se les asigne pueda llevar a la pérdida de un derecho (“Gamulin, Nicolás Tomás”, 15-4-70, *Fallos*: 276:218; en igual sentido: “Arbelaiz, Idelfonso c/Transporte de Buenos Aires”, 25-8-69, *Fallos*: 274:300).

Por lo expuesto no nos cabe duda alguna de que cuando la legislación de seguridad social restringe, disminuye o niega derechos por razones de posición económica y/o social, viola de manera contundente los textos constitucionales citados y los jueces no pueden, por la propia, profusa y reiterada jurisprudencia, apartarse de los textos de las normas constitucionales al momento de decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma. Sin embargo, como veremos en el punto siguiente, se ha aceptado pacíficamente la violación del principio de universalidad aunque sólo por razones de emergencia o excepción.

#### **4. Algunos ejemplos de la restricción, disminución y negación de derechos sociales por razones de posición económica y otras en la legislación de seguridad social argentina**

##### *a) En materia de vejez, invalidez y muerte*

El propio diseño del llamado hoy Sistema Integrado de Previsión Argentino (SIPA) contiene la tan en boga “focalización del gasto en el pobre”, en su propia estructura. Ello por cuanto al establecer un pilar uniforme en la composición del haber inicial al que pomposamente denomina “Prestación Básica Universal” se favorece a aquellos que computan servicios con remuneraciones devengadas de muy bajo monto y, al mismo tiempo, con la innumerable cantidad de topes que establecen sus cálculos se condena a los que prestaron servicios con remuneraciones devengadas de medio y mayor nivel a prestaciones magras e insuficientes para cumplir el carácter sustitutivo que deben reunir los beneficios. Para estos sectores la discriminación les anula toda posibilidad de considerarse verdaderamente protegidos contra las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

Por la extensión de este breve trabajo no podemos abarcar las innumerables discriminaciones por “posición económica” que posee el sistema previsional, pero señalaremos una moderna creación legislativa que pretende terminar con las llamadas “moratorias”, sin comprender no sólo la cuestión social sino el Derecho del Trabajo y de Seguridad Social cuyas normas se aplican a “realidades” formalizadas o no formalizadas.

Dice la ley 27.260:

Art. 22. Las mujeres que durante el plazo previsto en el artículo 12 cumplieran la edad jubilatoria prevista en el artículo 37 de la ley 24.241 y fueran menores de la edad prevista en el artículo 13 de la presente, podrán optar por el ingreso en el régimen de regularización de deudas previsionales previsto en la ley 26.970 en las condiciones allí previstas (*Nota: por art. 15 del decreto 894/2016, B. O.: 28-7-2016, se establece que el plazo referido en el presente párrafo vencerá el día 23 de julio de 2019. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial*).

El plazo mencionado en el artículo 12 podrá ser prorrogado por igual término para los fines previstos en el presente artículo.

Para el caso de los hombres, restablécese la vigencia del artículo 6° de la ley 25.994 y el decreto 1454/2005 por el término de un (1) año, el cual puede ser prorrogable por un (1) año más.

Sin perjuicio de señalar que el artículo 12 no menciona plazo alguno, lo que demuestra la desprolijidad de la norma, hay aquí un claro caso de discriminación por sexo y por posición social ya que la vergonzosa moratoria de la ley 26.970 establece:

Art. 3°. El presente régimen está dirigido a los trabajadores mencionados en el artículo 1° que, por su situación patrimonial o socioeconómica no puedan acceder a otros regímenes de regularización vigentes.

La Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses), en forma previa a determinar el derecho a una prestación previsional, realizará evaluaciones patrimoniales o socioeconómicas sobre la base de criterios objetivos que determine la reglamentación, a fin de asegurar el acceso al régimen de las personas que presenten mayor vulnerabilidad.

Es decir, la moratoria a la que refiere la nueva ley reservando su vigencia (por un tiempo) para las mujeres era discriminatoria por razones de posición económica y/o social y la nueva ley 27.260 es discriminatoria por razones de sexo. Ambas disposiciones emanadas del Congreso nacional vulneran abiertamente las expresas reglas de los tratados señaladas *ut supra*, de simpleza y claridad meridianas.

En materia de gestión de los beneficios previsionales, la penetración intelectual de los administradores de turno del organismo de

aplicación con la llamada “Escuela de Chicago” ha hecho posible interpretaciones absurdas de las normas o incluso la aplicación de normas inexistentes como la imposición de topes entre un beneficio de jubilación y otro de pensión percibidos por la misma persona, situación que carece de sustento legal alguno.

Nos resta esperar que el Poder Judicial comprenda que leyes supremas nos rigen.

b) *En materia de cargas de familia*

El ejemplo más contundente de la violación del principio de universalidad está dado por el régimen de asignaciones familiares, paulatinamente destruido desde 1991 hasta llegar prácticamente a su extinción actual.

El diseño de la ley 24.714 destruyó el salario familiar como complemento de toda remuneración para compensar las cargas de familia (salario familiar) y permitir la aplicación práctica del derecho a igual remuneración por igual tarea establecido en la Constitución.

Los topes salariales y de ingreso familiar para acceder o no al beneficio constituyen una clara violación al principio de universalidad y no discriminación establecido en las normas de superior jerarquía.

El desvergonzado sistema de topes salariales y tramos de haber es además incoherente con el propio pensamiento neoliberal que lo avala, ya que en el diseño 1996 un gerente general con trescientos cincuenta mil pesos de salario y un hijo discapacitado percibe las asignaciones familiares sin tope y un portero con siete hijos sin discapacidad y un ingreso de cuarenta y tres mil pesos no percibe nada del sistema. ¿Quién puede considerar correcta esta discriminación aun cuando sea partidario de focalizar el mal llamado “gasto” en los pobres?

El sistema de focalizar en determinados beneficiarios aparece en la legislación argentina con el dictado de los decretos 770 y 771 de 1996 que fueron altamente cuestionados y obligaron al parlamento a dictar (en forma improvisada y con millones de defectos técnicos) la ley 24.714. Los planteos de inconstitucionalidad de esta ley maltrecha llegaron a la Corte, que consideró, como veremos, la constitucionalidad

de la medida en tanto en cuanto nos encontremos en “emergencia”... Parece que seguimos en emergencia desde 1996.

La Cámara del Trabajo en excelente fallo sostuvo:

“No se respetan las pautas de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación, si el fundamento de la adquisición del derecho a la percepción de una prestación de la seguridad social, como lo son, actualmente, las asignaciones familiares, se relaciona con el nivel de la remuneración de los sujetos y no con la verificación de la contingencia social específica a cuya atención esa prestación está destinada, esto es, la existencia de las cargas de familia, lo que pone de manifiesto que, en la definición del marco de exclusión, se ha elegido como factor de diferenciación un elemento incongruente con la naturaleza y finalidad de las prestaciones involucradas, ya que el nivel remuneratorio acordado modula sobre la calificación, cantidad y calidad del trabajo prestado, independientemente de la situación de familia del trabajador”<sup>14</sup>.

La Corte dijo:

“Cabe admitir, entonces, que *la emergencia económica* del sistema fue el presupuesto que determinó la sanción de la ley, y que tal situación, junto a la búsqueda de una mejor redistribución de los recursos del subsistema, a fin de beneficiar a los trabajadores que están en situación económica menos favorable, constituyó el justificativo que se dio a tal normativa para convalidar sus disposiciones.

”En condiciones tales, a tenor de las pautas que V. E. sentó, entre otros, en *Fallos*: 200:450; 201:71; 243:467; 269:416, en los que reconoció la validez de los preceptos que tendían a paliar situaciones como la reseñada en los párrafos anteriores, aun cuando ellas preceptuaban restricciones o suspensiones del derecho de los acreedores de obligaciones (ver arts. 2º y 4º de la ley 16.931, y voto de los doctores A. de L. y O. en el precedente publicado en *Fallos*: 243:467, ya citado), resulta claro que no puede compartirse la postura de los jueces en cuanto, como dije, consideraron irrazonable la norma que estableció que quienes perciban un sueldo superior a un monto determinado, quedan excluidos de percibir algunos de los beneficios que defiere el régimen”.

<sup>14</sup> CNAT, sala VIII, 21-4-98, “Adamini, Juan C. c/Poder Ejecutivo Nacional”, D. T. 1998-A-1353.

“Así lo estimo, pues el criterio que informa tal tesitura lleva, en definitiva, a negar al legislador actual, *si los factores económicos adversos le demostraron que era la mejor salida para salvar la continuidad del régimen*, la facultad de modificar, para adecuarlo a la realidad del momento, un régimen que, en etapas anteriores, y ante circunstancias...”<sup>15</sup>

Pasaron casi veinte años, el sistema jamás recuperó su universalidad, por el contrario, se acentuó la violación a la misma, cuando se incorpora la insólita medida de considerar lo percibido por el “grupo familiar” (sin que exista disposición alguna que defina, para el caso, el concepto de “grupo familiar”).

El texto de tal despropósito, el DNU 1667/2012, dice:

Art. 1°. Los límites que condicionan el otorgamiento de las asignaciones familiares o la cuantía de las mismas, se calcularán en función de la totalidad de los ingresos correspondientes al grupo familiar.

Y desde el dictado del decreto 1668/2012 el mecanismo de exclusión es el siguiente:

Art. 1°. El límite de ingresos mínimo y máximo aplicable a los beneficiarios de los incisos a) y b) del artículo 1° de la Ley N° 24.714 y sus modificatorias, correspondientes al grupo familiar referido en el artículo 1° del Decreto N° 1667 de fecha 12 de setiembre de 2012, será de [...] y [...] respectivamente.

Art. 2°. La percepción de un ingreso superior a [...] por parte de uno de los integrantes del grupo familiar excluye a dicho grupo del cobro de las asignaciones familiares, aun cuando la suma de sus ingresos no supere el tope máximo establecido en el artículo 1° del presente.

Art. 3°. Los topes previstos en los artículos precedentes no resultan aplicables para la liquidación de la Asignación Familiar por Hijo con Discapacidad, ni para la determinación del valor de la Asignación por Maternidad correspondiente a la trabajadora.

Se agravan la discriminación y la ausencia de universalidad con las siguientes e insólitas medidas:

<sup>15</sup> Dictamen en la sentencia de la CSJN, 12-8-99, A.298.XXXIV (el destacado es propio).

*Decreto 614/2013:*

Art. 7°. El *efectivo pago* de las asignaciones familiares correspondientes a los sujetos comprendidos en el artículo 1°, incisos a) y b) de la Ley N° 24.714, *se realizará a la mujer*, independientemente del integrante del grupo familiar que genera el derecho al cobro de la prestación, salvo en los casos de guarda, curatela, tutela y tenencia que se realizará al guardador, curador, tutor o tenedor respectivamente que correspondiere.

Esta medida, que parte del infantil axioma “todas las madres son buenas personas”, provocó que de inmediato el Banco Central instruyera sobre la apertura de innumerables cuentas sueldo de aquellas mujeres que no la poseían, dando a los bancos un interesante flujo dinerario<sup>16</sup>.

Por su parte la *ley 27.160* dice:

Art. 6°. No podrá un mismo titular recibir prestaciones del régimen de asignaciones familiares y a la vez aplicar la deducción especial por hijo o cónyuge prevista en el Impuesto a las Ganancias.

Con esta última disposición se ha logrado disminuir el número de beneficiarios a su mínima expresión, provocando aún más un retroceso en la universalidad que el sistema tenía hasta la derogación de la ley 18.017 y sus complementarias.

Estimo que el lector habrá advertido ya la innumerable cantidad de violaciones al principio de universalidad y la cantidad de disposiciones discriminatorias que, lamentablemente, tiene hoy el sistema de asignaciones familiares argentino.

### c) *En materia de desempleo*

El desempleo es, a nuestro juicio, la contingencia social más gravosa ya que produce daños irreversibles en el tejido social y cuya cobertura estuvo y está, en la legislación argentina, muy lejos de la universalidad.

La ley 24.013 y sus similares sobre los trabajadores rurales y los de la industria de la construcción cometen el error de circunscribir el

<sup>16</sup> Banco Central de la República Argentina (BCRA), Comunicación “A” 5450, 24-6-2013. Ref.: Circular Opasi 2-444. Pago de asignaciones familiares, decreto 614/2013.

sujeto protegido al trabajador formal, y no sólo ello, al trabajador formal que tuviera determinado lapso de cotización<sup>17</sup>.

Dice la ley:

Art. 113. Para tener derecho a las prestaciones por desempleo los trabajadores deberán reunir los siguientes requisitos [...] c) Haber cotizado al Fondo Nacional del Empleo durante un período mínimo de seis (6) meses durante los tres (3) años anteriores al cese del contrato de trabajo que dio lugar a la situación legal de desempleo (*Inciso sustituido por art. 2º del decreto 267/2006, B. O.: 13-3-2006*).

Ni siquiera advirtió el legislador que la cotización no es del trabajador ya que surge del 1,5% del aporte del 9% previsto en la Ley de Asignaciones Familiares. Las cotizaciones al fondo compensador

<sup>17</sup> Ley 24.013: Art. 113. Para tener derecho a las prestaciones por desempleo los trabajadores deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Encontrarse en situación legal de desempleo y disponible para ocupar un puesto de trabajo adecuado;

b) Estar inscriptos en el Sistema Único de Registro Laboral o en el Instituto Nacional de Previsión Social hasta tanto aquél comience a funcionar;

c) Haber cotizado al Fondo Nacional del Empleo durante un período mínimo de seis (6) meses durante los tres (3) años anteriores al cese del contrato de trabajo que dio lugar a la situación legal de desempleo (*Inciso sustituido por art. 2º del decreto 267/2006, B. O.: 13-3-2006*);

d) Los trabajadores contratados a través de las empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente, tendrán un período de cotización mínimo de 90 días durante los 12 meses anteriores al cese de la relación que dio lugar a la situación legal de desempleo;

e) No percibir beneficios previsionales, o prestaciones no contributivas;

f) Haber solicitado el otorgamiento de la prestación en los plazos y formas que corresponda.

Art. 145. Los recursos destinados al Fondo Nacional del Empleo son los siguientes:

a) Aportes y contribuciones:

1. 1,5 punto porcentual de la contribución a las cajas de subsidios y asignaciones familiares según lo establecido en el artículo 146 de la presente ley.

2. Una contribución del 3 por ciento del total de las remuneraciones pagadas por las empresas de servicios eventuales, a cargo de dichas empresas.

3. (*Punto vetado por art. 3º del decreto nacional 2565/91, B. O.: 17-12-91*).

4. (*Punto vetado por art. 3º del decreto nacional 2565/91, B. O.: 17-12-91*).

5. Los aportes personales de los beneficiarios de prestaciones previsionales que reingresen a la actividad (*Punto incorporado por art. 5º de la ley 24.347, B. O.: 29-6-94*)...

no son individuales por cada trabajador sino por el total de las remuneraciones abonadas por la empresa y por supuesto el sistema de asignaciones, al que hace referencia la norma, jamás tuvo retención de aporte personal.

Art. 145. Los recursos destinados al Fondo Nacional del Empleo son los siguientes:

a) Aportes y contribuciones:

1. 1,5 punto porcentual de la contribución a las cajas de subsidios y asignaciones familiares según lo establecido en el artículo 146 de la presente ley...

Si en vejez se requiere un lapso prolongado de servicios con remuneraciones devengadas o un lapso prolongado de servicios autónomos con aportes ingresados es porque la ley considera que en determinada edad llega la contingencia de vejez, para cuya cobertura comunitaria se requirieron los años de juventud y adultez. No nos podemos detener en las distintas concepciones doctrinarias debatidas sobre si el hecho “vejez” es una invalidez que producen los años o si se trata de una mera ficción legal, pero lo cierto es que se necesita un tiempo anterior que la ley reglamenta para considerar que sucedió la contingencia. A ello se lo llama “previsión”.

En cambio la contingencia de desempleo puede producirse en cualquier etapa de la vida, incluso aun cuando se desea ingresar al mercado de trabajo y no hay empleo adecuado a la condición de quien lo busca

Así lo expresa la OIT en el Convenio N° 168 de 1988, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, en el artículo 10:

1. Las contingencias cubiertas deberán abarcar, en las condiciones prescritas, el desempleo total, definido como la pérdida de ganancias debida a la imposibilidad de obtener un empleo conveniente, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones del párrafo 2 del artículo 21, para una persona apta para trabajar, disponible para el trabajo y efectivamente en busca de empleo.

2. Además, todo Miembro deberá procurar extender la protección del Convenio, en las condiciones prescritas, a las contingencias siguientes: (a) la pérdida de ganancias debida al desempleo parcial definido como una reducción temporal de la duración normal o legal del trabajo;

(b) la suspensión o la reducción de ganancias como consecuencia de una suspensión temporal del trabajo, sin terminación de la relación de trabajo, en particular por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos.

El referido artículo 21 dice:

...2. En la apreciación del carácter conveniente de un empleo se tendrán en cuenta especialmente, en condiciones prescritas y en la medida apropiada, la edad del desempleado, la antigüedad en su profesión anterior, la experiencia adquirida, la duración del desempleo, la situación del mercado del empleo, las repercusiones de este empleo sobre la situación personal y familiar del interesado y el hecho de que el empleo esté disponible como consecuencia directa de una suspensión del trabajo debido a un conflicto laboral en curso.

Por lo expuesto el sistema creado por la ley 24.013 dista muchísimo de ser un sistema protectorio de la contingencia de desempleo, claramente vulnera la universalidad y no cumple con pautas mínimas internacionales sobre la cuestión.

Por el contrario, podría sospecharse que ha sido redactado para reemplazar las indemnizaciones de los artículos 245 y 247 de la LCT por un sistema de cotizaciones individuales a un seguro del mismo carácter.

Obviamente por los montos exigüos que se fijan como mínimos y máximos de la prestación también responde a paliar en muy poco a las clases más pobres y a desamparar totalmente a los sectores medios y altos. Se mantiene aquí también la estructura de la focalización.

Es aún un tema pendiente de la legislación argentina establecer una protección universal a la contingencia de desempleo, considerando ésta en términos amplios, al modo que lo hacen las recomendaciones internacionales.

## **5. El renacer del asistencialismo del siglo XVI**

El asistencialismo social se considera hoy parte del derecho a la

seguridad social por ser parte de la historia de la seguridad social, pero tenía escaso protagonismo hasta su restablecimiento en los albores del siglo XXI<sup>18</sup>.

El uso de métodos pasados de moda tiene su aplicación paradigmática en las mal llamadas “asignaciones universales para protección social” destinadas a familias carenciadas con hijos sin ningún tipo de ingresos o con ingresos provenientes de planes asistenciales.

El texto incorporado a la ley 24.714 fue reglamentado, entre otras cuestiones, de la forma siguiente:

*Resolución 393/2009 Anses:*

Art. 1°. Entiéndese por grupo familiar a los fines del artículo 1° del Decreto N° 1602/09, al niño, adolescente y/o persona discapacitada que genera la asignación y a la *persona o personas relacionadas que*

<sup>18</sup> “En todos los países avanzados, los patrones, altos funcionarios internacionales, intelectuales mediáticos y periodistas conocidos parecen haberse puesto de acuerdo para hablar un extraño dialecto cuyo vocabulario, surgido aparentemente de ninguna parte, está en boca de todos: ‘globalización’ y ‘flexibilidad’; ‘governabilidad’ y ‘empleabilidad’; ‘*underclass*’ y ‘exclusión’; ‘nueva economía’ y ‘tolerancia cero’; ‘comunitarismo’, ‘multiculturalismo’ y sus parientes ‘posmoderno’, ‘etnicidad’, ‘minoría’, ‘identidad’, ‘fragmentación’, esta nueva Vulgata planetaria –en la cual no escuchamos ‘capitalismo’, ‘clase’, ‘explotación’, ‘dominación’, ‘desigualdad’ y tantos vocablos definitivamente desalojados bajo el pretexto de que son obsoletos, de que están fuera de lugar– es el producto de un imperialismo propiamente simbólico. Los efectos son aún más patentes y perniciosos por el hecho de que este imperialismo es alentado no sólo por los partidarios de la revolución neoliberal, que bajo el manto de la modernización pretenden reconstruir el mundo anulando las conquistas sociales y económicas que resultaron de cien años de lucha, sino también por productores culturales –investigadores, escritores, artistas y militantes de izquierda– que en su mayoría se siguen considerando progresistas [...] el imperialismo cultural apela a una violencia simbólica que se sostiene sobre la relación de comunicación destinada a promover la sumisión y la universalización de los particularismos ligados a una experiencia histórica singular, a fin de que ya no sean reconocidos como tales...” (BOURDIEU, Pierre, *Pensamiento y acción*, Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2002, p. 122).

“Como todas las mitologías de la edad de la ciencia, la nueva Vulgata planetaria se sostiene sobre una serie de oposiciones y equivalencias que se vinculan entre sí y delinean las transformaciones contemporáneas de las sociedades avanzadas: retirada económica del Estado y refuerzo de sus componentes policíacos y penales, desregulación de los flujos financieros y mercados laborales, reducción de las protecciones sociales, y celebración moralizadora de la ‘responsabilidad individual’...” (BOURDIEU, *Pensamiento y acción* cit., p. 128).

*tienen al mismo a su cargo*, dentro del marco establecido en el artículo 14 bis de la Ley N° 24.714, incorporado por el artículo 5° del Decreto N° 1602/09.

(El destacado es propio para marcar la ambigüedad de la definición que es específica para la percepción de este beneficio).

Art. 2°. La Asignación Universal por Hijo para Protección Social será percibida por quien resulte titular, cuando las personas a cargo del grupo familiar sean monotributistas sociales, se encuentren desocupados o desempeñándose en la economía informal con un ingreso inferior al salario mínimo vital y móvil y siempre que no se encuentren alcanzados por alguna de las incompatibilidades mencionadas en el artículo 9° del Decreto N° 1602/09.

¿Qué dice (o decía) el artículo 9° del decreto 1602/2009?

Art. 9°. 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, incluyendo las prestaciones de las Leyes N° 24.013, 24.241 y 24.714 y sus respectivas modificatorias y complementarias (*Nota: por art. 13 del decreto 593/2016, B. O.: 19-4-2016, se deroga el artículo 9° del decreto 1602 del 29 de octubre de 2009, a partir de la publicación de la Resolución reglamentaria que emita Anses, definiendo el régimen de compatibilidades de las asignaciones universales del artículo 1°, inciso c, de la ley 24.714 en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 11 del decreto de referencia. Vigencia: regirá para las asignaciones familiares que se perciban en el mes de mayo de 2016*).

Claramente surgen las contradicciones sobre el *requisito de prueba de pobreza*: es sorprendente que se deroguen en el decreto 593/2016 las incompatibilidades establecidas por Anses en la resolución transcrita en parte y se le otorgue al mismo organismo de gestión facultades para establecer incompatibilidades.

Todo este sistema recuerda a las Leyes de Pobres del siglo XVI<sup>19</sup> ya que deja en manos del Estado la decisión de quien recibe o no la prestación.

<sup>19</sup> “Uno de los elementos de la vida social de la Inglaterra de su tiempo contra lo que Thomas dirigió buena parte de su atención fue el de las llamadas Leyes de

En términos de Derecho Administrativo es la “voluntad del príncipe” la que decide sobre la vida de una persona que, vale la salvedad,

los Pobres. Estas leyes se derivaban de una emitida en 1601, durante el cuadragésimo tercer año del reinado de Isabel I, en la que se hacía responsable a cada parroquia del cuidado de sus pobres. Dicha legislación tenía un origen basado más en un concepto del pobre como individuo aislado, que de la pobreza como condición social. Se distinguían en ese entonces cuatro tipos de pobres:

”a) Los ancianos, los enfermos crónicos y los infantes demasiado pequeños para trabajar;

”b) Los inhabilitados temporalmente debido a un accidente o a una enfermedad;

”c) Los desempleados, y

”d) Los vagos, categoría muy flexible que dependía para su aplicación de los humores, costumbres y temperamentos locales de la parroquia de que se tratase.

”Como era natural, las categorías c) y d) tendían a incrementarse con el aumento de población, lo cual provocó que se emitiesen las Leyes de Asentamientos, que impedían que un recién llegado a una parroquia pudiera asentarse irregularmente en ella y se convirtiera en carga económica adicional para los habitantes de la misma. Esto estimuló una cacería inmisericorde de ‘extraños’, particularmente si se trataba de mujeres embarazadas cercanas a dar a luz, a las que se ahuyentaba de una parroquia a otra. También como resultado del creciente número de indigentes, se establecieron en muchas parroquias, particularmente en las más ricas, casas o refugios de menesterosos manejados por concesiones a personas que generalmente sólo velaban por su beneficio económico, con la consecuente cadena de corrupciones y venalidades” (JAMES, Patricia, *Population Malthus. His Life and Times*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1979).

”El término leyes de pobres (*poor laws*) hace referencia a toda una serie de normas y prácticas que, conjuntamente, formaban un sistema de ayuda legal a los pobres ingleses financiado con impuestos. Estas normas establecían los colectivos a los que se dirigían las ayudas, el tipo de subsidios y su financiación, y también la forma de gestionar todo el sistema. Aunque a lo largo del período durante el que estuvieron vigentes las leyes de pobres se produjeron algunos cambios en sus características esenciales, puede decirse que sus principios inspiradores estuvieron presentes en la legislación inglesa hasta prácticamente la segunda mitad del siglo XX.

”La nueva ley de los pobres fue la más importante legislación sobre esta materia desde la aprobación de la misma ley dos siglos antes. No obstante, tenía sus defectos, era obsoleta desde casi el momento de su aprobación y los abusos que intentaba corregir eran menos urgentes que en 1834, resultó menos efectiva de lo que habría gustado a los reformadores y estaba sujeta a tantos compromisos, excepciones, evasiones y variantes regionales que muestra el abismo entre la ley y su aplicación. A pesar de las limitaciones ejerció una poderosa influencia en el ambiente intelectual, moral y social. Gran parte de la crítica reside sobre el sistema Speenhamland, la complementación con las cuotas parroquiales de los salarios, que estaban por debajo de un nivel que se basaba en el precio del pan y el tamaño de la familia del trabajador. Las subvenciones no fueron tan duraderas ni tan considerables. Además, creó un ciclo

se trata de una persona a la que le corresponderían todos los beneficios de un seguro de desempleo con sus asignaciones y su obra social, si la legislación argentina estuviera a la altura de la “justicia social”.

Agrava ello que este beneficio, al que se suman la asignación universal por embarazo para protección social y la ayuda escolar para protección social, ha sido y es financiado con recursos genuinos de los jubilados y pensionados.

Dice la ley 24.714:

Art. 5°. Las asignaciones familiares previstas en esta ley se financiarán:  
...c) Las que correspondan al inciso c) del artículo 1° de esta ley con los siguientes recursos:

vicioso de males: un aumento de las partidas para los pobres, una disminución de los salarios de los labradores, un aumento de desempleo agrícola, la caída de productividad, precios más altos de los alimentos, aumentó la población, salarios aún más bajos, afectó la economía industrial y agrícola. Otra gran equivocación fruto de las leyes isabelinas fue la confusión que conllevó el término pobre, ya que en principio sólo estaban bajo la jurisdicción los indigentes y no los trabajadores pobres. Al final, fue cambiado su nombre llamándose Leyes de los Indigentes” (HIMMELFARB, Gertrude, *Pobreza: Inglaterra a principios de la era industrial*, Fondo de Cultura Económica, México, Capítulos VI y XIV).

Las *Poor Laws* fueron un sistema de ayuda a los pobres en Inglaterra y Gales que se desarrolló a partir de la Edad Media tardía y de las leyes Tudor, antes de ser codificado en 1587-1598. El sistema de las *Poor Laws* existió hasta el surgimiento del Estado de bienestar moderno después de la Segunda Guerra Mundial.

La legislación inglesa sobre las *Poor Laws* puede ser rastreada hasta fecha tan temprana como 1536, cuando se aprobaron leyes para tratar con los “pobres impotentes”, aunque existe legislación Tudor anterior sobre los problemas causados por los vagabundos y mendigos. La historia de las *Poor Laws* en Inglaterra y Gales se divide usualmente en dos estatutos: la *Poor Law* antigua aprobada durante el reinado de Isabel I y la *Poor Law* nueva aprobada en 1834, la cual modificó significativamente el sistema existente de alivio a la pobreza. El último estatuto alteró el sistema de *Poor Law* de uno que era administrado azarosamente a nivel de las parroquias locales a un sistema altamente centralizado que favorecía el desarrollo a gran escala de *workhouses* por parte de los sindicatos de *Poor Law*.

El sistema de *Poor Law* no fue formalmente abolido hasta la Ley de Asistencia Nacional de 1948, aunque parte del sistema se mantuvo en dicha ley hasta 1967. El sistema de *Poor Law* cayó en declive a inicios del siglo XX, debido a varios factores, tales como la introducción de reformas de beneficencia liberal y la disponibilidad de otras fuentes de asistencia de sociedades filantrópicas y sindicatos, así como las reformas paulatinas que evitaron el sistema de *Poor Law* (Wikipedia).

1. Los establecidos en el artículo 18 de la Ley N° 24.241 y sus modificatorias...

Con ello hemos llegado al extremo de la aplicación del postulado de la “focalización del gasto en el pobre”, ya que ni siquiera se han detraído fondos de rentas generales sino que hemos hecho pagar a quienes sufren una contingencia como la vejez, la invalidez y la muerte los efectos de un sistema asistencial de muchos millones de jóvenes cuyo problema es el desempleo, origen y causa de su pobreza, contingencia que la legislación ha omitido proteger en forma universal.

## 6. Conclusión

Queremos concluir este breve comentario con una reflexión del doctor José Brito Peret en ocasión de ilustrar sobre el principio de la universalidad:

“El concepto traduce una directiva axiológica emparentada con la concepción moral que nos merece una sociedad a la que se reputa ideal y hacia la que se procura marche y/o se encamine el Derecho vigente.

”Se trataría, en síntesis, de las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídico-social que deben ser respetadas: a) por el legislador al momento de crear la norma jurídica aplicable a los problemas sociales; b) por el juez y/o intérprete de las normas legales creadas a los fines de dar soluciones a las controversias sometidas a su potestad, y c) por los integrantes de la comunidad global, que deben propender a que sus conductas se ajusten a los principios que informan la organización político-jurídica”<sup>20</sup>.

A nuestro juicio, el principio de universalidad forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y su violación vuelve a las leyes que lo restringen en normas contrarias a la Constitución; así lo sabe bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que cuando ha debido justificarlo por razones político-económicas, ha apelado al estado de emergencia y de excepción, estado del que esperamos salir algún día.

<sup>20</sup> *Digesto Práctico Régimen Previsional*, La Ley, Buenos Aires, 2001, t. I, ps. 138 y ss.



# DERECHOS SOCIALES, SEGURIDAD SOCIAL Y TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

por JORGE GARCÍA RAPP

SUMARIO: 1. Los derechos humanos. 2. El origen. 3. Trascendencia. 4. Derechos civiles, políticos y derechos humanos. 5. Los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. 6. Las declaraciones de derechos humanos y los tratados. 7. La seguridad social y los instrumentos internacionales. 8. El sistema interamericano de derechos humanos y la seguridad social. 8.1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos. 8.2. Exigibilidad de los DESC. 8.3. Afectación generalizada y no aislada. 8.4. El desarrollo progresivo. 8.5. Deber de no regresividad. 8.6. El máximo de recursos disponibles. 9. Conclusiones.

## 1. Los derechos humanos

La noción de derechos humanos es una noción nueva e internacional, que responde a la decisión política de asumir que el trato que el Estado dará a todas las personas bajo su jurisdicción es una cuestión que interesa a la comunidad internacional.

Se ha postulado que una práctica institucional sostenida, un apreciable número de tratados internacionales y de resoluciones de organismos internacionales, así como la constatación de la realidad, conducen a sostener que la noción de derechos humanos no puede sino comprender derechos económicos, sociales y culturales (DESC), ya que ellos contribuyen sustancialmente al desarrollo de las capacidades de la personalidad humana y construyen la dignidad<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> PINTO, Mónica, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano*, en *Revista IIDH*, San José, 2004, vol. 40.

Los derechos humanos no son los derechos individuales o sociales de algunas constituciones nacionales trasladados al ámbito internacional –lo que los privaría de autoridad en el ámbito de la universalidad– sino un concepto cualitativamente distinto, y que surge de un consenso mundial.

Las normas internacionales, consuetudinarias y convencionales que consagran derechos protegidos y establecen mecanismos de control de las obligaciones que en cada caso asumen los Estados, para respetarlos y garantizarlos, tienen por objeto central esos criterios mínimos de los derechos, la restricción permisible en su ejercicio, o su suspensión en situaciones de excepción.

## 2. El origen

Si bien el ser humano tuvo siempre las mismas aptitudes para ejercer y disfrutar lo que hoy se denomina derechos humanos, no siempre se reconoció la capacidad intrínseca de todo ser humano para la práctica y el disfrute de los derechos humanos. Esos derechos no existían para todos los hombres, ni, en todos los casos, eran derechos.

El trato que cada Estado proporcionaba a los hombres que habitaban en su territorio “era una cuestión doméstica ni siquiera considerada en los atisbos de formación de una sociedad internacional”. El Derecho de Gentes sólo se ocupaba del trato a los extranjeros, y la responsabilidad del Estado por el mal trato al extranjero se derivaba de la violación de la norma jurídica que imponía el respeto a otro Estado, del que era parte integrante en tanto habitante. El derecho de un Estado a reclamar por la violación del Derecho Internacional en la persona de su nacional es derecho de un Estado y no de un individuo<sup>2</sup>.

Existe coincidencia en ubicar los orígenes de los denominados derechos humanos en la Declaración francesa del siglo XVIII, luego en las enmiendas constitucionales estadounidenses, y en la impronta social de la Constitución mexicana de 1917 y la de Weimar en 1919.

Pero su aparición formal se produce con la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, en sus propósitos y principios, a través

<sup>2</sup> PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 1.

del reconocimiento a la dignidad de la persona del carácter general y universal<sup>3</sup>. Posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales les otorga mayor preponderancia al considerar que el ser humano no puede ser libre si no es liberado del temor y de la miseria<sup>4</sup>.

En la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>5</sup> se enuncian “derechos esenciales del hombre”, ya que la denominación derechos humanos no aparece en la letra de la Declaración, y lo hace “en un orden que no refleja jerarquías ni prioridades pero que expresa la cosmovisión de la Ilustración y el liberalismo que la colonización española y, en menor medida, la inglesa y la portuguesa impusieron en sus dominios en este continente”<sup>6</sup>.

Surge con claridad la vinculación de su evolución conceptual con el desarrollo alcanzado por el Derecho Constitucional, y particularmente con la tendencia denominada neoconstitucionalismo, que consiste en intensificar una referencia normativa a garantías generales, extendida en la actualidad a través de los tratados internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, la actual Constitución argentina de 1994 que, en su artículo 75, inciso 22, atribuye expresamente jerarquía constitucional a diversas declaraciones y convenciones referidas al tema.

### 3. Trascendencia

Bidart Campos había sostenido que los derechos humanos eran la

<sup>3</sup> Carta de las Naciones Unidas, Cap. 1, art. 1º, inc. 3º: “realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

<sup>4</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Preámbulo: “...con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos no puede realizarse el ideal del ser humano libre liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos...”

<sup>5</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en abril de 1948.

<sup>6</sup> PINTO, *Temas de derechos humanos* cit.

pauta axial del Derecho Constitucional contemporáneo, y que todo el orden socio-económico, partiendo de la Constitución y los tratados internacionales hasta la norma de menor jerarquía, se enraíza en dicha pauta. Agregando que la persona y sus derechos invisten centralidad, y que toda interpretación debe girar en torno a su protección y defensa, por ello las normas que regulan la economía se deben interpretar y aplicar de acuerdo al principio tutelar de los derechos humanos<sup>7</sup>.

Para Carlos Nino, los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización. Agregando que se propone destacar con esa afirmación varias cosas: “en primer lugar, que el reconocimiento efectivo de los derechos humanos podría parangonarse al desarrollo de los modernos recursos tecnológicos aplicados, por ejemplo, a la medicina, a las comunicaciones o a los transportes en cuanto al profundo impacto que produce en el curso de la vida humana en una sociedad; en segundo término, que tales derechos son, en cierto sentido, ‘artificiales’, o sea que son, como el avión o la computadora, producto del ingenio humano, por más que, como aquellos artefactos, ellos dependan de ciertos hechos ‘naturales’; en tercer lugar, que, al contrario de lo que generalmente se piensa, la circunstancia de que los derechos humanos consistan en instrumentos creados por el hombre no es incompatible con su trascendencia para la vida social”<sup>8</sup>.

Otros autores prefieren sostener una posición más cauta sobre los derechos humanos. El doctor Guibourg expresa: “...debo aclarar ante todo que, aunque defendiendo los derechos humanos, no creo en ellos si por tal cosa ha de entenderse postular algún segmento de la realidad que los contenga como objeto preexistente y susceptible de ser descubierto [...] Prefiero definir los derechos humanos como reclamos morales a los que atribuimos gran importancia y que formulamos en beneficio de todos los seres humanos, sean cuales fueren las diferencias que permitan agruparlos en clases más restringidas”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Buenos Aires, 1999.

<sup>8</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed. ampl. y rev., Astrea, Buenos Aires, 1989.

<sup>9</sup> GUIBOURG, Ricardo, *El neoconstitucionalismo y los derechos humanos*, en SERRANO MIGALLÓN, Fernando y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Ciencia jurídica*

#### 4. Derechos civiles, políticos y derechos humanos

La noción de derechos humanos comprende derechos susceptibles de ser caracterizados como civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, la existencia de los dos pactos internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos aprobados por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, que tratan estos derechos por separado, parecería inducir a una consideración diferenciada que se prolonga hasta la actualidad, y hasta permite que se postule un tratamiento y alcances diferenciados.

La decisión de incluir en distintos cuerpos normativos a los derechos civiles y políticos por un lado y a los económicos, sociales y culturales por otro fue producto de la política internacional –vigente en el momento de la elaboración de los tratados– aplicable al campo de los derechos humanos<sup>10</sup>. En efecto, la división Este-Oeste, con sus visiones diferentes sobre el papel del Estado y los derechos de los habitantes, condujo a una visión que privilegió los derechos civiles y políticos y la economía de mercado, asumiendo “que el juego armónico de ambos conduciría al Estado de bienestar, a la riqueza de las naciones”. La otra, la del bloque del Este, orientada “a una economía centralmente planificada en la que cada ciudadano cumplía un papel diferenciado y asignado y el Estado le garantizaba vivienda, trabajo, educación y salud”<sup>11</sup>.

Esto explica la existencia de los dos Pactos, y con ello, la distinta técnica legislativa en la formulación de los derechos en uno y otro

*y Constitución: ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, Porrúa y Facultad de Derecho UNAM, México, p. 361. “Para decirlo con claridad, los derechos humanos son los derechos que me comprometo a reconocer incluso en beneficio de mi peor enemigo y de aquellos a quienes considero los malvados más perversos. Si no estoy dispuesto a aceptar esto, los derechos de los que hable no cumplirán el requisito de su calificativo”.

<sup>10</sup> Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

<sup>11</sup> PINTO, *Los derechos económicos...* cit.

pacto, y también las diferencias que al inicio se evidenciaron con los sistemas de control, que expresaban los puntos de vista de ambos bloques. Veinte años después de los Pactos Internacionales de 1966, a través del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador, se vuelve a unificar la técnica legislativa.

Algunos autores relativizan esa distinción entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, sosteniendo la idea de la existencia de niveles de obligaciones estatales que son comunes a ambas categorías de derechos. Y frente a quienes postulan que los derechos civiles y políticos son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, intentan demostrar que la adopción de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales genera obligaciones concretas al Estado, no justificar su incumplimiento invocando la falta de voluntad de asumir una obligación jurídica<sup>12</sup>.

Una doctrina bastante extendida postula la existencia de distintas “generaciones” de derechos humanos, que se sucedieron en el tiempo. Los derechos civiles y políticos serían los derechos de primera generación, consagrados en el período del constitucionalismo clásico, fines del siglo XVIII y siglo XIX: derechos de exigibilidad inmediata suponen una conducta de abstención del Estado, un no hacer. Los de segunda generación corresponden a los derechos económicos, sociales y culturales, cuya consagración se habría producido con el constitucionalismo social a comienzos del siglo XX: derechos de realización progresiva que requieren un hacer o una conducta activa por parte del Estado.

Por último, en la tercera generación de derechos humanos, los derechos de solidaridad, que serían aún *de lege ferenda*.

Parece inconducente la doctrina de las generaciones de derechos

<sup>12</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 283-350.

humanos que fue edificada sobre estos elementos y que procura, con escaso éxito, brindar sustento a la existencia de cuerpos normativos separados<sup>13</sup>.

## **5. Los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional**

La incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al bloque de legalidad de las Constituciones de los Estados, como en el caso de Argentina, en el artículo 75, inciso 22, con la reforma de 1994, supone establecer como principio general el de la suprallegalidad de los tratados internacionales, que todo tratado internacional es superior a la ley interna. Este precepto implica que el legislador nacional no tendrá la palabra final al momento de reglamentar los derechos a pesar de lo establecido en el artículo 14 de la CN.

La jerarquía que surge de la reforma incluye diez instrumentos internacionales, ocho tratados y dos declaraciones que contienen Derecho consuetudinario. Un estatuto privilegiado que supone una igualdad material entre las normas de dichos instrumentos y las normas constitucionales propiamente dichas, además amplía las causales del recurso extraordinario del artículo 14 de la ley 48, y obliga a los magistrados a no omitir los instrumentos incorporados entre las fuentes de sus decisiones<sup>14</sup>.

El artículo 75, inciso 22, establece que:

“...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.  
”La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;

<sup>13</sup> Se objeta que dicha doctrina refiere como derechos humanos a algunas libertades públicas; que los DESC tuvieron tratamiento internacional antes de la Segunda Guerra Mundial, y que las Declaraciones de Derechos (Universal de Derechos Humanos y la Americana de Derechos y Deberes del Hombre) constituyen la positivización y norma sustantiva que permite su reclamo. También que colisiona con la doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, que surge por impulso de la Declaración de Viena, de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993.

<sup>14</sup> En virtud de las disposiciones de los arts. 116 y 117 de la CN, la CSJN ha entendido que la costumbre internacional y los principios generales de Derecho integran directamente el orden jurídico. *Fallos*: 19:108; 98:338; 107:395; 139:255; 141:127; 151:285; 175:344; 190:415; 244:255; 284:28.

la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”

El ordenamiento jurídico argentino en general ha sufrido un fuerte impacto al influjo del fenómeno de la internacionalización, y con particular intensidad desde la reforma constitucional de 1994, suscitando debates doctrinarios y jurisprudenciales acerca de la valoración de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la temática de la articulación de los mismos con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y el denominado “control de convencionalidad”.

Entonces, la jerarquía constitucional de ciertos tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN), el rango supralegal de todo tratado internacional y el reconocimiento explícito del derecho de la integración (art. 75, inc. 24) sostienen desde la normativa el proceso de internacionalización del ordenamiento jurídico, esto en consonancia con precedentes jurisprudenciales anteriores a la reforma de la Constitución, y con el Derecho Constitucional Comparado.

En resumen, las fuentes de los contenidos iusfundamentales son:

1. La fuente interna, partiendo de la Constitución y continuando con el contenido de las normas sancionadas por el parlamento, o de la tarea legislativa reglamentaria del Poder Ejecutivo, a través de los decretos.
2. La internacional, con todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

## 6. Las declaraciones de derechos humanos y los tratados

En la primera mitad del siglo XX, la Carta de las Naciones Unidas (1945) era la única norma jurídica que hacía referencia a los derechos humanos y a libertades fundamentales, sin que ella permitiera precisar cuáles eran esos derechos y libertades.

Y durante el año 1948, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para América y a nivel universal respectivamente, fueron los instrumentos que identificaron los derechos.

Sin perjuicio de diferencias en los procesos de ambas Declaraciones, presentan las mismas dificultades para indicar que se trataba de procesos de la codificación o cristalización de la costumbre internacional, son resultado del ejercicio del *treaty-making power*, o el reconocimiento de su carácter vinculante por aplicación del principio de intertemporalidad en el caso de la Carta y de la Declaración Universal, o la referencia a los principios generales de Derecho del sistema interamericano en el caso de la Declaración Americana, por la inclusión en la mayoría de las constituciones del hemisferio de los derechos individuales con cierta analogía.

Los derechos humanos llegan a su consagración como podemos verlos plasmados en la actualidad, transitando claramente dos etapas, una la de las declaraciones, y la posterior, la de los tratados. En la primera etapa, los derechos humanos fueron explicitados en las resoluciones, no vinculantes, cuyo contenido puede convertirse en obligatorio en tanto exprese o contenga una fuente de Derecho Internacional. En un momento posterior, los derechos son plasmados en tratados, éstos sí instrumentos jurídicos obligatorios por naturaleza para quienes hayan manifestado su adhesión, de carácter universales y regionales, referidos a un conjunto de derechos o a uno en particular<sup>15</sup>.

## 7. La seguridad social y los instrumentos internacionales

Pasando revista a los instrumentos internacionales en materia de

<sup>15</sup> PINTO, *Temas...* cit.

derechos humanos, incluidos en la enumeración constitucional, surgen de sus textos algunas referencias explícitas y vinculaciones con la seguridad social.

1. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948, París.

Artículo 22:

“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”.

Artículo 25:

“1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

2. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

Artículo XI – *Derecho a la preservación de la salud y al bienestar*:

“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

Artículo XVI – *Derecho a la seguridad social*:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

3. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cul-*

*turales*. Ratificación y adhesión por la Asamblea General, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966. Vigencia: 1976.

Artículo 9º:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

4. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José de Costa Rica, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Vigencia: 18 de julio de 1978.

Capítulo III – *Derechos económicos, sociales y culturales*.

Artículo 26 – *Desarrollo progresivo*:

“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 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, comúnmente conocido como Protocolo de San Salvador, adoptado por la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1988, en vigencia desde 1999 con la ratificación de once Estados, y ratificado por Argentina en 2003.

Artículo 9º – *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”.

Artículo 17:

“Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica...”

6. *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1979, y vigente desde el 3 de septiembre de 1981.

Artículo 11, inciso 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”.

## **8. El sistema interamericano de derechos humanos y la seguridad social**

No encontramos en la Carta de la Organización de Estados Americanos una mención directa a un derecho a la seguridad social, por ello resulta necesario derivar su existencia de las normas de dicho instrumento.

En la Carta existen alusiones, algunas de ellas explícitas, que permiten suponer su reconocimiento.

- a) Artículo 45, inciso h: se incluye, entre las condiciones necesarias para lograr un orden social justo, el “desarrollo de una política eficiente de seguridad social”.
- b) Artículo 46: se dispone la necesidad de armonizar la legislación social de los Estados miembros, en especial en el área laboral y de la seguridad social.
- c) En los principios de la Organización encontramos la inclusión de la seguridad social “como base de una paz duradera”.
- d) Artículo 54, inciso d: entre otras menciones, se hace referencia en forma implícita a las instituciones típicas de la seguridad social, que aseguran el mantenimiento de un ingreso en caso de existir alguna de las contingencias que interrumpen la prestación laboral (vejez, invalidez, desempleo o maternidad).

De estas menciones puede “derivarse” un derecho a la seguridad social. Acudir a otros instrumentos internacionales es útil a efectos de dar unidad a estas menciones dispersas, y para concretar el contenido del derecho resulta necesario acudir a otras normas internacionales, dado lo escueto de los textos de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana.

La Declaración Americana, en su artículo XVI, establece que “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Por otra parte, en el PIDESC, y también en el Protocolo de San Salvador, en los artículos 9º de ambos cuerpos normativos se hace referencia expresa al derecho a la seguridad social. En el artículo 9º del primero sólo se nombra el derecho, y en el artículo 9º del Protocolo de San Salvador se especifican las contingencias que deben tener cobertura (vejez, incapacidad, desamparo por muerte), la extensión del beneficio a los dependientes del causante en caso de muerte, y también algunas bases para determinar la extensión de la cobertura en caso de accidente de trabajo, enfermedad profesional y maternidad.

### 8.1. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*

El proceso de codificación que desemboca en la Convención Americana priorizó claramente los derechos civiles y políticos, y reservó a los DESC un acotado espacio en el texto, una norma, el artículo 26, caracterizado como de “desarrollo progresivo”<sup>16</sup>.

#### Artículo 26 – *Desarrollo progresivo*:

“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 Pro-

<sup>16</sup> El fundamento de esta disposición debería buscarse en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

toloco de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Es ésta la única norma del capítulo sobre derechos económicos, sociales y culturales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>17</sup>.

El artículo sugiere que la existencia de normas en la Carta de la OEA –reformada por el Protocolo de Buenos Aires<sup>18</sup>–, si bien no consagran directamente derechos, pueden constituirse en fuente de derechos en la medida en que éstos se deriven de aquéllas.

Establecer el alcance de la remisión hecha por el artículo 26 requiere, según Courtis, de dos pasos hermenéuticos: en primer lugar determinar cuáles son 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”, y en un segundo momento definir a partir de allí cuáles son los “derechos que se derivan” de esas normas<sup>19</sup>.

Sin perjuicio de ello, la identificación de un derecho por esta vía no agota el problema de la determinación del contenido del derecho derivado. De los propios objetivos y medidas de políticas públicas establecidas por la Carta de la OEA se puede, en algún caso, asignar contenido al derecho, aunque difícilmente lo sea de manera completa; en otros casos apenas alcanzará para identificar un derecho por su nombre, como el derecho a la seguridad social, o a la salud.

<sup>17</sup> COURTIS, Christian, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Una versión previa de este artículo fue publicada en COURTIS, Christian; HAUSER, Denise y RODRÍGUEZ HUERTA, Gabriela (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa-ITAM, México, 2005, ps. 1-66, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

<sup>18</sup> La Carta de la OEA sufrió varias otras reformas, por vía del Protocolo de Cartagena (1985), el Protocolo de Washington (1992) y el Protocolo de Managua (1993); algún autor sugiere la necesidad de entender el texto en el sentido de incorporar a la remisión las demás modificaciones, y no sólo la producida por vía del Protocolo de Buenos Aires de 1967, pero en realidad es poco significativo, ya que la Carta de la OEA, consideradas todas sus reformas, mantiene básicamente el mismo contenido incorporado por el Protocolo de Buenos Aires en materia de normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

<sup>19</sup> COURTIS, ob. cit.

Para la determinación del contenido (las facultades, mandatos y prohibiciones que nacen a partir de reconocerlo) de esos derechos identificados, la base textual es la Carta de la OEA, y será necesario entonces recurrir a otras fuentes, comenzando por los otros instrumentos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, y también a la interpretación que sobre ellos realizaron los órganos de supervisión de los instrumentos.

### 8.2. *Exigibilidad de los DESC*

Se sostiene que el contenido del artículo 26 es producto del interés de los Estados por incorporar una mención directa a los derechos económicos, sociales y culturales, dándoles “la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados americanos”. Y también se propuso “hacer posible la ejecución de dichos derechos mediante la acción de los tribunales”<sup>20</sup>.

Se indica como observación pertinente que el artículo 26 se encuentra en el Capítulo III, *Derechos económicos, sociales y culturales*, junto con el Capítulo II, artículos 3° a 25, *Derechos civiles y políticos*, y a ambos se refiere el Capítulo I, artículos 1° y 2°, *Enumeración de deberes*, estableciendo las obligaciones generales de los *Deberes de los Estados y derechos protegidos*, de la Parte I.

### 8.3. *Afectación generalizada y no aislada*

Los DESC tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de esos derechos, y de determinados derechos en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de circunstancias de un muy limitado grupo de “pensionistas” no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> “Acevedo Buendía y otros (‘cesantes y jubilados de la contraloría’) vs. Perú”, sent. del 1-7-2009, párr. 99, citando Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 7/22-11-69), Actas y Documentos.

<sup>21</sup> “Cinco Pensionistas vs. Perú”, sent. del 28-2-2003 (Fondo de Reparaciones y

#### 8.4. *El desarrollo progresivo*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos observa que el desarrollo progresivo de los DESC ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, al indicar que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo”, agregando que se “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país el asegurar dicha efectividad”. El accionar del Estado estará signado por la obligación de hacer –adoptar providencias y brindar los medios necesarios– para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, en la medida de los recursos (económicos y financieros) disponibles para el cumplimiento del compromiso internacional adquirido<sup>22</sup>.

#### 8.5. *Deber de no regresividad*

Existe en lo dicho anteriormente una clara consecuencia, el deber de no regresividad, claro que condicionado, y al decir de algunos autores no siempre debe ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho<sup>23</sup>.

Desde una posición diferente sobre esa interpretación se sostiene que el principio de no regresividad implica que no es constitucionalmente posible desmejorar las normas que rigen con carácter general en materia social, pero también significa que no es factible desmejorar aquellas que rigen para un colectivo laboral determinado<sup>24</sup>.

Costas), párr. 147, citando U. N. Doc. E/1991/23, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General Nº 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párr. 1 del art. 2º del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990, punto 9.

<sup>22</sup> LARSEN, Pablo, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis de la aplicación de la primera parte de la Convención Americana de Derechos Humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

<sup>23</sup> LARSEN, ob. cit.

<sup>24</sup> CORNAGLIA, Ricardo, *El vínculo entre los principios de indemnidad del trabajador y progresividad*, en *Estudios de Teoría Crítica del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2006, ps. 97 y ss.

El Comité de DESC de Naciones Unidas señaló que “las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC, y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga”<sup>25</sup>.

Ramírez Bosco trata el tema bajo la denominación de principio de irregresividad, preferida por su expresividad, significando con esta palabra que no se está pensando en una noción matizada o relativa de la progresividad, “sino [en] la exigencia irrestricta de que los derechos laborales mantengan una secuencia invariablemente creciente”. Agregando que eso se contrapone con la idea de que todo Derecho Laboral que se ubique por sobre la norma del Derecho común es satisfactoriamente constitucional (protectorio), sin importar que resulte mayor o menor que otros anteriores<sup>26</sup>.

#### 8.6. *El máximo de recursos disponibles*

En el referido artículo 26 y en otras normas internacionales<sup>27</sup> se obliga a los Estados partes de los tratados a la promoción progresiva de los DESC, hasta el máximo de los recursos disponibles.

Mientras algunos pudieran pensar que la fórmula concede a los Estados partes una amplia discrecionalidad política para disponer de

<sup>25</sup> LARSEN, ob. cit.

<sup>26</sup> RAMÍREZ BOSCO, Luis, *El principio de progresividad y de irregresividad*, en *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, La Ley, Buenos Aires, vol. I, p. 332.

<sup>27</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, art. 4º: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas *hasta el máximo de los recursos de que dispongan* y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, art. 2º: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, *especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga*, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

los recursos destinados a los derechos sociales, Bidart Campos reacciona contra esa interpretación descalificándola al considerarla torcida, ya que los derechos sociales son derechos humanos, y como tales gozan de una prioridad imperativa y exigible que implica el deber de asignarles el máximo posible de recursos<sup>28</sup>.

Para el autor el tope deberá surgir de una escala axiológica que lo impondrá como necesario y debido, y no como resultado de uno fijado arbitrariamente por el Estado. Ese máximo “disponible” surgirá de una evaluación objetiva, en la que se priorizará lo más valioso y se escalona desde allí lo menos valioso; hace referencia aquí al *orden axiológico de los gastos públicos*, que se debe construir a partir de las necesidades básicas que resultan vitales para las personas en orden a sus derechos sociales.

Duarte<sup>29</sup> critica la postura de quienes sostienen que las normas de los DESC son programáticas, e invocan “...que serán posibles sólo en la medida de los recursos con que se cuenten”, ya que crea “un muro, una regla de imposibilidad material...”, sin advertir a su juicio que dicha regla de la Convención Americana debe ser complementada con “el máximo de los recursos con que se cuente”, conforme surge del PIDESC.

Resulta ineludible recurrir a la Declaración sobre la evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto<sup>30</sup>, donde se establece que el Comité de DESC –cuando un Estado parte aduzca limitaciones de recursos para explicar cualquier medida regresiva que hubiera adoptado– examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país y con arreglo a ciertos criterios

<sup>28</sup> BIDART CAMPOS, *El orden socioeconómico en la Constitución* cit., p. 341.

<sup>29</sup> DUARTE, David, *Paralelismo del Derecho del Trabajo y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Trabajo y derechos*, Platense, La Plata, 2014, ps. 561 a 679. Cita allí, con la posición criticada, a: VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *La CSJN, en la causa “Aquino”, en lo substancial, más allá del uso de ciertas expresiones abstractas, no ha modificado la doctrina del caso “Gorosito”*, en *Revista de Derecho Laboral*, Número extraordinario, 2004, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 128, nota 31; RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Derechos fundamentales y las relaciones laborales*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 8, nota 10.

<sup>30</sup> E/C 12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21-9-2007.

objetivos: a) el nivel de desarrollo del país; b) la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo, y f) si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto.

## 9. Conclusiones

Los derechos económicos, sociales y culturales son derechos humanos vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la alimentación, la salud, la vivienda, la seguridad social, la educación, la cultura, el agua y el medio ambiente. Estos derechos consagrados en los instrumentos internacionales se han consolidado como herramientas jurídicas, que en algunas circunstancias resultan útiles para revertir situaciones dramáticas que padece la población.

En la Argentina, la incorporación de los tratados internacionales en la reforma constitucional de 1994 incluye diez instrumentos internacionales, ocho tratados y dos declaraciones que contienen Derecho consuetudinario, y perfilan un estatuto privilegiado que supone una igualdad material entre las normas de dichos instrumentos y las normas constitucionales. Como consecuencia inmediata supone ampliar las causales del recurso extraordinario del artículo 14 de la ley 48, y obligar a los magistrados a no omitir los instrumentos incorporados entre las fuentes de sus sentencias.

La recepción de la letra del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en algunos fallos de la CSJN no ha generado coincidencia sobre la trascendencia de los mismos, en especial dentro de los labo-

ralistas. Para algunos autores la jurisprudencia del más alto tribunal significó un cambio de paradigma a partir de la nueva integración de la Corte en 2004, con los pronunciamientos en los casos “Vizzoti”, “Aquino”, “Milone”, “Madorrán” y otros, con los que se incorporan los textos de derechos humanos a las relaciones laborales<sup>31</sup>. Mientras que para otros debe tenerse presente que en el fallo “Aquino”, el voto que comenzó la sentencia, con la aparente intención de ser el mayoritario cuando no unánime, hace mérito en el deber de no regresividad de las normas, y cita el PIDESC, pero no logró la adhesión de otros tres jueces que si bien coincidieron con el resultado del pronunciamiento, lo hicieron con otros fundamentos<sup>32</sup>.

En materia de seguridad social, son pocas las normas que surgen de los instrumentos internacionales, y se debe llegar a ellas a través de la remisión hecha por el artículo 26 de la Convención Americana, en dos pasos hermenéuticos: en primer lugar determinar cuáles son 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”, y en un segundo momento definir a partir de allí cuáles son los “derechos que se derivan” de esas normas.

La jurisprudencia referida a la seguridad social, que incorpora las normas internacionales de derechos humanos y su relación con las leyes internas, tampoco es abundante, pero se destacan algunos pocos fallos, entre ellos “Chocobar” y “Sánchez”, en materia de movilidad de las prestaciones jubilatorias, si bien con resultados opuestos en el contenido de los fallos.

En “Chocobar” la mayoría adoptó una interpretación restrictiva de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional: la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 22 que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social [...] habida cuenta de la organización y los recursos

<sup>31</sup> DUARTE, David, *El principio de progresividad y el Derecho del Trabajo*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2014-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; DUARTE, ob. cit.; CORNAGLIA, ob. cit.

<sup>32</sup> ACKERMAN, Mario, *El llamado principio de progresividad y la jurisprudencia de la CSJN*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2014-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

de cada Estado...” En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone en su artículo 26 que “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias [...] para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación [...] en la medida de los recursos disponibles...” De ambas normas, la mayoría de la Corte destacó que la obligación estatal de satisfacer el contenido económico de la movilidad jubilatoria encuentra el límite en las concretas posibilidades de cada Estado. Es decir, que entendió aquellas cláusulas para limitar el alcance de los derechos de la clase pasiva.

La resolución de la Corte en el caso “Sánchez, M. c/ANSeS s/Reajustes” fue dictada casi nueve años después del precedente “Chocobar”, y cuando la integración de la Corte cambió sustancialmente, pues ya no componían el tribunal cuatro de los cinco jueces que conformaron la mayoría en ese caso: Nazareno, Moliné O’Connor, Vázquez y López; y así, la disidencia de los ministros Petracchi, Belluscio y Fayt en “Chocobar” es el criterio que prevaleció en esta nueva decisión<sup>33</sup>.

Aquí se dice que la consideración de los recursos disponibles de cada Estado constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por los instrumentos internacionales, pero no puede ser una excusa para desconocer o retacear los derechos vigentes. Y no se puede hacer una interpretación de aquellas normas que importe una regresión en el reconocimiento de los derechos constitucionales. Es decir, reconocimiento de menos derechos de los que anteriormente poseían, en especial un sector de la sociedad desprotegido como lo es la clase pasiva<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Conformaron la mayoría de esta decisión los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Elaboraron su propio voto concurrente los jueces Maqueda, Zaffaroni y Argibay. En disidencia votó Boggiano quien, como se dijo, mantuvo su criterio del caso “Chocobar”.

<sup>34</sup> La cláusula de los instrumentos internacionales que vincula los beneficios sociales con los recursos disponibles nunca puede entenderse como una directriz para limitar el contenido económico de la movilidad jubilatoria. La prohibición de realizar ese tipo de interpretación se encuentra vedada por el art. 29.b de la propia Convención que impide aplicarla en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho

Sin perjuicio de ello, en el voto de Maqueda que integra la mayoría, con otras consideraciones, se destaca que “El reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de estos derechos destierra definitivamente interpretaciones o medidas que puedan ser consideradas regresivas en la materia (art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) [...] En el orden constitucional argentino, las consignas en la materia *sub examine* a partir de lo dispuesto en el artículo precedentemente mencionado se profundizan con lo establecido en el artículo 75, inciso 23 de la norma fundamental, ya que el constituyente reformador de 1994 ha introducido las acciones positivas con el fin de garantizar 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 y, en lo que respecta a la cuestión en debate, en particular respecto de los ancianos. *Esta norma constitucional fortalece la vigencia del principio de progresividad en la materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica dé un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos*”.

En este voto, se resalta que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Protocolo de San Salvador”, establece en el artículo 9° el derecho a la seguridad social, disponiendo que toda persona debe gozar “de la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa...” Y a tales efectos, el artículo 1° de dicho Protocolo dispone la obligación de los Estados partes de adoptar todas las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el documento. Esta norma encuentra su correlato en el artículo 19 del Protocolo, en el cual el principio de progresividad se encuentra protegido mediante la estipulación de informes periódicos que den cuenta de las medidas adoptadas.

o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Y es aquí donde debemos citar lo resuelto a propuesta de la representación argentina, en la AG/Res. 2074 (XXXV-O/05), sobre las *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador* (aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7-6-2005), en la cual se incluyó la siguiente disposición: “5.1. A los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural”.

En definitiva, no parece difícil encontrar relaciones y fuertes vinculaciones entre el campo de los derechos humanos y los principios que orientan –o debieran hacerlo– las políticas sociales y estrategias de desarrollo. Que ambos ámbitos se encuentren dependerá en gran medida de la lógica que impere en la formulación de las políticas públicas y los niveles de universalidad, transparencia, efectividad y fiscalización.

Resultará fundamental el rol que puedan cumplir los órganos de supervisión internacional de derechos humanos, a partir de la fijación de estándares mínimos, más claros y precisos, en materia de seguridad social, y que puedan servir como marco para la definición, implementación y evaluación de las políticas sociales, y funcionen también como un criterio común para facilitar la fiscalización de esas políticas por las instancias de control institucional, como los sistemas de justicia, y hasta por la propia sociedad.

Dicho esto en el camino de establecer las bases sólidas para el ejercicio de los derechos, que muchas veces parecen no tener las correlativas obligaciones o definido claramente quién debe cumplirlas; en caso contrario sabemos que las víctimas de la legislación incompleta son normalmente las mismas personas a quienes se aseguran derechos.

Porque como apunta Guibourg: “El centro del problema actual es, como nunca lo fue en el pasado, el acceso al ingreso [...] Si no se garantiza el ingreso ni se reducen las desigualdades, pues, cualquier discurso sobre derechos humanos corre el riesgo de convertirse primero en una ingenuidad bien intencionada y más tarde en una burla cínica”<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> GUIBOURG, *El neoconstitucionalismo y los derechos humanos* cit.



# LA CRISIS DE LOS PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS. LA LABOR DEL JURISTA

por ADRIANA A. MICALE<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Procesos de reforma. 3. El rol de los principios. 4. Financiamiento y protección. 5. El rol del jurista. 6. Reformas. 7. El principio de progresividad y la seguridad social. 8. Positivismo y justicia. 9. Procedimientos de control. 10. Conclusión.

## 1. Introducción

Los principios de la seguridad social, como tales, deberían ser inmutables y atravesar la evolución de los sistemas a través del tiempo, de modo tal que puedan cumplir con el ideario de generar directrices sobre las cuales deben sostenerse los derechos fundamentales que protege la disciplina.

<sup>1</sup> Abogada con especialización en Administración Pública. Magíster Universitaria en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social. Magíster en Prevención y Protección de Riesgos Laborales, de la Universidad de Alcalá de Henares y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Magíster en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa, Universidad de Castilla-La Mancha. Especializada en Políticas de Seguridad Social para América Latina en OIT y Universidad de Turín. Posgrado de Especialización en “Constitución Social y Derechos Humanos Laborales. Tendencias globales en la etapa actual”, Universidad de Castilla-La Mancha. Profesora adjunta regular por concurso de la Facultad de Derecho de la UBA y profesora en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesora de Posgrado invitada en universidades nacionales y extranjeras. Publicista.

Sin embargo, a poco que se analiza la mecánica de funcionamiento de los sistemas en el Derecho Comparado, queda acabadamente demostrado que los principios basales no resisten a las políticas económicas, que lógicamente pretenden su sostenimiento financiero, en aras a la sobrevivencia de los mismos.

Así vemos que la universalidad deja de contener al conglomerado universal, la igualdad deja de ser la garantía que preserva la medida de los derechos de quienes son iguales, la integralidad se embate ante la insuficiencia de los recursos, la subsidiariedad se corre de la centralidad, como consecuencia de los déficits de la empleabilidad, la solidaridad se aleja de la generosidad complaciente, la obligatoriedad se plantea casi voluntaria, la inmediatez cada vez más mediata, y la progresividad en vez de crecimiento en los derechos, se transforma en regresividad frente a la mutilación o su achicamiento.

## **2. Procesos de reforma**

Lo antedicho no implica desconocer que los procesos de reforma en materia de seguridad social obedecen desde su nacimiento en el siglo XIX a una necesidad que determina la adecuación de su vigencia, entendida como el cumplimiento de sus objetivos estructurales que le permitan atender las necesidades contingentes de la población a la que deben cubrir.

Por tanto, su existencia misma requiere de una adecuación sostenida ligada a la posibilidad de que las fuentes de financiamiento sean lo suficientemente genuinas para poder sostener con sus recursos el pago de las prestaciones que atienden dichas contingencias. Y es en este punto donde se debaten los dilemas que subyacen al paradigma de los principios con las respuestas economicistas de la sustentabilidad.

La problemática descrita es común en los países de Europa y en los de América, cursándose procesos no siempre coincidentes en la búsqueda de las soluciones.

Los procesos de reforma de la seguridad social, sin embargo, responden a las necesidades de dar soluciones básicas de protección, las que cada vez están más lejos de las necesidades de las personas.

Por su origen, tal como se lo señala<sup>2</sup>, “la seguridad social es una institución típicamente europea al nacer en la Europa de finales del siglo XIX, y su éxito es también eminentemente europeo al consolidarse en el Viejo Continente después de 1945; de hecho, en la segunda mitad del siglo XX el modelo europeo de protección social ha sido uno de los elementos determinantes del denominado Estado del Bienestar”.

Si bien no hay dudas de que el Estado del bienestar es una realización nacional, o si se quiere estatal, tampoco puede olvidarse otro fenómeno genuinamente europeo, la integración supranacional, cuya evolución es contemporánea, la que ha contribuido a perfilar, consolidar y mantener este modelo de sociedad. Y si bien esos modelos han tratado de sostenerse, las crisis económicas los desdibujan.

Hablar de seguridad social siempre es imprescindible, porque las garantías del hombre y la mujer aun cuando trabajan no son suficientes si no están al resguardo de los paradigmas y el establecimiento sustantivo que ella otorga.

Y está garantizada por los principios que se enraízan en derechos sustantivos, que cuando no se cumplen efectivamente es necesario lograrlos a través de los procesos generales, especiales, locales o internacionales que son los que deben nutrir la eficacia de la realización de los derechos.

Esto nos lleva a reflexionar más profundamente sobre el rol que ocupan los principios, en tanto su crisis se pone de manifiesto recurrentemente, sin cuidado alguno en tanto no ocupan su debida prioridad. ¿Son directrices que informan una materia? ¿Operan como fuente? ¿Sirven para cubrir lagunas normativas?

### 3. El rol de los principios

Sobre el rol de los principios, aunque parezca una obviedad, no escapan por cierto a las reglas de los principios generales del Derecho, por tanto son enunciados normativos que expresan un juicio deonto-

<sup>2</sup> ORDOÑEZ SOLÍS, David, *Seguridad Social y Unión Europea: las nuevas perspectivas de la protección social en Europa*.

lógico acerca de la conducta a seguir en cierta situación o sobre otras normas del ordenamiento jurídico. Y si de juicio deontológico hablamos, no es posible alejarse de la idea de deber u obligación.

Por ello, cada uno de estos principios constituye un criterio que expresa un deber de conducta para los individuos, por tanto así el principio es un estándar para el resto de las normas.

El hacer cumplir los deberes del individuo es una prioridad, no constituye una mera abstracción y, por ende, en el diseño de las políticas públicas que necesariamente sustentan el establecimiento de la seguridad social deben estar presentes, desarrollados en avance y garantizada su administración por quien tiene la obligación de hacer efectivos los derechos sustantivos y procesales<sup>3</sup>, en este caso en materia de seguridad social, arbitrando mecanismos de protección.

La seguridad social, en su función protectoria, cumple un rol determinante en tanto debe neutralizar con su función a las teorías que al explicar las causas de la desigualdad dividen a aquellos que las justifican como inevitables (por motivos socioeconómicos), considerándolas naturales (darwinismo social, globalización), de los que consideran que, como existen causas sociales, económicas y políticas que influyen decisivamente en la desigualdad, sólo puede modificarse el rumbo si esas causas se modifican.

Si se considera que la desigualdad tiene causas sociales, se hace hincapié muchas veces en la educación para modificar a corto o largo plazo la realidad social, o se considera que son causas económicas, y por tanto se proponen mejoras, que en ese sentido tienden a una mejor distribución de la renta, aumento de la productividad, mayor competitividad, etcétera. También se suele destacar el carácter de la desigualdad de derechos sociales, los cuales por ley deberían ser de acceso a todos los ciudadanos de un país, pero que por diversas causas no tienen plena cobertura. Los derechos sociales cumplen con la función de asegurar igualdad de oportunidades sin importar el nivel de ingreso de un hogar. Pero si no tienen plena cobertura o la misma calidad, acenúan la desigualdad de ingreso; la desigualdad económica está rela-

<sup>3</sup> Más adelante desarrollado, en cuanto debe cumplir con las características del Derecho fondal.

cionada con la idea de igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados, tanto en términos utilitarios como morales.

Y es en este punto donde tallan con todo rigor las necesidades de registrar los caminos que indican la evaluación filosófica-jurídica, pues mediante el Derecho los hombres tratan de conseguir una situación de certeza y de seguridad, es decir de orden y de paz en las relaciones sociales, donde se descarten los caprichos del individuo y la irrupción fortuita de la fuerza, lo que en definitiva aspira a que la situación de reforma o cambio, además de pacífica y ordenada, sea justa<sup>4</sup>.

Aquí es donde están en juego los temas principales de la Filosofía del Derecho. Por otra parte el desarrollo y la transformación de las circunstancias históricas y de las estructuras sociales promueven la urgencia de cambios en la ordenación jurídica, pero que no deben –a sabiendas de que pueden– poner en peligro la estabilidad del orden y de la paz. Vale decir que la preocupación de conciliar un orden cierto y seguro con los requerimientos de la justicia en cualquier caso es imprescindible.

Por tanto, el valor de los principios o directrices, siguiendo al autor referenciado, vale para todas las situaciones y los métodos deben someterse, en tanto imperan para ir aplicando o adaptando las normas y sus efectos, en suma, a la vigencia de aquéllos. Este razonamiento, que se torna en paradigma si es seguido, ejerce un poderoso influjo sobre la formación de las leyes y sobre la práctica de los tribunales.

Por tanto cabe afirmar que en gran medida la historia del Derecho va ligada a la historia del pensamiento filosófico jurídico, tal como se evidenció en el Derecho Romano por la labor de los jurisconsultos<sup>5</sup>.

Las diferentes doctrinas de Filosofía social y política de los siglos XIX y XX albergan con gran influencia la denominada estimativa jurídica; abrevada en esta lógica pareciera entonces que son la fuente

<sup>4</sup> RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México.

<sup>5</sup> Los jurisconsultos inspiraban en el Derecho Romano la función interpretativa en la idea de Derecho natural y *ratio legis* basada en la doctrina de que el precepto jurídico se trata de una expresión de la razón.

que inspiró los cimientos de una seguridad social que, lejos de batirse por las políticas económicas, cimentó un verdadero derecho de protección.

Ahora bien, tal como lo expresa en su ensayo Carlos Alberto Urteaga Regal<sup>6</sup>, hay que precisar de una vez que la interrelación e importancia que podemos encontrar entre los estudios estimativos y el Derecho no se dan sólo desde la dirección filosófica, sino que, además, el sentido provechoso parte también de la compleja problemática jurídica. Así lo entiende Ascoli cuando expresa: "...aun los juristas más ciegos para la perspectiva filosófica han reconocido que la ciencia del Derecho positivo desemboca en la Filosofía en tres momentos: con las lagunas del orden jurídico, con la interpretación de la ley y con los principios generales del Derecho"<sup>7</sup>.

Por tanto si las normas desoyen los principios que informan el plexo de derechos, no caben dudas de que la resolución positiva esté alejándose de la estimativa que necesariamente debe propender a su cumplimiento.

#### 4. Financiamiento y protección

Los países con mayores desigualdades económicas son los que tienen mayores problemas de salud mental y drogas, menores niveles de salud física y menor esperanza de vida, peores rendimientos académicos, y mayores índices de embarazos juveniles no deseados. En esos

<sup>6</sup> *Filosofía y Axiología: Primeras anotaciones para una justificación de la Axiología jurídica.*

<sup>7</sup> ASCOLI, Max, *La interpretazione delle leggi*, Athenaeum, Roma, 1928, p. 10, cit. por COSSIO, Carlos, *La valoración jurídica y la ciencia del Derecho*, Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 30. Argumenta Miró Quesada Centurias que resulta imposible desvincular el mundo de los valores del Derecho. De ahí la relación de éste con la Filosofía. Es justamente el problema de la justicia, de la dignidad humana, de la hermenéutica, cuestiones que rebasan el ámbito científico. En consecuencia, es muy importante que los juristas tengan formación filosófica. Cfr. *Intervención del profesor Francisco Miró Quesada Centurias en el Acto de Presentación del libro "Derecho de las personas" del profesor Carlos Fernández Sessarego*, en *Estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber Pezet*, Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 418.

casos también se comprobó que no es el nivel de renta sino la desigualdad económica el factor explicativo principal. Por lo que los autores de dicho estudio concluyen que entre los países más desarrollados, los más igualitarios obtienen un mejor comportamiento en una serie amplia de índices de bienestar social<sup>8</sup>.

La discusión economicista pura de fondo sigue siendo si tanto en épocas de crecimiento como de crisis es mejor repartir (propuesta keynesiana: más igualdad = más crecimiento) que esperar a que sea más grande el ingreso para repartir (propuesta clásica de los defensores del libre mercado: menos costos = más crecimiento).

Como ya se expresó, para muchos autores la teoría económica demuestra que es la desigualdad social (desigual en la distribución de la renta) la que conduce a las crisis; lejos se está entonces de arribar a soluciones que se enmarquen en respuestas meramente financieras si no se compatibilizan con el bienestar de las personas, dado que los métodos tradicionales de la modernidad conocida no se adecuan a las nuevas tecnologías que posicionan al empleo en un lugar más distante de ser la fuente de los recursos. Por tanto, si a esta incontrastable realidad se la alía cada vez más con el alejamiento de la directriz *ius filosofica*, difícilmente se hallen respuestas que acerquen solución a la protección cuando es necesaria.

Es cierto, según lo expresa Recaséns Siches, que desde fines del siglo XX la producción de la Filosofía jurídica en épocas de conquistas técnicas de primera magnitud sólo ha ocupado un espacio académico y ha influido relativamente poco en la evolución real del Derecho positivo. Y frente a las reformas que en materia de seguridad social se tornan regresivas en cuanto a la estabilidad de los derechos podemos adicionar que si se retrogradan o anulan derechos, teniendo en cuenta el sujeto vulnerable que es a quien van dirigidas, rompen con la estructura en la que el jurista puede y debe colaborar.

## 5. El rol del jurista

La obra de los juristas ha actuado muchísimas veces como impor-

<sup>8</sup> WILKINSON, R. y PICKETT, K., *Desigualdad. Un análisis de la (in)felicidad colectiva*, Turner, Madrid, 2009.

tantísimo factor en el progreso jurídico, haciendo mucho para adecuar el resultado de su tarea a las exigencias de la justicia. Existe por tanto una diferencia entre la tarea del jurista en sentido estricto y la función de orientar la legislación y la reforma del Derecho positivo. En este aspecto hallamos una de las limitaciones de la función estricta del jurista, en tanto que jurista y nada más que como jurista, porque quien sea jurista puede y debe ser algo más, es decir, puede y debe plantearse la crítica de las normas vigentes y meditar sobre las directrices para su reelaboración progresiva, pero cuando esto sucede no se ejerce propiamente como jurista sino como orientador de la legislación futura, en tanto no le es lícito sustituir la norma vigente por un criterio suyo personal, por superior que éste pueda ser.

Esto no impide que su labor esté al estricto servicio del Derecho positivo vigente, y que más allá de su oficio medite sobre las fallas de las reglas en vigor y señale las reformas que son de debida y oportuna introducción en los preceptos vigentes, o dicho en otras palabras independientemente de la profesión jurídica en sentido estricto, orientar las futuras normas, que contengan las directrices y principios que lo informan. Por tanto nadie está en mejores condiciones que éste para llevarlo a cabo porque el jurista es quien posee más amplio y profundo conocimiento de los defectos del Derecho positivo, y puede orientar con mayor y más certera capacidad que cualquier otra gente sobre las reformas que convengan introducir en el Derecho vigente.

## 6. Reformas

En materia de protección (objeto puro de la seguridad social), reformar no debe implicar resignar derechos. Las políticas de seguridad social deben así nutrirse de la labor del jurista que arbitre la vigencia de la protección, diferenciando las crisis financieras de la crisis de los principios, en tanto su confusión modificaría terminantemente su función.

A modo de ejemplo, tal como lo expresara Alfredo Montoya Melgar<sup>9</sup>, hablar de las reformas de la seguridad social es tanto como trazar

<sup>9</sup> Prólogo, *La reforma de la seguridad social (El acuerdo del 13-7-2006 y su ulterior desarrollo normativo)*, Bomarzo.

la historia de ésta, partiendo del gran hito que fue la sustitución de los seguros sociales (primero regidos por el principio de libertad subsidiada, luego obligatorios, por el auténtico sistema de seguridad social). Así procede recordar en España cómo la ley base de 1963 anunciaba un nuevo modelo de solidaridad nacional presidido por unas directrices centrales: la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de las entidades gestoras, la supresión del ánimo de lucro en la gestión, la conjunta consideración de las situaciones y contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero y la acentuación de la participación del Estado en la financiación del sistema. Articulada la ley de bases en 1966, el llamado dinamismo de la seguridad social no tardó en exigir la readaptación de la ley a las nuevas exigencias, y así se sucedieron la ley 24/1972 de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social, ley que juntamente con el texto articulado de 1966 y otras disposiciones de rango legal fue objeto de una refundición plasmada en el texto aprobado por el decreto 2065/74. Y en vísperas de la aprobación de la Constitución, con el decreto-ley 36/78 sobre Gestión Institucional de la Seguridad Social, generándose una profunda reforma de las estructuras gestoras con una gran simplificación y racionalización, se eliminaron y crearon entes, lo que desembocó en el enguimiento de la Tesorería General como caja única del sistema.

Si bien han sido intensas y en algunos casos polémicas, al decir del citado autor, las reformas de los años 80 marcadas por graves incertidumbres sobre la viabilidad financiera del sistema, cuya salud financiera se presentaba amenazada por el incremento de los costos por el envejecimiento tardío, el desempleo, la disminución de la natalidad y el encarecimiento de las prestaciones sanitarias, se ha debido acorralar el problema; y aunque no se llegó a la reforma en forma consensuada, la ley 26/85 reforzó el carácter contributivo, ampliando el período de cotización y los años computables para el cálculo de la base de las pensiones, lo que se complementa con la creación del Sistema Nacional de Salud en 1986 y de los planes y fondos de pensiones en 1987. No fue menor la ley de presupuestos para 1989 que promovió la separación de las fuentes de financiación de la seguridad

social siguiendo un criterio finalista, distinguiendo entre prestaciones contributivas y financiadas mediante impuestos.

Lamentablemente todas estas reformas no alcanzaron para que en la década de los '90 los graves problemas económicos y de empleo hicieran causa para que en 1992 los partidos parlamentarios tuvieran que plantearse la necesidad de una reforma profunda que disipara los temores de quiebre del sistema de protección, así al tiempo que se preparaba un texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en 1994, la que fue precedida de varias normas importantes como lo fueron las leyes de prestaciones no contributivas de 1990, las medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección frente al desempleo de 1992 y la de protección frente al desempleo de 1993, coronándose con la adopción del llamado Pacto de Toledo, acuerdo político celebrado en abril de 1995, el que sin límite temporal fue renovado en octubre de 2003 con los objetivos clave de: consolidar el modelo básico de seguridad social, aunque introduciendo reformas graduales sobre todo en materia de pensiones; confirmar la validez del régimen de reparto sobre el de capitalización, la profundización en la diferenciación de las fuentes financieras, con acercamiento de las cotizaciones a la base real de la remuneración y acentuado el control de las prestaciones<sup>10</sup>.

Fue un pacto político, que pudo ser concretado a partir de la suscripción del Pacto Social firmado por el gobierno español y los sindicatos el 9 de octubre de 1996, lo que motivó que las legislaciones ulteriores, especialmente la importante ley 24 de 1997 de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, que modificó la Ley General de Seguridad Social de 1994, diera cuenta de lo que se ha dado en llamar “una verdadera legislación negociada”.

Los acuerdos suscritos por el gobierno español y los sindicatos en noviembre de 1998 referidos a la revalorización de las pensiones mínimas, por ejemplo, fueron en su momento fruto del diálogo social y consecuencia del Pacto de Toledo, renovado.

Aunque menos crítica que la situación que se planteó en los prin-

<sup>10</sup> Se ejercieron estrictos controles especialmente sobre las prestaciones en general, pero en particular sobre las de incapacidad temporal, en las que se detectaban abusos o irregularidades en el otorgamiento de las mismas.

cipios de los años noventa, el llamado Acuerdo de 2006 reeditó la necesidad de valorizar alternativas que anunciaron los problemas derivados de la reducción del número de aportantes y del aumento de la cantidad de beneficiarios y del monto de las prestaciones que no podían alcanzar la subsistencia de los beneficiarios. Así, con el antecedente del magno acuerdo<sup>11</sup> se resalta la necesidad de plantear alternativas ante un horizonte conocido, tales como adecuar los ingresos y gastos del sistema con un refuerzo en la contributividad, mejoramiento de la acción protectora no contributiva, mayor proporcionalidad, incapacidad permanente, muerte y supervivencia e incapacidad temporal, incentivos a la prolongación de la vida laboral, actualización de la jubilación parcial y en definitiva racionalización y simplificación de la estructura del sistema de seguridad social, particularmente en lo que se refiere a algunos regímenes especiales, pero sin poner en verdadera crisis a los principios basales.

Señalándose así objetivos continuistas, consecuencia de que los problemas de la sustentabilidad de los sistemas de seguridad social con mayor o menor gravedad en el fondo obedecen a las mismas causas, suelen repetirse, y no por ello obligan a naturalizar la crisis de los principios, lo que irremediablemente lleva entonces a la pauperización de la protección.

En un primer momento se hablaba sobre la crisis del mercado financiero, después sobre la crisis bancaria, y cómo especialmente se transformaba rápidamente en crisis internacional por la caída de Lehman Brothers en los EE. UU.; después se comenzó a hablar de la crisis del euro y posteriormente de la crisis de los endeudamientos nacionales. En definitiva, las crisis económicas han puesto en jaque a los sistemas de protección social, vislumbrándose necesaria la consolidación de un cambio de paradigma, que permita la imprescindible sustentabilidad.

Ese cambio constante, también en parte por la descripción que se

<sup>11</sup> Pacto de Toledo: aprobación por el pleno del Congreso de los Diputados de España, durante la sesión del 6-4-95, del documento previamente aprobado por la Comisión de Presupuestos el 30-3-95, referente al “Análisis de los problemas estructurales del sistema de seguridad social y de las principales reformas que deberán acometerse”.

ha estado haciendo de los motivos de cada una de las sucesivas situaciones que se presentan como causales de las crisis, está teniendo consecuencias y reacciones persistentes y sucesivas para la toma de decisiones políticas que se están utilizando y están sirviendo como justificación para llevar a cabo reformas de cariz ideológico, entre otros.

En los objetivos que se previeron en un principio respecto de lo que hoy se conoce como Estado de bienestar, a través de los seguros sociales, y de la seguridad social después, se pretendía asegurar o proteger en su inicio a determinados grupos de la población, más ahora a toda la población, contra determinados riesgos típicos como la enfermedad, accidentes, invalidez, vejez, la familia y el desempleo, y así sacar a los trabajadores de la población pobre. Ésta ha sido probablemente la aportación más importante de Europa al desarrollo de la sociedad industrial moderna. Fue el resultado de la sociedad industrial capitalista y del paso a una política de masas, que transformó de raíz el carácter de la sociedad europea y obligó a buscar nuevos modos de integración de la sociedad en su conjunto. El camino hacia lo que se conoce como “Estado de bienestar” y “modelo social europeo” se abrió paso en la sociedad europea<sup>12</sup>, lo que fue receptado también en estructuras de cobertura en América Latina. Podría decirse que las sociedades han ido cambiando hacia formas distintas de convivencia y estructuras sociales diferentes, pero los riesgos a los que las personas en términos generales a lo largo de su ciclo vital se tienen que enfrentar no son tan diferentes a través del tiempo, aunque se vayan transformado de forma importante pero no tan radical.

Conviene precisar a este respecto que, a lo largo de todas las crisis, y por cuantiosa que haya podido ser la pérdida de empleo de los hombres, la tasa de desempleo de las mujeres siempre ha sido más alta que la de ellos, aunque también es verdad que ambas tasas de desempleo han ido convergiendo, pues al inicio de las crisis, la tasa de desempleo femenina era más alta que la masculina, mientras que en la actualidad la diferencia entre ambas disminuye. La razón de esta convergencia no es, en vista de los datos, la mejora en el empleo de

<sup>12</sup> FERRERAS ALONSO, Fidel, colaborador del Instituto Max Planck de Múnich, *¿Quién pone los límites al sistema público de pensiones y al Estado de bienestar?*

las mujeres, sino el puro empeoramiento en el empleo de los hombres, que ha producido una especie de nivelación a la baja de las situaciones de desempleo de ambos<sup>13</sup> y una imagen claramente falsa de haber avanzado durante las crisis en igualdad de género.

De este modo la participación del jurista es trascendental, pues debe garantizar en el proceso de consolidación normativa la validación de los principios, manteniéndolos incólumes, recayendo así en su justificación la validación de los procesos que se reforman para sobrevivir.

En materia de reformas los estudios comparativos sobre las medidas adoptadas o proyectadas no informan necesariamente sobre el éxito esperado en oportunidad de las particulares situaciones temporales que pueden impactar. Es importante por ello tener en cuenta la diversidad regional de los sistemas de seguridad social.

Si revisamos los modelos veremos que para la solución en la Unión Europea se promueve e implementa el aplazo en el pago de prestaciones. Sobre las políticas proactivas se prioriza preponderantemente prevenir el riesgo social (desempleo, incapacidad laboral); cuando se dificulta pagar prestaciones aparece el aumento de la edad o tiempo de servicios, el desincentivo a la jubilación, fortaleciendo los incentivos económicos para permanecer en actividad.

En Iberoamérica ha sido generalizada la tendencia a la privatización de los sistemas, con reducción en las cotizaciones empresariales, y hay reformas administrativas y de gestión: introducción de nuevos gestores nacionales y extranjeros, ruptura de la solidaridad horizontal y vertical con valorización del individualismo, en suma con estrategias de autofinanciamiento.

A pesar de la convivencia de la seguridad social con el concepto de reformas, existen distintos tipos y grados de procesos de reforma.

Los procesos de reforma refundación refieren modificaciones a los programas de cobertura, no buscan mejorar el existente, sino que diseñan otro que determina un punto de inflexión impuesto la mayoría de las veces por relaciones de poder.

Con prototipo inicial en Chile, por ejemplo, Argentina y Uruguay

<sup>13</sup> GÁLVEZ y TORRES, *El trabajo no remunerado en la economía global*, en [www.icpc.cat7.archivoscpdigital](http://www.icpc.cat7.archivoscpdigital), 2010, 102.

tomaron el modelo pero le introdujeron importantes quiebres, principalmente en el rol del Estado como proveedor de cobertura previsional y el espacio para la actuación de los agentes privados, a administradores de Fondos de los Regímenes de Capitalización<sup>14</sup>.

Los procesos de reforma adecuación, entendidos como procesos de menor envergadura, permiten con normas no estructurales el funcionamiento del sistema; introducen ajustes sin discutir los fundamentos del sistema. Ontológicamente son similares los de 1<sup>er</sup> y 2<sup>o</sup> grado en cuando no discuten las bases del sistema vigente, el sistema que pretende adecuar o ajustar como resultante de un proceso de refundación.

No se puede desconocer tampoco el rol de los organismos internacionales, que ante los planteos reformistas han estado ligados con las posiciones que sobre el particular dichos organismos internacionales plantean.

Enorme trascendencia ha tenido el Banco Mundial en tanto ha sido la guía de los diferentes organismos multilaterales de crédito, incluido el Banco Interamericano de Desarrollo. Por su parte la Organización Internacional del Trabajo, OIT, recomienda considerar la posibilidad de generar una nueva definición de la responsabilidad en materia de protección social, que reduzca progresivamente el papel del Estado con aliento a los trabajadores y sus empleadores a completar sus aportaciones. La Cepal tiene una trayectoria atendiendo la equidad y solvencia financiera y tiende a programas de carácter mixto.

Los principios de seguridad social se han desarrollado por más de un siglo, principalmente a través de la labor de la Organización Internacional del Trabajo, y rigieron en el mundo y en América Latina sin ningún reto importante hasta el decenio de 1980.

Las reformas estructurales de los sistemas de jubilaciones y pensiones en la región, iniciadas en Chile y que a fines de 2003 se habían extendido a doce países, han modificado los principios convencionales y desarrollado otros propios basados en el nuevo paradigma. A fines de 2002, 56 millones de trabajadores (un tercio de la fuerza laboral en la región) estaban afiliados en los nuevos sistemas de previsión.

<sup>14</sup> El sistema chileno, ante la insuficiente cobertura del sistema puro de capitalización, debió adecuarse incorporando una prestación de cobertura universal, financiada por el Estado.

Los europeos han seguido lineamientos diferentes, que se advierten a poco de analizar la corriente estructural que se encuentra en los mismos. Y ya sobre nuestros días asistimos a nuevos procesos<sup>15</sup>, que aunque se presentan como meras adecuaciones de tercer grado producen reformas que alcanzan a los principios y por tanto al orden positivo de su vigencia.

## **7. El principio de progresividad y la seguridad social**

Progresivo significa “que avanza o aumenta gradualmente”. En materia de derechos humanos nos referimos a que una vez que el ciudadano los ha adquirido, no se pueden disminuir y no puede haber un retroceso en el contenido de los mismos. El principio de progresividad constituye el compromiso de los Estados para 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.

Por tanto, como principio no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

Por ello, es debido progresar e impulsar los mecanismos necesarios para proteger los derechos humanos, en donde no sólo el principio de progresividad se aplique a los derechos civiles y políticos, sino que debe considerarse a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, señalados en diversos artículos constitucionales de todos los países, los que hacen efectiva la consagración de los derechos humanos.

Algunos países y organismos lo consagran, como Argentina en el

<sup>15</sup> Reforma ley 27.426, publicada en el B. O. el 28-12-2017.

artículo 75, inciso 19 en la llamada cláusula de progreso con justicia social. En Ecuador, está expresamente declarado en el artículo 11.8 que consagra la progresividad de los derechos declarando inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos; para Naciones Unidas, el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable. En Colombia, el principio de progresividad es un desarrollo del principio de favorabilidad, de donde la diferencia radica en que el primero impide la expedición de leyes regresivas, mientras que el segundo morigeró el efecto de leyes existentes, ambiguas y confusas, pero confluyendo los dos principios cuando se está frente a regímenes de transición y leyes derogadas más favorables. En efecto, en varias decisiones en materia de beneficios previsionales y de seguridad social en general, la Corte Constitucional, recurriendo al principio de progresividad, se ha apartado de los mandatos legales y ha optado por aplicar regímenes anteriores más favorables, así éstos hubiesen sido derogados. El acogimiento de este principio se surtió inicialmente por vía de la acción de tutela (T-1291 de 2005, T-221 de 2006) y ha permitido afirmar por ejemplo que “La regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad”. Luego, mediante control abstracto de constitucionalidad (C-248 de 2009) la Corte erradicó aquellas provisiones normativas consideradas regresivas, sosteniendo que para “promover la cultura de la afiliación y evitar el fraude existen otras alternativas de tipo administrativo que serían menos lesivas que obstaculizar el derecho de acceso a la pensión de jubilación por invalidez a cierto grupo de personas”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “El desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales sobre el conjunto de la población teniendo presente los imperativos de la equidad social”. Es decir, que los indicadores de progreso tienen que incorporar los avances en la realización de los derechos y no considerar los adelantos o retrocesos en términos de desarrollo eco-

nómico o social, por lo que se debe diferenciar entre progreso económico y social y cumplimiento de los derechos ya alcanzados, por lo que podríamos afirmar “nunca menos en derecho”. Así resulta que, algunas veces en mayor medida u otras en menor proporción, pero siempre en una dosis importante, es el jurista, abogado o juez, o tratadista científico del Derecho positivo quien debe cumplir funciones valoradoras, realizando estimaciones que validen el proceso reformador a la luz de los principios.

## 8. Positivismo y justicia

Esto significa que el jurista cuando analiza la legalidad positiva debe estar en contacto con la idea de la justicia, bien que sea en un contacto limitado o indirecto.

Eso debe ser así porque el Derecho positivo a su vez se propone servir a las exigencias de la justicia y el Derecho positivo formulado en la ley, los reglamentos y otras fuentes explícitas no constituye la totalidad del orden jurídico positivo ya que la actividad jurisdiccional es una pieza integrante de ese orden. Una pieza fundamental porque sin los jueces y sin las autoridades administrativas no cabría la posibilidad de un orden jurídico.

Siguiendo a los autores italianos<sup>16</sup> cuando afirman que “El viejo

<sup>16</sup> Véanse los *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, publicados anualmente desde 1972 bajo la dirección de Paolo Grossi y la correspondiente recopilación monográfica. Si bien el fenómeno más novedoso e interesante, en cuanto síntoma de una inquietud metodológica y de una exigencia de revisión crítica de los paradigmas recibidos de la tradición, lo constituye sin duda la vocación historiográfica de los juristas positivistas desde los años sesenta, cabe recordar entre las investigaciones históricas realizadas por juristas en sus campos disciplinares la de Massimo Severo Giannini y Sabino Cassese en el Derecho Administrativo, la de Guido Neppi Modona sobre las cárceles y la magistratura, la de Stefano Rodotà sobre la propiedad privada, la de Natalino Irti y Cesare Salvi sobre metodología de las disciplinas privatistas, la de Francesco Galgano en Derecho Mercantil, la de Umberto Romagnoli en Derecho Sindical, la de Michele Taruffo, Nicola Picardi y Francesco Cipriani sobre la justicia civil, la de Franco Cordero y Massimo Nobili sobre el proceso penal, la de Enzo Cheli, Mario Dogliani y Umberto Allegretti en Derecho Constitucional; sin contar con las cuidadosas reconstrucciones analíticas de diferentes dispositivos institucionales y culturales que, cada vez con mayor frecuencia, aparecen

paradigma científico de la dogmática jurídica y de la autonomía del derecho que en el siglo pasado había soportado el impacto de la codificación no pudo, en definitiva, con el de la Constitución que, justamente por sus exigentes parámetros axiológicos de validez, se coloca en permanente tensión y en virtual antinomia con todo el Derecho vigente”, podemos afirmar que, desde el plano metodológico, el fenómeno de la cultura jurídica prioriza a partir de los sesenta y setenta el “descubrimiento” de la Constitución; justamente por su ajenidad al viejo ordenamiento y por su colocación en el vértice de las fuentes, la Constitución rompe, de hecho, la unidad, la coherencia y la plenitud del sistema jurídico, que constituían los dogmas metateóricos del viejo iuspositivismo.

Se forma así, a partir de esta crisis de los viejos modelos, una generación de nuevos juristas, que comparte una reformulación general en clave constitucional de los métodos, categorías y problemas de la ciencia jurídica, y una apertura programática a las temáticas del conflicto social<sup>17</sup>.

En tanto nos es sumamente cercano que en materia de derechos humanos, aquellos derechos inherentes a la persona humana sean fundamentales, precisamente, en tanto son esenciales al ser humano, y son propios de la dignidad humana; también son fundamentales en tanto son recogidos o proclamados en las normas jurídicas de mayor jerarquía tanto del ordenamiento jurídico nacional (Constitución) como del orden jurídico internacional (pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos). Por ello, deben estar jurídicamente supraordenados al legislador ordinario, a las autoridades

insertas en estudios de carácter dogmático. Por otra parte, también dentro de la disciplina madre de la historiografía jurídica –la romanista–, se produce una profunda renovación metodológica, abandonando definitivamente el viejo enfoque pandectístico y “actualizante” del estudio del Derecho Romano y se orienta, gracias a estudiosos como Ricardo Orestano, Giovanni Pugliese, Luigi Labruna, Mario Bretone, Eva Cantarella y Aldo Schiavone, hacia la investigación sobre los desarrollos jurisprudenciales de la experiencia jurídica, así como a sus nexos con la economía, con los modos de producción y con la vida social y política en las diferentes épocas de la historia romana.

<sup>17</sup> Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *La crisis del paradigma de la autonomía del Derecho en los años sesenta y setenta*.

administrativas y a los operadores jurídicos en general<sup>18</sup>; de este modo cuentan con los instrumentos que permiten su verdadera realización.

Esta función suele ser realizada algunas veces espontáneamente por los sujetos llamados a cumplir las normas jurídicas, pero siempre y donde quiera que surja alguna duda esta función es la encomendada a los juristas, como asesores, o bien en función de órgano jurisdiccional cuando se plantee oficialmente una duda o un conflicto; esclarecida la razón, el paralelismo y armonía que se dé entre la intención de las normas formuladas y la actividad del juez está inspirada en el deseo de hallar la solución justa. Las reglas jurídicas positivas tienen la intención de expresar las exigencias o requerimientos de la justicia y de otros valores con ella conectados, respecto de un determinado tipo de situación social, de un lugar y de una época.

Este propósito cabe que se logre en mayor o menor medida de modo más o menos satisfactorio o que fracase, pero salvo en este último caso, es decir salvo cuando ese propósito de justicia se haya frustrado, habrá una concordancia, una armonía entre la intención animadora del Derecho positivo formulado y la intención animadora del jurista, pues debe ser<sup>19</sup> lo mismo el ordenamiento formulado o que el juez desee hallar la solución justa para los problemas, tratando de aportar para la convivencia y la cooperación social, donde el Derecho cumple una elemental función en tanto es el que debe suministrar certeza y seguridad y justificar el cambio progresivo<sup>20</sup>.

En este orden de ideas es dable seguir las enseñanzas del precitado autor cuando valoriza a la seguridad en tanto es más que un deseo, es un tributo a la certeza, donde las personas se refugian para saber qué les pasará, o cómo vivirán.

En tal sentido manifiesta que el hombre no sólo experimenta el dolor de la inseguridad frente a la naturaleza, sino que necesita saber a qué atenerse respecto a las acciones de los demás y saber lo que le puede ocurrir o saber si algo ocurrirá necesariamente. No sólo certeza teórica, sino también certeza práctica, que es ni más ni menos que

<sup>18</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*, en *Revista de Derecho Laboral*, Montevideo, 2003, XLVI, N° 212.

<sup>19</sup> RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del Derecho* cit.

<sup>20</sup> RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del Derecho* cit.

seguridad; es decir, saber que si la ausencia de certeza conlleva decrecimiento de derechos, los que se le impondrán por la fuerza, precisa e inexorablemente por el poder, será imprescindible también que tenga herramientas para procesar su revisión y lograr en su caso la reinstalación. El Derecho no es puro dictamen ni mera máxima, sino norma cierta y de cumplimiento seguro (de imposición inexorable), norma garantizada por el máximo poder social, que es el Estado. Por ello surge el Derecho. Ésta es su motivación primaria, a cuyo imperio no se podrá escapar, y es al conjuro de tal necesidad de seguridad, de garantía irrefragable.

Pero certeza y seguridad no bastan, pues la certeza y seguridad deben darse en normas justas, aunque ambas constituyen el sentido formal de la función del Derecho.

Las conductas que, como comportamientos, cumplen los hombres, realizan lo que Goldschmidt<sup>21</sup> llama un “reparto”.

Todo reparto es promovido por hombres, y consiste en adjudicar “potencia” e “impotencia”. La potencia significa un beneficio para quien la recibe; la impotencia significa un perjuicio o una carga. Las conductas de reparto forman un orden de repartos. Por un lado, verticalmente, los repartidores supremos –que son siempre hombres (“los que mandan”, dice Goldschmidt) articulan los criterios rectores del reparto que componen un plan de gobierno. Por otro lado, funciona la ejemplaridad de los repartos: los repartos que se reputan ejemplares son imitados a través del seguimiento; un reparto “modelo” suscita reiteración en otros repartos semejantes en situaciones análogas. Los repartos que no son tenidos como ejemplares están fuera del orden de repartos, o sea, constituyen lo ilícito dentro de ese régimen. El reparto es siempre llevado a cabo por hombres, a quienes denominamos repartidores. En cambio, los beneficiarios que reciben potencia o impotencia en el reparto pueden ser también –según Goldschmidt– animales o cosas; pero, por supuesto, los beneficiarios fundamentales son, asimismo, los hombres. Lo que se reparte (objeto del reparto) es siempre potencia e impotencia, que no debemos confundir con los

<sup>21</sup> GOLDSCHMITD, Werner, *Introducción al Derecho (La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes)*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1967.

objetos materiales sobre los cuales se ejerce la potencia o la impotencia. El reparto presenta dos categorías o clases. Un reparto es “autoritario” cuando su autor lo lleva a cabo sin preocuparse del consentimiento de los beneficiarios. Un reparto es “autónomo” cuando se realiza mediante el acuerdo de sus protagonistas; tal acuerdo no exige un encuentro positivo de declaraciones de voluntad, sino únicamente una coexistencia de conductas coincidentes. Ninguno de ambos repartos es de por sí injusto; la injusticia o la justicia dependen del reparto en sí mismo, sea ese reparto autoritario o autónomo; lo que ocurre es que en el reparto autónomo los repartidores están justificados, porque precisamente el acuerdo entre ellos hace que actúen justamente como repartidores, en tanto en el reparto autoritario es menester justificar al repartidor, con prescindencia del contenido del reparto. El orden de repartos pertenece a la realidad social, y tiene naturaleza temporal. El orden de repartos ha sido (pasado), es (presente) o será (futuro). A tal realidad temporal se la suele llamar positividad, y por eso es Derecho positivo.

Todo reparto autoritario u ordenancista contiene un deber ser real, o sea, un deber ser que “es”. El repartidor que manda pagar una deuda o un impuesto crea un deber ser real; tal deber ser real se produce por el mero hecho de que el repartidor pide algo a alguien, convirtiendo a ese “algo” como debido. Y el orden de normas se compenetra con él. El ordenamiento normativo, por ello, se compone de normas, así como el orden de repartos se compone de repartos. Goldschmidt elabora su teoría de la norma en forma clara y persuasiva. La norma es la captación lógica de un reparto por parte de un tercero neutral. La norma describe el reparto, es decir, la voluntad del autor del reparto, por lo cual decimos que el ordenamiento normativo posee una función descriptiva, que representa la voluntad de quien la emite y luego la impone, es una descripción del cumplimiento de esa voluntad, o sea, una descripción anticipada a modo de pronóstico. Cuando, en lo referente a este aspecto, la norma describe fielmente la voluntad de su autor, estamos frente a una norma fiel; es decir, reproduce literalmente lo que quiso ese autor; de lo contrario, la norma es infiel, y ello puede ocurrir si la norma expresa más de lo que quiso el autor, como si expresa menos. En orden al segundo aspecto, la norma es exacta en

caso de eficacia, es decir, cuando asegura el cumplimiento de la voluntad del autor. Pero además de la captación lógica que en forma normativa hacen los terceros de un reparto, hay otra captación lógica efectuada, no por terceros ajenos (reales o imaginarios) sino por los protagonistas del reparto. Esta captación lógica es el imperativo, que sólo se encuentra en el reparto autoritario ordenancista. En efecto, como enseña Goldschmidt, el deber ser real de un reparto de este tipo es captado lógicamente por sus protagonistas (autores y destinatarios, repartidores y beneficiarios) como deber ser lógico, con lo que el deber ser lógico no se da en la norma, sino en el imperativo.

Pero luego cobra esencia el *valor justicia* y, así como hemos hablado de un deber ser real en el reparto, y de un deber ser lógico en el imperativo, el maestro habla del deber ser dialéctico, propio del valor. La justicia, como todo valor, posee intrínsecamente un deber ser ideal, propio de su valencia. El valor vale, y vale aunque no esté realizado. La no realización o la realización humanas del valor en nada afectan –ni en menos ni en más– la valencia íntima del valor.

Pero el valor no realizado nos permite deducir del deber ser ideal un deber ser actual: es el deber ser actual de que la injusticia cese, y de él, a su vez, surge un deber actuar para que, siendo posible la realización del valor, se realice; o, lo que es lo mismo, un deber de actuar para que la injusticia cese efectivamente.

Cada vez que es hacedero abolir la injusticia, el deber actuar acompaña al deber ser actual. He aquí la gran faena del mundo jurídico: realizar el valor justicia a través del orden de repartos.

El valor justicia es absoluto, y en su función abarca todos los repartos aunque humanamente es imposible el cumplimiento de esa función abarcativa: los hombres realizamos la justicia de modo fraccionado. Las causas del fraccionamiento provienen de obstáculos, por ello, en los tres despliegues del valor justicia, Goldschmidt añade al ya señalado de la valencia de la justicia, la valoración y la orientación. El valor vale, el valor valora, y el valor orienta. La justicia sirve para valorar; lo valorado se llama material estimativo. La justicia también orienta. En el orden del conocimiento (gnoseológico), primero valoramos y después componemos los criterios de valor; en el orden del ser (ontológico) los criterios de valor son anteriores a las valoraciones,

de forma que con las valoraciones tan sólo “descubrimos” los criterios de valor. Por fin Goldschmidt elabora una axiología dikelógica, que contempla la estructura formal de la justicia, y una axiosofía dikelógica, que enfoca su contenido, marcando con su teoría trialista un camino reconocible.

Tal como lo expresa Recaséns Siches, en cuanto al fundamento de validez jurídica, todo Derecho, concebido en su versión de Derecho consuetudinario, legislado o jurisprudencial, institucional o judicial, deriva de la voluntad del Estado; esa fuente o razón unitaria formal del Derecho positivo del que deriva la voluntad del Estado, en lenguaje jurídico, no es ninguna realidad psicológica, ya que el Estado no es un sujeto real que tenga conciencia ni voluntad en el sentido propio. Es sencillamente un caso donde la ley general de imputación normativa es realizada por legisladores, funcionarios administrativos o judiciales, de los tribunales, etcétera, pero que no es atribuida a título personal a dichas personas individuales sino a un sujeto ideal que es el Estado, que constituye y significa la personificación total y unitaria de todas las normas jurídicas.

El Estado, o lo que es lo mismo su voluntad, consiste en un punto central y común de imputación que constituye la unidad del ordenamiento jurídico. Y aun en las tesis más alejadas del positivismo kel-seniano extremo<sup>22</sup> no caben dudas de que la manifestación del Estado es su Derecho positivo, como “ordenamiento constituyente y como ordenamiento constituido”<sup>23</sup>, como expresión misma de las políticas que implementa a partir del desarrollo concordado de directrices políticas y económicas, nunca divorciadas entre sí, todo lo contrario, aunadas en el logro de un rumbo global.

El hombre necesita, en tanto individuo, garantías de libertad, holgura, seguridad, y como miembro de la sociedad, en colectivo, necesita de la solidaridad, la ayuda; entre esos múltiples quehaceres individuales y sociales que se plantean los hombres hay algunos que son reputados como más urgentes, necesarios e indispensables. La conducta relativa

<sup>22</sup> GOLDSCHMITD, *Introducción al Derecho...* cit., y *La ciencia de la justicia*, 3ª ed., Aguilar, Madrid, 1958.

<sup>23</sup> Conceptualización de RECASÉNS SICHES, *Tratado general de Filosofía del Derecho* cit.

a estos derechos es la que más interesa establecer de modo cierto, y para asegurarlos de manera efectiva es imprescindible hacerla *contenido del Derecho*.

## 9. Procedimientos de control

En atención a lo hasta aquí expresado, la ley, su interpretación, su aplicación ya administrativa o judicial, si no contiene derechos y su certeza de vigencia mediante la aplicación directa o su adecuación al marco constitucional, debe ser en cumplimiento de los principios que informan el Derecho, ajustada, corregida y suministrada dentro del marco local. Y si, aun en dicho cuadro de situación que se advierte desde esta postura imprescindible, no fuera cumplido, existen otros procedimientos de control nutridos por la consagración de los derechos fundamentales.

Existen seis mecanismos no contenciosos. Los tres primeros son del Sistema Interamericano, y se trata de una facultad de verificación del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Ellos son: artículo 43, Convención Americana sobre Derechos Humanos: sobre los derechos consagrados en la CADH; artículo 42, Convención Americana sobre Derechos Humanos: sobre los derechos económicos, sociales y culturales; artículo 19, Protocolo de San Salvador: sobre los derechos consagrados en dicho Protocolo. Los otros son para la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer; para prevenir y sancionar la tortura; para eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (en tratados universales).

Este marco de solución no es ilusorio, aunque claramente violatorio del principio de inmediatez. Así se advierte con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”.

El 4 de diciembre de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Perú, la cual se originó en la denuncia 12.034, recibida en la Secretaría de la Comisión el 1º de febrero de 1998. La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 51 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 21

(*Derecho a la propiedad privada*), 25 (*Protección judicial*) y 26 (*Desarrollo progresivo*) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (*Obligación de respetar los derechos*) y 2º (*Deber de adoptar disposiciones de Derecho interno*) de dicho tratado, debido a la modificación en el régimen de pensiones. Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que derogara y cesara, de manera retroactiva, los efectos del artículo 5º del decreto-ley 25.792 del 23 de octubre de 1992 (modificación del régimen de otorgamiento de las pensiones). Finalmente, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que investigara los hechos, estableciera las responsabilidades por la violación a los derechos humanos cometida en el caso, y condenara al Estado a pagar las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante el Sistema Interamericano, además de la restitución de las pensiones.

Así, y tal como lo expresa Luis R. Herrero<sup>24</sup>, con cita de Morello<sup>25</sup>, quien destacó la notable interpretación en la dimensión social y tuteladora propia del denominado Modelo de la Justicia de Protección o Acompañamiento encaminada a lograr un eficaz y concreto reconocimiento del interés superior del niño, a que se refiere el artículo 3º de la Convención de Nueva York de 1989, incorporada a nuestra Constitución de 1994 (art. 75, inc. 22), la jurisdicción proteccional o de acompañamiento en las pretensiones alimentarias o prestacionales es de vital importancia y se debe adjudicar al Derecho Procesal las características del Derecho fondal, a fin de garantizar la realización superior de los derechos amparados.

## 10. Conclusión

Tomando como motivación el título del presente trabajo, se ha pretendido analizar si frente a los procesos de reforma de los sistemas

<sup>24</sup> *Ápices procesales inconstitucionales del proceso previsional actual*, <http://www.rjyp.com.ar>.

<sup>25</sup> MORELLO, Augusto Mario, *El proceso justo*, Platense, La Plata, 1994, p. 577; BERIZONCE, Roberto O., *Tipos de proceso en los proyectos de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, en J. A., N° 5938 del 21-6-95, p. 4; RIVAS, Adolfo A., *Pautas para el nuevo amparo constitucional*, en E. D. 163-704.

de seguridad social, los principios rectores que informan la disciplina han ingresado en una crisis de tipo terminal frente a las consecuencias que éstas determinan.

Teniendo en cuenta el contenido deontológico que los principios imponen, y el quebrantamiento que proponen las normas sancionadas recientemente y los fundamentos expresados, se impone suponer una profundización de medidas que se reflejarán en normas jurídicas posibles de ser cuestionadas a la luz de los parámetros iusfilosóficos que se han señalado en el presente desarrollo.

Asimismo se advierte una alteración de los procesos de estimativa jurídica necesaria, lo que alejaría dichas normas de las garantías constitucionales y supraleales de los derechos fundamentales, lo que se presenta manifiestamente en oposición a las reglas que el Derecho brinda en el ámbito de una sociedad organizada. Por tanto, es imprescindible nutrir a las garantías individuales de la colaboración versada de los juristas, quienes en sus roles y ámbitos de participación son quienes deben procurar por el mantenimiento de los mismos.

Los principios no pueden estar en crisis. Sí pueden estarlo las fuentes de financiamiento, a la luz de las políticas económicas que atraviesan a las políticas de la seguridad social.

La tarea entonces será para el jurista, y es la suya: propender en Derecho las garantías de los derechos humanos fundamentales a través de la ciencia jurídica, el asesoramiento o representación y en la administración de justicia. Queda reservado al administrador dirigir las políticas de seguridad social (ineludiblemente protectorias) en progresión de derechos, sometándose a la deontología de los principios; lo contrario importaría sin dudas la violación de las garantías que son ni más ni menos que la propia Constitución.

# SUFICIENCIA Y SUSTENTABILIDAD

## EL GRAN DESAFÍO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

por JUAN CARLOS PAULUCCI

SUMARIO: 1. Suficiencia y sustentabilidad. 2. Cuáles son algunos de los aspectos a considerar al tiempo de analizar que un régimen previsional sea suficiente y sustentable.

Lograr que la seguridad social brinde prestaciones suficientes y al mismo tiempo sea sustentable en el tiempo es el gran objetivo a alcanzar por todos aquellos que estamos decididamente involucrados en la gobernanza de lo que es, o quizás debería ser, un verdadero sistema de protección para la sociedad en general y, en especial, para sus sectores más vulnerables.

Los dos términos deben considerarse al unísono y si se alcanza su equilibrio estaremos diseñando la medida artística que permita el cumplimiento del gran objetivo de contar con una sociedad que pueda encarar en un clima de paz social su propio desarrollo integral.

### 1. Suficiencia y sustentabilidad

A fin de ser claros en este intrincado asunto, resulta necesario señalar qué entendemos por suficiencia<sup>1</sup> y qué por sustentabilidad<sup>2</sup>. Para el caso que nos ocupa, debemos decir que suficiente significa

<sup>1</sup> Participio presente del latín *sufficiō, sufficere*. Según el DRAE es “Bastante para lo que se necesita”.

<sup>2</sup> De sustentar: “Sostener algo para que no se caiga ni se tuerza”.

que la seguridad social debe brindar la cobertura necesaria para asegurar la protección integral<sup>3</sup> del beneficiario.

Sobre el particular, vale la pena recordar lo dicho por la Constitución Nacional (CN) que, en su artículo 14 bis, manda que la ley establezca el seguro social obligatorio, 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.

Por su parte, sustentable es algo que se puede sostener, permanecer en el tiempo, manteniendo el equilibrio dentro de un conjunto complejo pero conservando sus principios fundamentales.

En todo el ámbito de lo social existe una condición precisa para poder considerar a un sistema como suficiente y sustentable. Ella es un amplio asentimiento de la sociedad respecto del propósito y contenido de la iniciativa. En otras palabras, la sociedad debe considerar como justa y necesaria la cobertura propuesta pero, además, debe estar dispuesta a financiarla.

Cumplimentar esta condición para un sistema de seguridad social implica necesariamente alcanzar un amplio consenso sobre los aspectos esenciales sobre los que se debe asentar. Dicho consenso debe comprender tanto lo social como lo económico-financiero y lo político. Luego, dadas dichas bases por la ley, el Poder Ejecutivo tendrá la tarea de establecer los aspectos técnico-administrativos necesarios para conservar el orden del nuevo sistema, ponerlo en marcha y administrarlo.

Cuanto más amplio sea el consenso más chances de permanencia tendrá el régimen a implementarse. Para ello es preciso que en el marco de una discusión ordenada tanto los partidos políticos como los sectores que representan a los empresarios, a los trabajadores y a los académicos y técnicos acepten una discusión con sentido polémico, es decir que estén dispuestos a convencer al otro sobre la bondad de las propias ideas, como también a ser convencidos por los conceptos que expresen los demás.

Naturalmente ello tiene una seria dificultad a vencer: la tentación que en general tiene el hombre de hacer realidad las propias ideas porque, honestamente, cree que son las mejores y poniéndolas en prác-

<sup>3</sup> Ver art. 14 bis, 3<sup>er</sup> párrafo de la Constitución Nacional.

tica logrará mejorar la situación de sus semejantes. A pesar de todo ello creemos que la gran mayoría de la sociedad está lista para afrontar un debate maduro que nos conduzca por el camino deseado.

El carácter amplio del consenso no sólo facilita la sanción de las normas legales correspondientes sino que, de lograrse, implica que se alcanzará una mayor confiabilidad respecto del cumplimiento por parte del Estado de las promesas de protección que tienen las normas de carácter social. Dicha confianza ayudará decididamente a la observancia de las distintas obligaciones que conlleva todo régimen de la seguridad social.

## **2. Cuáles son algunos de los aspectos a considerar al tiempo de analizar que un régimen previsional sea suficiente y sustentable**

Dijimos que la conjunción de ambos términos exige un equilibrio donde ninguno de los dos términos pierda su esencia. Un régimen suficiente pero no sustentable no tiene futuro, caerá por su propia inconsistencia pero también, si es sustentable pero insuficiente, perderá sentido su existencia al no cumplir el fin social al que está destinado.

La ecuanimidad de la que hablamos deberá presidir la discusión del tema cuando llegue el tiempo de establecer las prestaciones, las cotizaciones, la base que se utilizará para regular el haber, la cantidad de años de servicio que se requieran y la edad mínima exigida para obtener el beneficio.

Puede llamar la atención que haya sido la edad jubilatoria el último de los puntos que consideramos debe debatirse pues, por lo general, cuando se habla de reforma previsional lo primero que aparece en la discusión es la opción de aumentar la edad mínima necesaria para acceder al beneficio jubilatorio. Es sin duda un recurso que implica una corrección a la baja de la curva ascendente de la partida destinada al pago de las prestaciones y tiene su justificativo en la innegable realidad: la vida del hombre se ha alargado. El hombre vive más.

Sin embargo, en una visión donde conjugemos nuestra experiencia histórica y una perspectiva de mediano y largo plazo, podemos decir que no es el incremento de la edad lo que nos va a permitir salir de

las actuales inconsistencias del mal llamado sistema<sup>4</sup> previsional. Cabe recordar que a partir del dictado de las leyes 18.037 y 24.241 se incrementó la edad en cinco años en cada una de dichas ocasiones, y que los problemas siguieron siendo los mismos apenas superado el período de gracia que implicó estos incrementos. Por lo demás, el denominado bono demográfico tiene en nuestro país un horizonte positivo por más de una década.

Otro punto merece un párrafo aparte. Nos referimos a la necesidad imperiosa de ordenar, de establecer juntamente con los interesados, tal como dice la CN, las pautas para el funcionamiento e interacción de los distintos regímenes de jubilaciones existentes donde se añaden al general otros, provinciales, municipales, profesionales, especiales, diferenciales y complementarios, los que suman un total de casi doscientos distintos.

Por otra parte, una cuestión de la mayor importancia es promover con decisión el empleo registrado buscando la forma de premiar al que honra sus obligaciones y exigir que lo haga al que pretende eludirlas.

El evasor no sólo castiga al trabajador al dejarlo al margen de la cobertura de la seguridad social sino que perjudica sensiblemente a sus competidores. Existen muchos ejemplos en los que se advierte lo pernicioso de la informalidad. Muchos honestos emprendedores han tenido que cerrar las puertas de su negocio frente a la competencia de vecinos que eluden el pago de sus obligaciones contra quienes les resulta imposible competir.

Se habla del desequilibrio presupuestario que generan las prestaciones de la seguridad social, pero es necesario también poner el acento en el indispensable control que debe existir sobre el cumplimiento de las obligaciones contributivas que la ley establece.

La existencia del trabajo no registrado es una consecuencia de la economía informal. Quien defrauda al Fisco en el pago de los impuestos, lo hace también a la seguridad social eludiendo el pago de las cotizaciones.

<sup>4</sup> Un sistema se define como una entidad con límites y con partes interrelacionadas e interdependientes cuya suma es mayor a la suma de sus partes.

Ver también: *Definición y principios en la teoría general de sistemas* de Bertalanffy.

Esa economía informal de la que hablamos es un mal endémico en nuestro país que es aceptado socialmente. Resulta preciso, entonces, realizar los esfuerzos necesarios para que la propia sociedad promueva un cambio en su comportamiento.

Sobre el particular es bueno recordar que los ejemplos en el mundo que han permitido a un sistema ser suficiente y sustentable han puesto especial énfasis en el control de la evasión, circunstancia que en determinadas oportunidades les permitió disminuir las contribuciones sin modificar el nivel de las prestaciones.

*En un sistema bien administrado al pagar todos los obligados, es posible que cada uno pague menos de lo que lo venía haciendo.*



# LA SEGURIDAD SOCIAL

## DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES A LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA Y A LOS DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES

por DANIEL G. PÉREZ

SUMARIO: 1. Palabras introductorias. 2. Evolución de la protección social en el mundo. Antecedentes del concepto de seguridad social. 3. Primeras medidas de protección social. 4. Los seguros sociales. Bismarck y la elaboración de las leyes. 5. Las políticas de seguridad social. 6. Fundamentos desde el punto de vista de los “nuevos derechos y garantías”. 7. Los derechos a la seguridad social. El nexo entre los derechos individuales y los de incidencia colectiva. 8. Los derechos ciudadanos universales. 9. Las políticas de seguridad social y el Derecho Internacional. 10. La seguridad social como proyección y motor del cambio. El papel de la seguridad social en la recuperación de las cuestiones críticas. 11. El financiamiento de los sistemas de seguridad social y los retos de largo plazo. 12. El análisis del financiamiento de los sistemas de seguridad social. 13. El momento actual: La crisis de la seguridad social. 14. A modo de colofón.

### 1. Palabras introductorias

Esta encomienda relacionada con el Anuario 2017 de la Asociación Argentina del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (AADTySS) nos parece todo un honor y un desafío. El honor por haber sido convocados para colaborar en esta obra de la institución que celebrara en el año 2017 sus primeros 60 jóvenes años de vida. El desafío viene por el lado de cumplir acabadamente con la expectativa y lograr –Dios mediante– que este trabajo haga realidad los anhelos volcados en esta convocatoria.

El tema elegido o sugerido también representa un gran desafío.

Tratar al Derecho de la Seguridad Social desde la óptica de los derechos humanos no es una tarea sencilla, pero trataremos de cumplir con nuestros objetivos.

Obviamente debemos primero ponernos ante una perspectiva evolutiva, necesitamos hacer una recopilación de las ideas y las concreciones a través del tiempo.

Además de ello, nos introduciremos en la evolución del Derecho Constitucional, desde la visión formal y material del texto de nuestra Carta Magna, hasta el ordenamiento de los derechos de primera y segunda generación, deteniéndonos luego en los derechos de tercera generación, los que han recalado en nuestro texto a partir de la reforma de 1994; todo ello, claro, con la visión del Derecho de la Seguridad Social desde la proyección de los derechos humanos.

## **2. Evolución de la protección social en el mundo.**

### **Antecedentes del concepto de seguridad social**

Antes de que apareciera la expresión y el concepto de la *seguridad social* existían diferentes formas de protección social, muchas de las cuales continúan vigentes hoy en los distintos sistemas; de allí la necesidad de su diferenciación.

Para sistematizar la evolución de la protección social se pueden distinguir tres etapas:

- *Etapas 1:* Primeras medidas de protección social: desde los orígenes de las primeras organizaciones sociales, hasta la aparición de los seguros sociales.
- *Etapas 2:* Los seguros sociales: desde el último tercio del siglo XIX hasta la creación de los sistemas de seguridad social.
- *Etapas 3:* Las políticas de seguridad social: a partir de 1930 y hasta la actualidad.

## **3. Primeras medidas de protección social**

Pueden encontrarse antecedentes de protección social desde el comienzo mismo de las sociedades organizadas, algunos ejemplos son:

- Los *Collegia* de la Antigua Roma, que eran asociaciones con

una clara finalidad mutualista que nucleaban a personas de un mismo oficio. Estas personas contribuían para formar un fondo común destinado a cubrir contingencias como la enfermedad o la muerte.

- Las cofradías y gremios de la Edad Media, que eran asociaciones que reunían a personas de una misma religión o profesión. Estas asociaciones adoptaban medidas de protección para sus miembros, basadas en la solidaridad y la ayuda mutua. Consideraban como contingencias merecedoras de protección, entre otras, la enfermedad, la vejez, el fallecimiento, la supervivencia de viudas y huérfanos, la desocupación y la dote matrimonial. Estas instituciones debieron enfrentar no sólo la inacción del Estado, sino incluso, muchas veces, su persecución.
- La pensión vitalicia que los reyes de las monarquías europeas de la Edad Moderna otorgaban a sus leales servidores cuando éstos llegaban a la vejez sin recursos propios.
- Las cajas postales de ahorro, que eran entidades surgidas en el siglo XIX como una forma de previsión individual compensatoria de la ausencia de medidas provenientes de los Estados. La política de no intervención estatal se sustentaba en la teoría del liberalismo económico de Adam Smith, según la cual la pobreza y las privaciones de las clases inferiores eran hechos inevitables.

En todo este extenso período hubo movimientos fundamentales para la humanidad que influyeron de un modo clave en la concepción de lo que debía ser la protección social. Esencialmente, el cristianismo constituyó una verdadera revolución social al instalar la idea de fraternidad humana y su consecuencia: el deber de ayudar a pobres y necesitados. Por su parte, la Revolución Francesa, al sustentar los derechos individuales en los principios de igualdad, fraternidad y libertad, promovió en los ciudadanos la conciencia de la obligación del Estado de brindarles protección frente a sus necesidades.

Durante el siglo XIX, el cambio en los modos de producción, originados por la aparición del *maquinismo*, determinó el surgimiento de una clase social nueva: la de los trabajadores asalariados, que vivían de un jornal reducido, soportando abusivas condiciones de trabajo y la constante inquietud ocasionada por la inestabilidad laboral.

En ese escenario, la falta de cobertura ante la desocupación, la enfermedad, el accidente, la vejez, etcétera, originó un profundo malestar social, que se tradujo en huelgas y movimientos de protesta.

Contribuyeron a ese malestar ciertas situaciones concretas, a saber: (i) la toma de conciencia por parte de los trabajadores de que la riqueza que ellos producían con su trabajo se concentraba en manos de unos pocos: los empleadores y capitalistas; (ii) la sensación de desprotección frente a la posición de los Estados que no intervenían para remediar una situación, que se caracterizaba por profundas desigualdades sociales.

Ante tales descontentos sociales, surgieron diversas teorías como el marxismo, el socialismo y la Doctrina Social de la Iglesia, que se dedicaron a analizar el problema y a proponer alternativas de solución.

#### **4. Los seguros sociales. Bismarck y la elaboración de las leyes**

Aun cuando no hayan escaseado quienes dudaron de la sinceridad y del humanitarismo de Bismarck en tal obra, lo cierto es que en su último decenio de gobierno elaboró y promulgó la primera legislación protectora que hubo en el mundo. En su mensaje al *Reichstag* del 17 de noviembre de 1881, el canciller le hizo decir al emperador Guillermo I que se emprendería tal legislación en tres etapas, amparando sucesivamente al obrero contra la enfermedad, los accidentes de trabajo, y a la vez la invalidez, situaciones que en los restantes países seguirían al descubierto durante muchos años.

En dicho mensaje imperial Su Majestad William I manifestó: “...Ya en febrero de este año hemos expresado nuestra convicción de que el remedio a las enfermedades sociales no se debe buscar de manera exclusiva mediante la represión de los excesos de los socialdemócratas, sino, de igual forma, mediante la promoción positiva del bienestar de los trabajadores...”

Como consecuencia de esto, en primer lugar, fue sometida a consideración la ley de seguro contra accidentes.

“...Para aquellos que debido a la edad o alguna discapacidad ya no pueden trabajar, tienen un derecho confirmado en cuanto a percibir

un grado mayor de cuidado por parte del Estado, en comparación con la que podría haber sido su contribución hasta ese momento...”

“...El verdadero punto sensible del trabajador es la inseguridad de su existencia. No está para siempre seguro de que vaya a tener siempre trabajo. No está para nada seguro de gozar una buena salud y prevé que algún día será viejo e incapaz de trabajar. Pero si siempre cae en la pobreza como resultado de alguna enfermedad queda completamente indefenso con sus propias fuerzas, y la sociedad no reconoce hasta el momento que deba haber ayuda alguna, aun cuando el obrero haya trabajado siempre leal y diligencialmente. Pero la beneficencia originaria que se les da a los pobres deja mucho que desear, sobre todo en las grandes ciudades donde es mucho peor que en el campo [...] Leemos en los periódicos de Berlín de suicidios debido a la dificultad de hacer coincidir ambos fines, de personas que mueren de inanición. Y que llegan a ahorcarse por falta de comida, de gente que informa en el periódico que los echaron de sus casas y no tienen ningún ingreso [...] Para el trabajador, caer en la pobreza y tener poco alivio en una ciudad es sinónimo de miseria, y esta inseguridad los hace hostiles y desconfiados de la sociedad. Esto es humanamente natural, y hasta que el Estado no haga algo para llegar a un acuerdo, en la misma medida, esta confianza hacia la honradez del Estado será retirada mediante acusaciones en contra del gobierno, las cuales se encontrarán donde él quiera encontrarlas, siempre regresando a los charlatanes socialistas [...] y, sin hacer una gran reflexión, dejando que le prometan cosas que no cumplirán. Debido a esto, creo que el seguro de accidente, con él mostramos la dirección hacia dónde queremos ir [...] aún ayudará a disminuir la ansiedad y los resentimientos de las clases obreras...”<sup>1</sup>

Venciendo duras objeciones y dificultades, Bismarck hizo aprobar, en 1883, la ley del seguro de enfermedad y en 1884 la del seguro contra accidentes laborales. En un discurso del trono del 24 de noviembre de 1887, el emperador Guillermo I anunciaba la intención del gobierno de instaurar las pensiones de vejez e invalidez. No vivió para verlo. Tampoco pudo formar parte en tal empresa su hijo, Federico III, incapacitado por una enfermedad que tiñó su breve reinado.

<sup>1</sup> SPIELVOGEL, Jackson J., *Historia Universal. Civilización de Occidente*, 7ª ed., 2010, t. II.

Los progresistas no dudaron de que este monarca se hubiera solidariado con cualquier iniciativa favorable a los trabajadores.

Diez días después del fallecimiento del mismo, en la sesión del *Reichstag* del 25 de junio de 1888, su hijo, el nuevo káiser Guillermo II, recogía los anhelos de su abuelo en materia social y las ideas progresistas de su padre y anunciaba el propósito de completar la protección del trabajador. Lo corroboró en el mensaje del Parlamento del 22 de noviembre siguiente, para presentar el proyecto de ley de seguro de los obreros contra los riesgos de la vejez y la invalidez.

Cabe inferir que, en general, las leyes no se tramitaron con facilidad, toda vez que los sectores conservadores temían que la hacienda se hundiera. Bismarck tuvo que hacer uso de la palabra, no una, sino varias veces para combatir las objeciones: “...Permítaseme –dijo– reivindicar la paternidad de toda la política social...”

Se cruzó con los izquierdistas, con el *zentrum* católico y con los conservadores. A estos últimos les gritó el 8 de mayo de 1889: “¿Cómo podéis guiaros tanto por las pasiones individuales, por el rencor, por el interés local, ante una cuestión que atañe al Imperio en su totalidad hasta sus extremas profundidades?” Añade relevancia a la ley –que fue aprobada sólo por 185 votos contra 165– el hecho de que éste fuera el último discurso pronunciado por Bismarck en el *Reichstag*. Los meses siguientes los pasó en Varzin, salvo breves compromisos en la capital.

Al final de su vida, Bismarck opinaba que el gobierno alemán se había equivocado al tratar a los socialistas como una fuerza política seria y aceptable, con lo cual había incrementado su poderío e importancia, “en vez de tratarlos como a unos ladrones y bandidos que aplastar [...] Son las ratas del país a las que ahuyentar”, comentaba.

Estas leyes fueron el punto de partida de los seguros sociales modernos y no experimentaron modificaciones sustanciales ni evolución hasta la época de la Primera Guerra Mundial. Así, el seguro contra la enfermedad de 1883 había sido establecido solamente para los trabajadores industriales; en 1911 y en 1913 se agregaron a este beneficio los obreros agrícolas y los empleados de comercio, respectivamente. Asimismo, en 1911 se contempló la ayuda a viudas y huérfanos de trabajadores asegurados.

Pero la estructura de los seguros sociales permaneció casi idéntica y únicamente podríamos citar el esfuerzo que significó la reunión de todas sus disposiciones en un Código de Seguros Sociales, el 19 de julio de 1911, pero aún sin un verdadero sentido de unificación fundamental y orgánico<sup>2</sup>. El sistema alemán de seguros sociales presentaba las siguientes características:

- a) Obligatoriedad jurídica, es decir, para todos los individuos considerados por la ley.
- b) Carácter laboral o profesional, ya que sólo afectaba a los trabajadores industriales.
- c) Reparto de la carga financiera entre empleadores y trabajadores, con ocasionales subvenciones del Estado. Una de las originalidades de este sistema es, precisamente, la de imponer contribuciones a personas no protegidas: los empleadores.
- d) Causalidad y reparación: el sistema atiende los riesgos y causas del infortunio y trata de suplir las pérdidas, en especial la del salario.
- e) Diversidad de estructuras administrativas: cada seguro tiene estructura administrativa propia.

Las leyes sociales de Bismarck, cuyos contenidos se basaban en la hipótesis del seguro social, eran:

- a) Ley del Seguro de Enfermedad (1883) para todos los obreros industriales. La financiación se encontraba a cargo de empresarios y trabajadores en proporciones a  $\frac{2}{3}$  (dos tercios) y  $\frac{1}{3}$  (un tercio), respectivamente. Las prestaciones que otorgaba eran asistencia médica y subsidios del 50% (cincuenta por ciento) del salario. La gestión era de carácter estatal.
- b) Ley del Seguro de Accidentes de Trabajo (1884), que mejora y amplía medidas existentes, incorporando el concepto de responsabilidad objetiva (todo accidente de trabajo queda cubierto, aun aquel en el que no hubo culpa del empleador). Las cotizaciones estaban enteramente a cargo del empleador. La gestión

<sup>2</sup> BOWEN HERRERA, Alfredo, *Introducción a la Seguridad Social*, 3ª ed. act., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 36.

era en un comienzo estatal para luego ser cedida a las organizaciones patronales. He aquí una de las formas en que el Estado declina de sus funciones a favor de organizaciones no estatales, lo que a la postre ha llevado a representar uno de los parámetros del criterio de “parafiscalidad” de las cotizaciones de seguridad social.

- c) Leyes de los Seguros de Invalidez y Vejez (1889), financiados por un seguro fijo del Estado más cotizaciones obreras y patronales que podían ser variables.

Como corolario, y a través de estas medidas, Alemania se convirtió en el primer país del mundo en adoptar un programa de seguro social para la vejez. Las motivaciones del canciller alemán para introducir el seguro social en Alemania fueron promover el bienestar de los trabajadores –a fin de que la economía alemana siguiera funcionando con la máxima eficiencia– y eludir la demanda de opciones socialistas más radicales.

A pesar de sus credenciales conservadoras, Bismarck sería tachado de “socialista” por introducir esos programas, igual que le pasó al presidente Roosevelt setenta años más tarde.

Todavía durante el siglo XIX y previo al nacimiento de lo que a la postre serían los sistemas de seguridad social, la Iglesia Católica había observado con interés y preocupación el devenir de las cuestiones sociales emparentadas con el trabajo y la seguridad social. En el año 1891 la Carta Encíclica *Rerum Novarum* (*Sobre la situación de los obreros*) había destacado en uno de sus puntos: “...También ha de proveer dignamente que en ningún momento falte al obrero abundancia de trabajo y que se establezca una aportación con que poder subvenir a las necesidades de cada uno, tanto en los casos de accidentes fortuitos de la industria cuanto en la enfermedad, la vejez y en cualquier infortunio...”<sup>3</sup>

## 5. Las políticas de seguridad social

Las políticas de seguridad social no son una simple prolongación

<sup>3</sup> Carta Encíclica *Rerum Novarum* del Sumo Pontífice León XIII, dictada el 15 de mayo de 1891.

de la política de seguros sociales, constituyen un servicio público de finalidad social. Están presididas por la idea de solidaridad social e implican la cobertura general de las contingencias en favor de toda la población. Estas políticas se concretan a través de la redistribución de la renta nacional, como una de las acciones preponderantes del Estado en virtud de la teoría de la Hacienda múltiple elaborada por Richard Musgrave<sup>4</sup>.

Después de la Primera Guerra Mundial, los sistemas de seguros sociales se desarrollaron rápidamente en varias regiones, y la protección social se incluyó en los programas de las organizaciones internacionales recientemente creadas, como la OIT y la Conferencia Internacional de Uniones Nacionales de Mutualidades y Cajas de Seguro de Enfermedad, que se iniciaron en Bruselas en octubre de 1927 y que posteriormente se convirtieron en la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS).

En 1935, el presidente de EE. UU. aprobó la Ley de la Seguridad Social, que acuñaba un nuevo término que combinaba “seguridad económica” con “seguro social”.

En 1941, en la Carta del Atlántico, el presidente Roosevelt y el primer ministro del Reino Unido, Winston Churchill, se comprometieron a mejorar las normas laborales, el progreso económico y una seguridad social para todos.

La idea de seguridad social encontró su máxima expresión en el *Informe Beveridge* sobre el seguro social (Gran Bretaña, 1942). El sistema británico ejerció en Europa una influencia tan importante como

<sup>4</sup> Al respecto CORONA, Juan F. y DÍAZ, Amelia, *Teoría básica de la Hacienda Pública*, Ariel, Barcelona 1992, p. 21, quienes expresaban que “Tradicionalmente la definición de los objetivos o funciones de la Hacienda Pública se apoya en el concepto de hacienda múltiple desarrollado por R. A. Musgrave, en el que se establecen una serie de objetivos que debe cumplir el sector público en el ámbito del sistema económico [...] De acuerdo con la misma, las funciones esenciales de la Hacienda Pública son: a) *Asignación*: Efectuar ajustes para conseguir una asignación eficiente de los recursos económicos; b) *Redistribución*: Corregir la redistribución de la renta y riqueza resultante de la actuación del mercado, para lograr una distribución más justa o adecuada...”

la que tuvieron las leyes de Bismarck en su momento. Las ideas centrales del Informe Beveridge son las siguientes:

- a) Universalización de la cobertura, para proteger a toda la población.
- b) Asignación de recursos procedentes de los presupuestos generales del Estado, para asistir a la población que no está cubierta por los seguros.
- c) Unificación de la cobertura de las diversas contingencias, a través de dos pilares: el monto de las cotizaciones y de las prestaciones económicas por parte de todos los asegurados y el carácter público de la administración y gestión del sistema.

Basándose en estos principios rectores, se proyecta la internacionalización de la seguridad social, como resultado del interés en resolver dos tipos de cuestiones: (i) la necesidad de armonizar a nivel mundial las normas y tendencias de seguridad social, y (ii) los problemas que en la materia afectan a los ciudadanos de una Nación, en sus relaciones con un país extranjero.

En el primero de los casos se plasma a través de la intervención de organismos internacionales que terminan por emitir documentos de inocultable valor como, por ejemplo: el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>5</sup> que representa una norma mínima de seguridad social, y la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1948. Esta última establece en su artículo 22 que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...”

En el segundo de los casos enunciados se han ido resolviendo las cuestiones con la conformación de tratados bilaterales o multilaterales de seguridad social<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Convenio relativo a las normas mínimas de la seguridad social; fecha de entrada en vigor: 27-4-55; lugar de la celebración: Ginebra, Suiza; fecha de adopción: 28-6-52.

<sup>6</sup> La República Argentina ha celebrado con diversos países de América y Europa Convenios de Seguridad Social, los cuales han sido aprobados en cada caso mediante mecanismos que prevé la Constitución de cada Estado contratante; ellos son: República Federativa de Brasil, bilateral aprobado por ley 22.594, con vigencia a partir del 18-11-62; República de Chile, bilateral, aprobado por ley 19.522, con vigencia a partir

En 1944, con el giro experimentado por la guerra, la histórica Declaración de Filadelfia de la OIT hacía un llamamiento a favor de ampliar las medidas de seguridad social y de promover, a escala internacional o regional, una cooperación sistemática y directa entre las instituciones de la seguridad social, el intercambio regular de información y el estudio de los problemas comunes relativos a la administración de la seguridad social.

En Francia, Pierre Laroque lideró los esfuerzos gubernamentales por extender la protección social a toda la población, y en 1946 se constituyó un sistema nacional de seguridad social.

Hasta aquí la recopilación evolutiva, debemos ahora reflexionar a partir de las últimas concepciones.

## **6. Fundamentos desde el punto de vista de los “nuevos derechos y garantías”**

Los derechos elementales del hombre y el ciudadano y las garantías necesarias para asegurarlos y conservarlos surgen –fundamentalmente– de la Primera Parte del texto constitucional conocida como *Declaraciones, derechos y garantías*.

Los derechos y garantías enunciados en esta primera parte son, al decir de Sagüés<sup>7</sup>, derechos constitucionales de “primera generación”,

del 1-6-72; Reino de España, bilateral, aprobado por ley 17.218, con vigencia a partir del 1-9-67; Grecia, bilateral, aprobado por ley 23.501, con vigencia a partir del 1-5-88; Italia, bilateral, aprobado por ley 22.861, con vigencia a partir del 30-7-83; Iberoamericano, de carácter multilateral, aprobado por ley 22.146, su vigencia está sujeta a la celebración del acuerdo administrativo; Mercosur, de carácter multilateral, aprobado por ley 25.655, vigencia: 15-10-2002; Perú, bilateral, aprobado por ley 22.306, sujeta su vigencia a la celebración del acuerdo administrativo; Portugal, bilateral, aprobado por ley 17.219, vigencia a partir del 27-10-67; Uruguay, bilateral, aprobado por ley 21.028, con vigencia a partir del 1-1-76. Pese a que los convenios con el Perú y el Iberoamericano (llamado también “Convenio de Quito”) están firmados y aprobados por ley formal de cada Estado, hasta la fecha no han sido suscritos los acuerdos administrativos respectivos con las autoridades competentes, tanto del Perú como de los países que integran Iberoamérica, y por lo tanto ambos instrumentos no se encuentran en aplicación en la Argentina.

<sup>7</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Constitución de la Nación Argentina*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 19.

“...es decir los propios del constitucionalismo liberal [...] Se trata de derechos conferidos por lo común sólo a individuos [...] y son sustancialmente derechos contra el Estado...”

La evolución del constitucionalismo moderno ha producido en los distintos Estados reformas que han incluido los llamados por Sagüés derechos de segunda y tercera generación que se deben más a la condición del individuo como integrante de grupos sociales (de allí –por ejemplo– la denominación constitucionalismo social). Este repertorio de derechos abarca desde la condición como trabajador, la protección de la familia, los alcances de la seguridad social, la protección ambiental y, en general, derechos que tienen en mira a grupos sociales y –en proyección– a la sociedad toda.

Una primera etapa de inclusión de tales derechos en nuestra Carta Magna se debe a la reforma de 1957, representados por la inserción del artículo 14 bis<sup>8</sup>. La reforma constitucional del año 1994<sup>9</sup> incorpora un segundo capítulo a esta Primera Parte denominado *Nuevos derechos*

<sup>8</sup> “Art. 14 bis [*Derechos sociales*]. El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. 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”.

<sup>9</sup> La Asamblea inició sus sesiones el 25-5-94 y las concluyó el 22 de agosto del mismo año. El nuevo texto fue publicado en el Boletín Oficial el 23-8-94, tuvo una fe de erratas en la edición del 24-8, y se juró este último día en el Palacio San José (Entre Ríos). El nuevo texto ordenado constitucional se dio por ley 24.430, sancionada el 15-12-94, promulgada el 3-1-95 y publicada en el B. O. el 10-1-95.

y *garantías*. En lo que nos interesa destacar, lucen en los artículos 42 y 43, los “derechos del consumidor y del usuario” (art. 42) y en general los derechos de incidencia colectiva, mencionados en el segundo párrafo del artículo 43, para los cuales se recoge e instituye la acción de amparo colectivo.

Estas normas proveen una cantidad de derechos en el rango de los derechos sustanciales y derechos primarios fundamentales. Se puede decir que esta gama de derechos apunta (por un lado) a la protección de consumidores y usuarios, tanto de la salud y el bienestar, como de sus intereses económicos como grupo, asegurándoles igualdad de condiciones y acceso a la educación para el consumo, y por el otro, en consonancia con el artículo 86 (Defensor del Pueblo), a la protección de todos los denominados derechos de “incidencia colectiva”, entre los que se encuentran incluidos aquellos derivados de actos u omisiones producidos por la administración en el ejercicio de sus funciones públicas.

Con relación al artículo 42, Zarini efectuó el siguiente comentario: “...Reiteramos aquí la importancia que conferimos a la educación para la vida en sociedad, para la subsistencia y perfeccionamiento de la democracia, para el ejercicio efectivo y el respeto de los derechos individuales y colectivos...”<sup>10</sup>

El último párrafo de este artículo expresa que a fin de garantizar procedimientos eficaces para la prevención y la solución de conflictos entre usuarios y prestadores de servicios, la legislación instrumentará y determinará “...la participación de asociaciones de consumidores y usuarios...”

La inclusión y la consideración de los usuarios y consumidores como grupo social protegido ha dado en la práctica resultados diversos a pesar de la difícil defensa que se entabla con entidades privadas de comportamiento monopólico, y por la debilidad que en muchos casos ha demostrado el Estado para mediar en dichas relaciones. De todos modos, se ha creado una distinta conciencia de grupo, y no pocas entidades que agrupan y defienden a consumidores y usuarios han logrado penetración y capacidad para la resolución de diferentes problemas.

<sup>10</sup> ZARINI, Helio J., *Constitución Argentina. Comentada y concordada*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 194.

Ya aun antes de la elevación a rango constitucional de los derechos de “consumidores y usuarios” se conoce en la República Argentina la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, con sus muchas modificaciones<sup>11</sup>, cuyo objetivo (desde su creación y dada su naturaleza preconstitucional) resultó ser el dictado de normas para la protección y defensa de los consumidores y usuarios, legitimando, a partir de sus artículos 55 a 58, la actuación de asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, en todos aquellos casos en que resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de consumidores.

La Ley de Defensa del Consumidor es una pieza normativa muy importante, *cuyo texto ha sido recientemente ordenado por la ley 26.994 de unificación de los Códigos Civil y Comercial, el que comenzó su vigencia el 1º de agosto de 2015*. Esta ley y el nuevo Código Civil y Comercial atienden en forma muy prevalente la defensa de los derechos de consumidores y usuarios.

Lo cierto es que la evolución en las relaciones económicas nacionales e internacionales ha generado la necesidad de protección de grupos sociales, a raíz de que muchos integrantes de los mismos carecen de la posibilidad de acceder a la protección judicial de sus derechos en forma individual, sea por desinformación, falta de recursos o conocimiento. Como consecuencia de esa necesidad, el Derecho interno de varias naciones ha asignado status jurídico a agrupaciones de individuos con un vínculo común de intereses.

Como decíamos anteriormente, la evolución del constitucionalismo social en esta última etapa ha provocado la elevación de rango, no sólo a entidades de carácter privado, sino también a organismos de carácter público y a tratados concluidos con organizaciones internacionales. En el caso de la República Argentina se adquiere la más alta expresión a través de la incorporación al texto constitucional del “Defensor del Pueblo” (art. 86), creado originalmente por la ley 24.284 (B. O.: 6-12-93) con las modificaciones de ley 24.379 (B. O.: 12-10-94) y por la jerarquización de los tratados con las

<sup>11</sup> Ley 24.240 (B. O.: 15-10-93), modificada por leyes 24.787 (B. O.: 2-4-97), 24.999 (B. O.: 30-7-98), 26.361 (B. O.: 7-4-2008), 26.993 (B. O.: 19-2-2014).

demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede (art. 75, inc. 22).

La organización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también incluyó la jerarquía constitucional del “Defensor del Pueblo” en ese ámbito (art. 137 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires) y la regulación funcional definitiva de la Defensoría mediante la ley 3, publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad con fecha 27 de febrero de 1998.

Los intereses de conjunto, comunes a determinados grupos sociales, han sido denominados derechos difusos o colectivos. Esta categoría de derechos colectivos ha ido abarcando una cada vez más extensa cantidad de situaciones. La doctrina (con una orientación más bien homogeneizante) denomina de este modo tanto a los derechos de incidencia colectiva (derecho a un medio ambiente sano, a la paz, derechos del consumidor y del usuario) como a los que se regulan a favor de grupos diferenciados (género, condición, edad, grupo étnico, etc.).

Por cierto, estas dos clases de derechos (de incidencia colectiva o a favor de grupos diferenciados) hacen referencia a un grupo de personas; pero, mientras que los primeros expresan que el agravio que produce su vulneración es virtualmente colectivo, los segundos indican que el sujeto a favor de quien se prescriben es un sector minoritario y ello más allá de si la titularidad para exigirlos o para gozarlos es individual, colectiva o alternativa. En este último caso se advierte una subjetividad colectiva, una representación de intereses colectivos diferenciales y hasta, en ciertos casos, una personalidad jurídica inmanente distinta de la de cada uno de sus miembros<sup>12</sup>.

Una acertada definición legal y distinción de dichos intereses ha de encontrarse en el artículo 81 del Código Brasileiro del Consumidor:

“...Intereses o derechos difusos son, para los efectos de este Código, los transindividuales de naturaleza indivisible de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas entre sí por circunstancias de hecho...”

“...Intereses o derechos colectivos son los transindividuales de na-

<sup>12</sup> RAMOS, Laura, *Derechos colectivos: Ensayo de clasificación*, ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Derechos y Garantías del Siglo XXI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2001.

turalidad indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas legales unidas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base...”

Desde nuestra doctrina, también han sido denominados (como antes expresáramos con relación a los mencionados en el art. 43) “derechos de incidencia colectiva”<sup>13</sup>. El interés difuso, llamado también fragmentario, colectivo o supraindividual, ha sido caracterizado como aquel que no pertenece a una persona determinada o a un grupo unido por un vínculo o nexo común previo, sino que corresponde a un sector de personas que conviven en un ambiente o situación común. Se ha dicho que se trata de un bien que pertenece a todos y al grupo, pero que es indivisible, por lo que la satisfacción del interés respecto de uno de ellos importa la de todos<sup>14</sup>. Se ha señalado que el constituyente, al tutelar los derechos de incidencia colectiva plasmados en los artículos 42 y 43 de la CN, hace referencia a intereses típicamente sociales o grupales, como los vinculados con el medio ambiente y la salud pública<sup>15</sup>.

En el ámbito internacional, también se ha visto claramente plasmada esta tendencia con relación a los consumidores y usuarios de servicios. La Asamblea General de las Naciones Unidas ha concordado en directivas tendientes a la protección de la salud y a establecer determinados comportamientos del mercado internacional de alimentos, así como la promoción y protección de intereses económicos de los consumidores<sup>16</sup>. Si bien estas directrices se establecieron como “recomendaciones” o “carta de buenas intenciones”, han sido recogidas por las legislaciones internas de los países, incluso, desde la órbita constitucional.

Merece destacarse a modo de ejemplo el status jurídico reconocido

<sup>13</sup> BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994*, 2ª reimp., Ediar, Buenos Aires, t. IV, p. 318; SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, t. III, ps. 674/675.

<sup>14</sup> DE LA RÚA, A., *La protección de los intereses llamados difusos en la Constitución Nacional y la Constitución de la Provincia de Córdoba*, en L. L. 1996-B-789.

<sup>15</sup> QUIROGA LAVIÉ, H., *El amparo colectivo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 42.

<sup>16</sup> Resol. ONU 39/248 del 9-4-85, “Directrices para la protección del consumidor”.

a los consumidores en distintas Constituciones iberoamericanas, entre otras: Brasil (art. 5º), Colombia (art. 78), El Salvador (art. 101), España (art. 51), Guatemala (art. 119), Nicaragua (art. 105), Paraguay (arts. 27, 38, 72), Perú (art. 65), Portugal (art. 81), Uruguay (arts. 24, 44, 52), Venezuela (art. 113).

En nuestro país, en los últimos años, y a raíz de los efectos económicos ocasionados por la aplicación de diversas normas sobre vastos sectores de la población, se ha visto ampliado en forma considerable el reconocimiento de derechos de grupos sociales.

Así es como han podido resguardarse intereses puntuales de grupo, no sólo del público consumidor, usuarios de servicios públicos o habitantes de un medio ambiente determinado, sino también ahorristas del sistema bancario que vieron inmovilizados y reducidos sus ahorros<sup>17</sup>, jubilados y empleados públicos a los que se impidiera el cobro de la totalidad de sus haberes<sup>18</sup>, entre otros.

Tal vez el precedente más fuerte, con más creaciones y con voz más clara desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo represente la causa “Halabi” del mes de febrero del año 2009<sup>19</sup>.

El caso se refiere a la acción de amparo interpuesta por un abogado en virtud de considerar que las disposiciones de la Ley 25.873 de Telecomunicaciones (B. O.: 9-2-2004) y de su decreto reglamentario 1563/2004 (B. O.: 9-11-2004) vulneran los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional en la medida que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar “en qué casos y con qué justificativos” esa intromisión puede llevarse a cabo.

El alto tribunal califica en uno de los puntos importantes al reclamo como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva,

<sup>17</sup> CNFed.CAdm., sala V, 13-9-2002, “Defensor del Pueblo de la Nación c/EN-PEN, decretos 1570/01 y 1606/01 s/Amparo ley 16.986”, c. 29.255/01. CNFed.CAdm., sala V, 13-9-2002, “Defensor del Pueblo de la Nación. Inc. decreto 1316/02 c/EN-PEN-Decs. 1570/01 y 1606/01 s/Amparo ley 16.986”, c. 147.369/02.

<sup>18</sup> CFed.SS, 28-5-2003, “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional s/Amparos y sumarisimos”, SD 98.510.

<sup>19</sup> CSJN, 24-2-2009, “Halabi, Ernesto c/PEN –ley 25.873, dec. 1563/04– s/Amparo ley 16.986”, H.270.XLII, Rex, Fallos: 332:111.

*referente a los intereses individuales homogéneos*, dado que tal intervención importa una violación de los derechos a la privacidad y a la intimidad y pone en riesgo el “secreto profesional” que, como letrado, se ve obligado a guardar y garantizar (arts. 6º, inc. f; 7º, inc. c, y 21, inc. j, de la ley 23.187), dado que su pretensión no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

Otro de los puntos (y esto resulta una creación) se refiere a la admisión formal de la acción colectiva. Y define en este aspecto que dicha acción requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad, tales como la precisa identificación del grupo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo, siendo esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio –de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte–, y que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

Si existe un punto realmente complejo en esta materia es el referido a la legitimación procesal. En cuanto a esta legitimación, delimitó con precisión tres categorías de derechos: (i) individuales; (ii) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y (iii) de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, y en todos los supuestos es imprescindible comprobar la existencia de un “caso” (art. 116, Const. Nac. y art. 2º de la ley 27) –ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición–, como también es relevante determinar si la controversia en

cada uno de dichos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible.

La sentencia por un lado crea la acción de clase que garantiza los derechos de dimensión colectiva, y por otro protege la privacidad en el uso de Internet y telefonía, frente a posibles intromisiones de organismos del Estado.

El fallo se dio por mayoría, donde todos los miembros del tribunal coincidieron en confirmar la decisión de Cámara. El voto de la mayoría (jueces Lorenzetti, Highton, Zaffaroni y Maqueda) desarrolla los fundamentos para reconocer la acción colectiva para casos futuros, mientras que el voto de la minoría (Fayt, Petracchi, Argibay) se limita a confirmar la sentencia de la Cámara, declarando improcedente el recurso extraordinario interpuesto.

La regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular, lo que no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural, y en tales casos no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Const. Nac.) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado, y la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo –lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad–, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna, razón por la cual sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos, no perteneciendo estos bienes a la esfera individual sino a la social y no son divisibles de modo alguno.

En la tutela de los derechos que tienen por objeto bienes colectivos, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho,

porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual –como sucede en el caso del daño ambiental–, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera, de tal manera que cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causa petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación.

La Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del artículo 43 la categoría conformada por los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos –derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, derechos de los usuarios y consumidores, como los derechos de sujetos discriminados–, casos en los que no hay un bien colectivo ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, sino que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea, dato que tiene relevancia jurídica porque la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre, existiendo una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Sostiene la Corte la ausencia de una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase. Dicha norma (*de lege ferenda*) debería, según su visión: (i) determinar cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones; (ii) definir a la clase homogénea; (iii) si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones; (iv) cómo tramitan los procesos; (v) cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar, y (vi) cómo se hacen efectivos.

Existe entonces una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido. El artículo 43, párrafo segundo de la Constitución Nacional es claramente operativo y es obligación de los jueces darle

eficacia cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.

La procedencia de las acciones de clase requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, sin perjuicio de lo cual también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

El precedente “Halabi” del alto tribunal ha calado en la actividad jurisprudencial y con frecuencia –ahora– las distintas organizaciones de protección de los derechos de los consumidores interponen acciones de clase a los efectos de la protección de esos derechos, basándose en esa doctrina de la Corte.

En la causa “PADEC c/Wall Street Argentina SA s/Ordinario” (expte. 102.722, Registro de Cámara N° 064.436/2008), fallada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, con fecha 26 de marzo de 2014, analizando un caso en que la “Asociación Civil Prevención, Asesoramiento y Defensa” (PADEC) promovió la acción de incidencia colectiva, en su condición de asociación de consumidores, contra “Wall Street Argentina SA”, procurando, por un lado, que se decrete la nulidad de las dos cláusulas del contrato tipo que la demandada instrumentaba con quienes contratan sus cursos, y por otro para que se condene a la demandada: (i) a informar en forma cierta y objetiva el precio de los cursos que oferta públicamente en sus carteles, afiches, volantes, folletos, etcétera; (ii) a devolver a todos los usuarios las sumas de dinero percibidas sin causa y derivadas de la aplicación de las cláusulas abusivas insertas en el contrato tipo implementado, con más los correspondientes intereses compensatorios y punitivos, y (iii) a publicar la sentencia con las mismas características de difusión que dedica a sus campañas.

Obviamente la cuestión, en este tipo de acciones, se centra en la legitimación activa de las asociaciones de consumidores para promover acciones colectivas y en la identificación de los derechos que se pretenden proteger frente a esa legitimación.

La Cámara Comercial partiendo del análisis de la doctrina sentada por la Corte, y dados los fundamentos desarrollados, termina por concluir que: “...no resulta contradictorio establecer, por un lado, que la accionante ‘PADEC’ cuenta con legitimación activa para reclamar que se declaren nulas las cláusulas IV y V del contrato tipo y, por el otro, que no se encuentra habilitada para demandar la restitución a los alumnos que rescindieron el contrato los importes correspondientes a los períodos no cursados. Ello así, pues, en el primer caso, las cláusulas cuestionadas se encuentran incorporadas en todos los contratos implementados por la demandada, por lo que podrían involucrar los intereses de todos los alumnos y potenciales consumidores, configurándose de esta manera la ‘homogeneidad fáctica’ requerida para habilitar a las asociaciones de consumidores a entablar una acción colectiva. En igual sentido se pronunció la CSJN, reconociendo la legitimación procesal de los demandantes, tanto en el ya citado caso ‘Halabi’, de fecha 24-2-2009 (*Fallos*: 332:111), donde se reclamó que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 –artículos 1º y 2º– y del decreto 1563/2004, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet, sin precisar en qué casos y con qué justificativos, dado que aquí se podría ver comprometida la esfera de intimidad personal de todos los individuos, como así también –recientemente– en el caso ‘PADEC c/Swiss Medical SA s/Nulidad de cláusulas contractuales’, del 21-8-2013, en el que la aquí accionante demandó la nulidad de la cláusula del contrato entre la prestadora de servicios de medicina prepaga y los afiliados que contempla el derecho de aquélla a modificar unilateralmente las cuotas mensuales, ya que los aumentos abarcaban a todos los socios y serían susceptibles de ‘ocasionar una lesión al derecho de una pluralidad de sujetos’. Empero, el reconocimiento de esa legitimación activa para incoar una demanda puntual no habilita a aquellos que accionan en defensa de un interés colectivo a efectuar cualquier tipo de reclamo referido con el contrato o norma cuestionados, sino que su marco de acción se encuentra limitado –en lo que aquí interesa– a aquellos hechos que puedan provocar una lesión a una ‘pluralidad relevante de derechos individuales’, circunstancia que –como se determinó ut supra– no se verificó en el reclamo de la devolución de sumas percibidas sin causa...”

Como vemos, el avance ha sido en este campo bien notorio. Queda suficientemente claro que, bien sea a través de la elevación a rango constitucional, o a través de la conformación normativa o, en su caso, por el tránsito jurisdiccional, han quedado evidenciados y protegidos ciertos derechos de carácter colectivo, que se relacionan con un núcleo de actuaciones humanas, sociales y económicas desarrolladas por los individuos que componen la comunidad y que han merecido —entonces— un reconocimiento explícito. Esta tendencia nos otorga causa, incentivo y plataforma para nuestra propuesta.

### **7. Los derechos a la seguridad social. El nexo entre los derechos individuales y los de incidencia colectiva**

Desde el marco del Derecho, el acceso a la seguridad social constituye un derecho sustancial y, ahora sabemos, connatural a la persona. Ya no puede vislumbrarse la existencia misma de la persona sin la custodia que ejerce el Derecho de la Seguridad Social.

También es conciencia común que la seguridad social es un bien público de tipo puro que, en la estructura del Estado moderno, ha adquirido importancia relevante y diríamos casi de la misma magnitud que los bienes públicos de carácter tradicional, aquellos definidos en la teoría clásica y que eran los respetados hasta por el concepto de Estado neutral.

Pero aquí el problema: estos derechos mundialmente reconocidos, custodiados y garantizados por todos los plexos constitucionales del mundo organizado y regulados por las legislaciones positivas representan —muchas veces— un problema de tal entidad y magnitud que los mismos Estados que los crean, protegen y aseguran tratan de ponerles límites y hasta de negarlos, lo que provoca, amén de un sinnúmero de convulsiones sociales, una puja que necesita ser resuelta, para transformarla en una coordinación de tipo positivo.

Los derechos a la seguridad social y muy especialmente los de orden previsional se han visto sometidos universalmente a un intenso debate. Debate que, desgraciadamente, ha empujado al colectivo que debería ser elegido para la protección a la margen contraria: una severa desprotección.

## 8. Los derechos ciudadanos universales

Es indudable que el posicionamiento de estos derechos no es fácil de dilucidar; no olvidemos que estamos hablando de distintas fases en cuanto a su ordenamiento.

Hay una primera fase de carácter sustancial que trata respecto del derecho de toda persona al acceso a la seguridad social. Allí observamos la intervención de los derechos sociales de segunda o tercera generación, derechos ganados por el status de ciudadano ante la acción del Estado en sus políticas sociales y más aún como grupo protegido dentro de los derechos de incidencia colectiva.

Pero también existe otra fase en la que comienzan a vislumbrarse –nuevamente– los derechos patrimoniales individuales, desde el momento en que, por ejemplo, un beneficiario accede a alguna de las prestaciones que el Estado diseña como parte de esa política social. El goce de las prestaciones implica un beneficio patrimonial personal, el que perdido o menoscabado representa directamente un agravio al derecho de propiedad. Estos dos planos se encuentran muchas veces interactuando: el derecho a una acción positiva del Estado respecto de toda la ciudadanía de la Nación o de grupos que por su vulnerabilidad merecen (y necesitan) ser especialmente protegidos, y por el otro, el derecho personal patrimonial a la intangibilidad de la propiedad.

¿Dónde se encuentra entonces el punto de unión de ambos derechos?  
¿Cuál es el vínculo de comunicación?

Este vínculo parece activarse cuando el Estado como titular de las políticas públicas y, en este caso, custodio y provocador de la política social, toma medidas que afectan o pueden afectar a los derechos individuales, pero que por su magnitud, difusión y posicionamiento repercuten en forma general en el colectivo de destinatarios originales de esas políticas públicas, perturbándolos como colectivo o grupo que merece protección especial.

Es allí donde un derecho patrimonial personal pasa a convertirse en una cuestión de toda la colectividad que se ve afectada y vulnerada por la intervención del Estado. Éste es el caso de los beneficios de jubilaciones y pensiones.

Muy aleccionador resulta lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha venido indagando acerca de los derechos de incidencia colectiva (como ya vimos en otros puntos).

Es interesante observar lo que analizara en la causa “Mujeres por la Vida Asociación Civil sin fines de lucro –filial Córdoba– c/PEN. M. de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo”<sup>20</sup>.

Si bien esta causa no trataba cuestiones atinentes a la seguridad social, resulta de un fino análisis jurídico el voto del presidente del cuerpo, doctor Lorenzetti, en relación con aquellos derechos que merecerían protección, legitimando la vía procesal a través de la acción del Defensor del Pueblo.

Allí expresa el ministro de la Corte que corresponde, a los efectos de establecer la limitación, identificar con certeza si la pretensión concierne a derechos individuales, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Sigue afirmando que, en los casos de los derechos de incidencia colectiva, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho, porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero que, en tal caso, la última acción corresponde al titular y resulta concurrente con la primera. Afirma que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe diferenciarse de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza del titular.

Dice, por fin, que la Constitución Nacional admite una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace a los derechos de los consumidores y a la no discriminación.

Rodolfo Barra incursiona en la definición y encuadre de los derechos de incidencia colectiva expresando: “...El derecho de incidencia colectiva puede definirse a partir de su situación de crisis, es decir frente

<sup>20</sup> CSJN, M.970.XXXIX, 31-10-2006, *Fallos*: 329:4953.

al agravio. Cuando se agravia a alguien por una característica que es esencialmente (no accidentalmente) participada por otros (aunque sea temporalmente, pero no por azar o por imperio de ocasionales circunstancias), ese agravio incide en las restantes personas que así, por ello y sólo por ello, son consideradas a los efectos del artículo 43 de la Constitución Nacional como miembros de un colectivo –así determinado–, por lo que puede afirmarse que el agravio incide colectivamente...”<sup>21</sup>

Todo esto quiere decir que el derecho a la seguridad social no es un derecho meramente conjetural, que pueda depender tan sólo de variables de cálculo económicas y que tales variables puedan afectar un derecho que se ampara no sólo en los plexos constitucionales de cada Estado, sino más bien en la universalización de los derechos humanos y –en este caso– otorgándole la dignidad necesaria, o sea: la protección de los derechos de la vejez, de la salud, de la integración familiar, de la subsistencia digna, como describe la explícita pero no acotada lista de derechos sociales amparados por el artículo 14 bis de nuestro texto constitucional, como avanzada de la irrupción de los derechos sociales o de segunda generación.

## **9. Las políticas de seguridad social y el Derecho Internacional**

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la causa “Cinco Pensionistas vs. Perú” (sent. del 28-2-2003, Serie C, N° 98), abordando el análisis del Derecho interno del Estado parte, concluye que a partir del momento en que los denunciantes se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en la normativa en la que se encuadra el caso adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en aquéllas.

Los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con la legislación interna y con el artículo 21 de la Convención Americana (punto VII, párrafo 103 de la sentencia citada). En consecuencia, re-

<sup>21</sup> BARRA, Rodolfo C., *Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia*, en E. D. 169-433, E. D. del 22-10-96.

conoció que las presuntas víctimas tenían un derecho adquirido a la pensión y, más precisamente, a una pensión cuyo valor se “...encontrara nivelado...”

Se dijo que, sin desconocer la facultad del Estado para poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social, en el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones) se ratifica que los Estados sólo pueden reducir lo que el tribunal denomina “pensión nivelada” por la vía legal adecuada y en la medida que no contradigan el propósito y razón de las mismas, condenando la modificación arbitraria de los parámetros de determinación del monto de aquélla con la consecuente reducción del beneficio (punto VII, párrs. 112, 116 y 121, entre otros, de la sentencia citada).

En razón de lo expuesto la Corte Interamericana declaró que el Estado parte violó el derecho de propiedad privada, el derecho a la protección judicial e incumplió las obligaciones generales en los términos de los artículos 21, 25, 1.1 y 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto XIII, párr. 187, de la sentencia citada). Para ello, el tribunal internacional construyó algunos principios de interpretación importantes para resolver cuestiones como las descritas.

En primer término, señaló que conforme al artículo 1º de la Convención “...es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención...”

En segundo término, que el deber general del artículo 2º del tratado implica la adopción de medidas en dos vertientes: “...Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención; por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías...”

Debemos decir que la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al bloque de legalidad de las Constituciones de los Estados, como en el caso de la República Argentina en el actual artículo 75, inciso 22, importa establecer como principio general el de la supralegalidad de los tratados internacionales: los tratados prevalecen sobre las leyes. Este principio constitucionalizado, en nues-

tro país a partir de 1994, convalida precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de su previa plena operatividad<sup>22</sup>.

En fecha 16 de diciembre de 1991, las Naciones Unidas adoptaron criterios rectores de políticas públicas para las personas mayores. Allí se estipuló que las personas mayores tienen derecho a vivir con dignidad, independencia, participación en la sociedad, poder disfrutar de los cuidados de la familia y la sociedad y tener acceso a recursos que les permitan desarrollar sus potencialidades.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comúnmente conocido como Protocolo de San Salvador, establece que “...Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica...”

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, emanada de la IX Conferencia Internacional Americana, dispone en el Capítulo Primero (*Derechos*), en su artículo XI, el derecho a la preservación de la salud y al bienestar: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

Por su parte el artículo XVI determina el derecho a la seguridad social: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

<sup>22</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ref.: Defensa en juicio. Privación de justicia. Pacto de San José de Costa Rica. Reglamentación. “Del texto del art. 8º, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aparece claramente que dicha norma, al igual que los arts. 7º, inc. 5º, y 8º, inc. 2º, letra H, no requiere de una reglamentación interna ulterior para ser aplicada a las controversias judiciales”. En M.527.XXII, 21-12-89, “Microómnibus Barrancas de Belgrano SA s/Impugnación”, *Fallos*: 312:2490.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la resolución 217 A [III] de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948) proclama en su artículo 22 que “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”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>23</sup> en su artículo 9º expresa: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>24</sup> incluye en el artículo 11, inciso e: “...El derecho a la seguridad social, en particular en los casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas...”

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>25</sup>, en su artículo 26 expresa que: “...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...”

Como se deduce de todas las normas enunciadas anteriormente,

<sup>23</sup> Adoptado por la resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la ciudad de Nueva York, EE. UU., el 19-12-66. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (sanc. el 17-4-86, publ. en el B. O. el 13-5-86), juntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.

<sup>24</sup> Aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18-12-79. Suscripta por la República Argentina el 17-7-80. Aprobada según ley 23.179 (sancionada el 8-5-85, promulgada el 27-5-85, publicada en B. O. el 3-6-85).

<sup>25</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, EE. UU., el 20-11-89. Aprobada por la República Argentina según la ley 23.849 (sancionada el 27-9-90, promulgada de hecho el 16-10-90 y publicada en el B. O. el 22-10-90).

este Derecho Internacional de los Derechos Humanos exhibe perfiles que lo distinguen del Derecho Internacional común, general o clásico. Los tratados sobre derechos humanos, si bien responden a la tipología de los tratados internacionales, tienen como designio obligar a los Estados partes a su cumplimiento dentro de sus respectivas jurisdicciones internas, es decir, a respetar en esas jurisdicciones los derechos que los mismos tratados reconocen directamente a los hombres que forman la población de tales Estados.

El compromiso y la responsabilidad internacionales aparejan y proyectan un deber “hacia adentro” de los Estados, cual es el ya señalado de respetar, en el ámbito interno, los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado parte. Cuando una Constitución, Ley Suprema que encabeza al orden jurídico interno, contiene un plexo de derechos a través de un tratado, éste participa en lo interno de la misma supremacía de que goza la Constitución a la que pertenece.

Hay, pues, una afinidad: el Derecho Internacional sitúa a los derechos humanos en su cúspide, y el Derecho interno ubica de modo equivalente a la Constitución que incorpora los derechos a su codificación suprema. La fuerza y el vigor de estas características del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se reconocen fundamentalmente por dos características: a) que las normas internacionales sobre derechos humanos son *ius cogens*, es decir, inderogables, imperativas e indisponibles; b) que los derechos humanos forman parte de los principios generales del Derecho Internacional Público.

Todas estas normas de rango internacional nos deben hacer caer en la cuenta de que: Los derechos de la seguridad social exceden ampliamente las regulaciones y políticas de orden interno. Las normas internas, las políticas de seguridad social y –en general– la protección de los ciudadanos respecto de todas las contingencias a que están expuestos no pueden constituirse en negación de los derechos consagrados internacionalmente. No existen razones, es más, existe obligación de proveer y proteger a todos los individuos de las contingencias que la seguridad social trata de custodiar.

## **10. La seguridad social como proyección y motor del cambio. El papel de la seguridad social en la recuperación de las cuestiones críticas**

Delegados representantes de trabajadores, empleadores y Ministerios de Trabajo y Sanidad de 29 países, reunidos en Ginebra los días 2 a 4 de septiembre de 2009, propusieron la aplicación con carácter urgente de políticas y medidas que refuercen y amplíen la seguridad social a escala mundial.

Los asistentes a los debates a lo largo de tres días de duración llegaron a la conclusión de que se pueden extraer lecciones importantes de la crisis mundial económica y social. En sus conclusiones, el viceministro de Brasil para la Seguridad Social, Carlos Eduardo Gabas, afirmaba que los regímenes de protección social no deben percibirse como un lujo o como una carga para la sociedad, ya que desempeñan un papel extremadamente importante para atenuar las consecuencias de las crisis y funcionan como mecanismos estabilizadores.

El viceministro reconoció asimismo que, si bien la mayoría de los países tenía al menos un régimen de seguridad social, había carencias significativas en las coberturas, tanto en los países en vías de desarrollo como en los desarrollados.

Se refirió a los seis Convenios de la OIT actualizados que se centran en la seguridad social y en la seguridad de los ingresos, y en particular al Convenio N° 102<sup>26</sup>. El hecho de que Brasil, Bulgaria y Rumania hayan decidido recientemente ratificar el Convenio N° 102 de la OIT y que otros países se estén planteando hacerlo demuestra que sigue teniendo vigencia.

Las investigaciones de la Organización Internacional del Trabajo y las experiencias recogidas ponen de relieve que las prestaciones básicas de la seguridad tienden a querer implementarse en la mayoría de los países, aunque su introducción se pueda tener que hacer progresivamente a lo largo de varios años. La propuesta de una estrategia

<sup>26</sup> Convenio relativo a las normas mínimas de la seguridad social; fecha de entrada en vigor: 27-4-55; lugar: Ginebra; fecha de adopción: 28-6-52; sesión de la Conferencia: 35ª.

bidimensional para la ampliación de la seguridad social encontró una gran aceptación entre los asistentes a la reunión.

Tal estrategia incluye una ampliación “horizontal” de la cobertura que aumente, por ejemplo, el número de personas cubiertas por los regímenes de protección social, incluidos los que trabajan en la economía informal, a través de un conjunto de políticas públicas, como la asistencia sanitaria básica para todos, prestaciones familiares y pensiones básicas para las personas mayores y discapacitadas.

La segunda parte de la estrategia, identificada como “vertical”, está relacionada con las normas para la cobertura del seguro social con arreglo a lo definido en los oportunos Convenios y Recomendaciones de la OIT.

Los programas de implementación de gastos de transferencia y subsidios en efectivo en varios países han resultado ser un instrumento importante en la mitigación de la pobreza. No obstante, programas como “Bolsa-Família” en Brasil y “Oportunidades” en México requieren capacidad institucional e inversiones en la creación de conocimientos a escala nacional y local.

Antes de la crisis económica y financiera desatada entre los años 2008/2009, los sistemas nacionales de seguridad social estaban sometidos a una intensa presión política y económica. En los países industrializados, el costo se consideraba demasiado elevado, mientras que en muchos países en vías de desarrollo resultaba directamente inaccesible. Ahora, esta crisis económica y social ha cambiado las percepciones. Cada vez en mayor medida, los sistemas de seguridad social se consideran útiles estabilizadores económicos en momentos de crisis. Michael Cichon, director del Departamento de Seguridad Social de la OIT, analiza la seguridad social en tiempos de crisis y el posible despertar de un nuevo paradigma de desarrollo.

Se entiende que la actual crisis económica y social representa una amenaza para el bienestar de millones de personas en la economía mundial. En los próximos años, puede repercutir en una fuerte retracción del empleo respecto de millones de personas y acercarlas más a la pobreza.

El instrumento más rápido para aliviar la pobreza es la seguridad

social. Por eso, lo que más se necesita son instrumentos y medidas que aborden –más allá de la crisis– las necesidades sociales permanentes de las personas de todo el mundo.

Durante décadas, los programas de seguridad social de la Unión Europea (UE) y de los países de la OCDE han sido eficaces reduciendo las desigualdades de renta y la pobreza. En términos generales, a mayor tasa de gasto social, menor tasa de pobreza.

Y lo que es igual de importante, los sistemas de seguridad social no sólo responden a las necesidades sociales, sino que son una necesidad económica. Antes incluso de que la crisis incidiera en la economía mundial, una nueva comprensión de la importancia de la seguridad social como requisito previo para el crecimiento –y no como una carga para la sociedad– estaba arraigando lentamente en el debate sobre las políticas de desarrollo. Pero la crisis actuó como acelerador en el debate sobre la seguridad social.

En tiempos de crisis, los ingresos asistenciales, en especial las prestaciones de asistencia social y de la seguridad social pagadas a los trabajadores desempleados y a otros perceptores vulnerables, actúan como estabilizadores sociales y económicos. Las prestaciones no sólo impiden que las personas caigan aún más en la pobreza, sino que también limitan la contracción de la demanda global, con lo que reducen la profundidad potencial de la recesión.

Este mecanismo funcional fue intentado en nuestro país, a través de la incorporación del subsistema no contributivo de asignación universal por hijo, instrumentado a través del decreto 1602/2009, publicado en el Boletín Oficial el 30 de octubre de 2009.

Esta función estabilizadora de los regímenes de seguridad social es aceptada de forma explícita por la mayoría de los gobiernos actuales. Los países industrializados han aplicado paquetes de estímulos, encaminados a abordar el problema del creciente desempleo y la vulnerabilidad social de sus ciudadanos mediante regímenes de seguridad social. Las principales medidas adoptadas incluyen unas prestaciones por desempleo más elevadas y más flexibles, mayores transferencias sociales a los hogares vulnerables y financiación adicional para ampliar la cobertura de la seguridad social en otros programas.

La mayoría de los gobiernos utiliza los actuales sistemas de transferencias y subsidios sociales para responder a la mayor necesidad de protección durante la crisis, lo que demuestra la importancia de los sistemas de seguridad social permanentes para la gestión de tales crisis.

El informe de la OIT ante la cumbre del G20 en Pittsburgh (EE. UU.) llegó a la conclusión de que los efectos sobre el empleo de los denominados “estabilizadores automáticos” (es decir, los regímenes de seguridad social), por vía de la estabilización de la demanda agregada, probablemente eran tan importantes como el efecto sobre el empleo de los muy debatidos paquetes de incentivos<sup>27</sup>.

## **11. El financiamiento de los sistemas de seguridad social y los retos de largo plazo**

Además de los efectos directos que provocan, tanto las situaciones habituales como las crisis en la financiación de la seguridad social, y el aumento de la demanda de los beneficios provenientes de tales sistemas, se deben enfrentar algunos retos estructurales a largo plazo.

Para la sostenibilidad financiera de los sistemas de seguridad social en los países industrializados, el problema acuciante es el entorno demográfico. Durante los últimos 20 años el envejecimiento se viene proponiendo como la razón más importante para la reforma de los sistemas de pensiones, los más atados a dicha variable de envejecimiento poblacional.

Si bien el debate en el campo específico del sistema previsional (jubilaciones y pensiones) no se ha agotado aún en la discusión dicotómica entre los regímenes de ahorro (capitalización individual) o reparto asistido de administración estatal, aún parece no haberse advertido que aunque se pretenda sustituir la cantidad de prestaciones financiadas de forma solidaria por una financiación basada en el ahorro individual, no incide en la reducción del gasto.

Cambiar el sistema financiero no cambiará el problema del gasto a menos que conlleve una reducción de los niveles de prestaciones; pero ya vimos que la reducción de las prestaciones podría implicar

<sup>27</sup> Este tema ha sido desarrollado y extractado en la publicación de la OIT *Trabajo*, N° 67, correspondiente al mes de diciembre de 2009.

retracción o supresión de derechos, con lo cual se tornaría ilegítimo. En un esquema eficiente y sustentable, los ingresos de las personas inactivas se tienen que financiar de un modo u otro a partir del PIB actual y las personas empleadas deberán financiar los ingresos asistenciales de las personas inactivas y jubiladas.

Es evidente que un mayor número de personas de edad avanzada hará aumentar los gastos en pensiones y en asistencia sanitaria en los próximos decenios. No obstante, habida cuenta de las medidas de consolidación del gasto que muchos países han aplicado, no tienen por qué suponer una amenaza para el equilibrio financiero de los sistemas nacionales de protección social ni para el equilibrio fiscal de los presupuestos de la Administración.

Hace unos pocos años Harvey S. Rosen había advertido estas circunstancias que estamos tratando, en el régimen de seguridad social de los Estados Unidos, expresando que a partir –precisamente– del año 2010 (su análisis data de los años 2000/2001) y dada la estructura, la seguridad social (especialmente el sistema de pensiones) resultaba inestable desde una perspectiva financiera.

Decía que una fórmula sencilla puede ayudar a ilustrar cuál es el origen del problema.

En un sistema de reparto estable, las prestaciones que reciben los jubilados son iguales a las contribuciones que realizan los que se hallan activos en el mercado de trabajo. Las variables de ingreso-gasto dependen de los dos lados de la ecuación: de un lado, el índice de dependencia, que es el cociente entre el número de pensionados y el número de trabajadores; el segundo término es la tasa de sustitución o tasa de reemplazo, es decir, el cociente entre las prestaciones medias y los salarios medios. Los problemas de largo plazo que acucian a la seguridad social tienen que ver con el hecho de que en los Estados Unidos la población está envejeciendo (en el mundo agregaríamos nosotros), lo que implica que el índice de dependencia está aumentando progresivamente. Los datos que arrojaba la actualidad de ese momento eran que el índice de dependencia era de 0,29, lo que significaba que por cada trabajador jubilado había aproximadamente 3,4 trabajadores activos. Hacia 2030, cuando la generación nacida del *baby boom* al-

cance su edad de jubilación normal, el índice será solamente del 0,5, sólo habrá dos trabajadores por cada jubilado.

Para rematar, sostenía que el único modo de mantener la misma estructura de prestaciones en un sistema de reparto es aumentar los impuestos que pagan los trabajadores<sup>28</sup>.

El incremento de los tributos que pesan sobre las actividades desarrolladas en forma dependiente (mayor presión sobre la base imponible salarial) tiene un límite y puede provocar –asimismo– situaciones adicionales de falta de empleo, con lo cual la solución seguramente deberá tener una respuesta diversa.

No obstante, existen diferencias significativas entre los distintos países, diferencias que no tienen tanto que ver con el proceso de envejecimiento propiamente dicho como con las características específicas de los programas, como son su financiación, la posibilidad de optar a ellos y la generosidad de sus prestaciones. Algunas de estas cuestiones se tendrán que abordar mediante una combinación de medidas de contención de costos, incremento de ingresos y reasignación de recursos entre las diferentes ramas de la seguridad social. Es indudable que el envejecimiento representará un serio problema de gestión.

## **12. El análisis del financiamiento de los sistemas de seguridad social**

Las acciones que los Estados, históricamente, han emprendido tratando de conjeturar el cumplimiento de sus políticas de seguridad social implican el pago de prestaciones a los beneficiarios de esas políticas. Por lo tanto, el propio Estado debe establecer la forma acorde de financiar dichas erogaciones. Relacionado con esta cuestión cabe distinguir dos aspectos: (i) las fuentes de financiamiento; (ii) el régimen financiero utilizado.

La primera fuente de financiamiento fue el aporte personal de aquellos que luego serían protegidos en sus contingencias. A fines del

<sup>28</sup> ROSEN, Harvey S. (Departamento de Economía de la Universidad de Princeton), *Hacienda Pública*, 5ª ed., trad. de Jesús Ruiz Huerta, McGraw Hill Interamericana de España, Madrid, 2001, p. 193.

siglo XIX se sumó al aporte personal de los trabajadores la contribución de los empleadores. Se constituyó así la noción de *cotización*.

Las *cotizaciones* son el recurso de la seguridad social conformado por el pago obligatorio de una suma de dinero a cargo tanto del trabajador como del empleador. El empleador es –habitualmente– el responsable de ingresar ambos pagos al organismo de recaudación del sistema.

En lo que respecta a los regímenes financieros, se utilizan habitualmente dos sistemas de financiamiento de los programas de seguridad social, o una combinación entre ambos, con diferentes matices. Se los conoce como: (i) regímenes de reparto, y (ii) regímenes de capitalización

El régimen de reparto consiste en la utilización de una fórmula mediante la cual –en función de las prestaciones que deban pagarse y de los gastos que ello demande– se establecen los montos que necesita recaudar el sistema. Las sumas recaudadas por el Estado entre los trabajadores y sus empleadores son distribuidas entre los beneficiarios del sistema. En la fórmula se tienen en cuenta factores tales como:

- La cantidad de población activa y pasiva.
- El monto total de las remuneraciones abonadas, de las prestaciones por abonar y de los gastos que ello demande.
- El porcentaje que se va a aplicar sobre las remuneraciones.

Todo régimen de reparto debe procurar un equilibrio entre ingresos y egresos y se ve afectado por circunstancias (entre otras) relacionadas con la falta de ingreso de cotizaciones al sistema.

El régimen de capitalización, en su forma pura, se basa en la acumulación de aportes realizados por una persona a lo largo de toda su vida como trabajador. El beneficio, en el momento que le corresponde percibirlo, se determina en función del monto de dinero acumulado (constituido por dichos aportes más los intereses obtenidos por ellos, en la medida en que se devenguen intereses).

Este método de atesoramiento creciente requiere estabilidad del valor de la moneda, y se ve afectado por la falta de acumulación durante ciertas etapas, como las de creciente desempleo.

### **13. El momento actual: La crisis de la seguridad social**

En la actualidad todos los sistemas de seguridad social toman elementos de los modelos definidos en las leyes de Bismarck y en el Informe Beveridge.

Muchos años después de la puesta en marcha de la seguridad social se puede observar que los distintos Estados manifiestan una gran preocupación por el formidable aumento de los egresos de los sistemas, lo que parecería hacerlos inviables. En la Unión Europea y, en general, en todos los países industrializados, se manifiesta una tendencia a reformar los respectivos sistemas sociales para intentar superar la crisis en que se encuentran.

Si tuviéramos que efectuar una aproximación a las causas que van produciendo tal deterioro, teniendo en cuenta los elementos y variables en juego, podríamos, en un esquema simple, resumirlas en las siguientes:

- Una situación persistente de desempleo acompañado de una débil tasa de crecimiento económico, que genera importantes gastos en concepto de subsidios e implica una reducción de las recaudaciones.
- Como ya habíamos apuntado, el envejecimiento de la población, que conlleva un aumento de la proporción de los recursos destinados a las personas que no contribuyen directamente a generarlos. Esto supone una carga creciente sobre los ocupados. Adicionado a ello la falta de oportunas correcciones a variables tales como edades y servicios mínimos requeridos.
- Los déficits presupuestarios y el alto nivel de endeudamiento, derivados en gran parte por el propio financiamiento de la protección social.
- Los flujos migratorios de los países subdesarrollados.
- Caída de la masa salarial, provocada por el aumento del desempleo y del trabajo informal o no registrado.
- Ausencia de controles efectivos sobre la evasión de los recursos del sistema.
- Políticas de reducción o supresión de ciertas contribuciones con

carga patronal, lo que implica una importante disminución en los ingresos naturales del sistema.

- Deficiente administración de los sistemas.
- Procesos inflacionarios que afectan sensiblemente el equilibrio ingresos/egresos de los distintos sistemas y subsistemas.

Frente a esta crisis, se han ido ensayando distintas propuestas de cambio, las que, en mayor o menor medida, han sido puestas en efecto o están siendo practicadas por los distintos países. Estas tendencias de cambio se refieren a:

- Reglamentaciones y condiciones más estrictas para acceder al otorgamiento de ciertos beneficios y limitación del derecho a las prestaciones a los casos más justificados.
- Alza de las edades de jubilación y, en determinados casos, ampliación del acceso, voluntario u obligatorio, a la jubilación anticipada.
- Reducción de la carga financiera, mediante la reforma de las reglas de cálculo que determinan las prestaciones medias de los sistemas.
- Delimitación de las fuentes de recursos: a) las prestaciones contributivas se financian mediante las cotizaciones, y b) las prestaciones asistenciales a través de otros tributos, fundamentalmente impuestos nacionales o federales.
- Privatización de diversos aspectos del sistema de seguridad social.

Debemos recalcar que el problema del financiamiento de los sistemas de seguridad social no es un tema aislado ni autónomo. Todo lo contrario.

Analizar en forma aislada el problema de financiamiento puede representar un inadmisibles error. No es que haya que financiar cada vez más gasto, es que hay que reconocer cada vez más derechos. El gasto es un mecanismo de protección de las políticas públicas. La seguridad social es un concepto mucho más serio que una aplicación de gastos.

Por tales razones es que proponemos un análisis y, en definitiva, una propuesta de integración entre los distintos valores en juego.

Efectuando un análisis retrospectivo y crítico, en materia de finan-

ciamiento de los sistemas de seguridad social a lo largo del mundo y de los distintos tiempos de observación, se arriba a la conclusión de que los mecanismos o métodos tradicionales, idóneos para captar las fuentes financieras que permitan un desarrollo armónico y consistente de tales sistemas, distan de haber permanecido en estado puro; es más, habitualmente se pueden encontrar en forma mixta o impura.

Es indudable que, de los recursos con que cuenta el Estado moderno de Derecho, los recursos tributarios son aquellos que provocan ingresos de mayor magnitud y que no sólo se constituyen en necesarios para la satisfacción de los fines públicos, sino también componen (cada vez más) instrumentos hábiles para el cumplimiento de las funciones más avanzadas; léase: asignación eficiente de bienes y servicios públicos y redistribución, dentro del esquema de la teoría de la Hacienda múltiple desarrollada primordialmente por Richard Musgrave<sup>29</sup>.

Los sistemas de naturaleza contributiva han desarrollado la oportunidad de obtener otros recursos tributarios que financien aumentos reales de gasto público en seguridad social, con la complejidad emergente de estas combinaciones y con la circunstancia –además– relacionada con la mutación hacia sistemas de naturaleza asistencial, tal vez como efecto no deseado.

Por estas razones, entendemos como de interés el análisis y estudio de las estructuras tributarias para adecuar, complementar y relacionar a los recursos derivados de las cotizaciones sociales con el resto del sistema, en consecución de la eficiencia, la neutralidad y el beneficio.

Esto por cuanto, desde el punto de vista de la participación del

<sup>29</sup> Richard Abel Musgrave (1910-2007). Economista norteamericano de origen alemán, nació en Koegnistein en 1910. Estudió en las Universidades de Múnich, Heidelberg, Rochester y Harvard. Docente en las Universidades de Harvard, Michigan, Princeton y Santa Cruz. Sus principales obras han sido: *A Voluntary Exchange Theory of Public Economy*, 1939, QJE; *Proportional Income Taxation and Risk-Taking*, con E. Domar, 1944; *Distribution of Tax Payments by Income Groups: A case study for 1948*, 1951, en *National Tax Journal*; *The Theory of Public Finance*, 1958; *Classics in the Theory of Public Finance*, con A. T. Peacock, 1958; *Tax reform: Growth with equity*, 1963, AER; *Essays in Fiscal Federation*, 1965; *Fiscal Systems*, 1969; *Public Finance in Theory and Practice*, con P. Musgrave, 1973; *Maximin, Uncertainty and the Leisure Trade-Off*, 1974, QJE; *Fiscal Reform in Colombia*, 1979.

gasto público en seguridad social en los presupuestos del Estado a lo largo del planeta (y con especial énfasis en aquellos países no centrales), necesita de certezas en lo que hace a la política de financiamiento de tales gastos. En tal sentido, entonces, no resulta neutra la política tributaria, ni la diagramación de los ingresos, ni la naturaleza, fuente y aplicación de tales recursos. Todo este cúmulo de interrogantes, a más de la necesaria investigación científica, necesita de la profundización en el tema.

Se aprecia en estos aspectos un elemento por demás contundente y digno de ingresarse al análisis: el Derecho positivo, según sea el ámbito de comparación.

Como recuerda Álvarez Juliá: "...el Derecho positivo es el conjunto de leyes vigentes, no derogadas y las costumbres. Al decir de Cicerón (106-43 a.C.), la suma de todas las leyes (*summa omnia legum*)..."<sup>30</sup>, o como define Llambías: "...el conjunto de normas aplicadas coercitivamente por la autoridad pública..."<sup>31</sup>

La trascendencia de los aspectos tributarios dentro de las normas del Derecho de la Seguridad Social ha tenido dispar apreciación por parte de los que, a su turno, debieron aplicarlas, interpretarlas o definir las doctrinariamente. Siempre se pensó que la fuerte incidencia de la rama prestacional, o sea, los beneficios que otorgan las normas, eran todo el Derecho de la Seguridad Social y que los recursos necesarios para financiar tales prestaciones eran una cuestión complementaria, pero indispensable (eso sí) para la concreción de los objetivos de diseño e implementación de las políticas sociales. No se advertía —claro— que las mismas normas, desde el acuñado principio de la obligatoriedad de las cotizaciones, sentaban las bases y establecían los verdaderos institutos del Derecho Tributario.

El maestro Valdés Costa ya había tomado razón de las dificultades que presentaba el análisis de la naturaleza de estos recursos, cuando desde sus obras señalaba que "...es un esfuerzo vano buscar una calificación jurídica única para todos los recursos de los organismos de

<sup>30</sup> ÁLVAREZ JULIÁ, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, Proyecto Editorial, marzo de 2003, p. 11.

<sup>31</sup> LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 16ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 41.

seguridad social. Las características de las prestaciones resultarán del sistema adoptado por el legislador; es pues, en definitiva, un problema de Derecho positivo que será resuelto en cada tiempo y lugar determinados, de acuerdo con los ideales de justicia y las características económicas y sociales imperantes...”<sup>32</sup>

En el Derecho Comparado también la tarea ha resultado ardua, así lo expresaba Martínez Azuar, respecto de la situación española: “...La naturaleza de la cotización de seguridad social, en nuestro país y en la mayoría de los de nuestro entorno socioeconómico, ha sido, y es, uno de los temas objeto de amplio debate tanto en el ámbito de la ciencia jurídica como en el de la económica...”<sup>33</sup>

Si bien en la República Argentina las discusiones acerca de la naturaleza de estos recursos permaneció ciertamente distante de los ámbitos tributarios, a partir de la asunción de facultades de aplicación, recaudación, fiscalización y ejecución fiscal de estos recursos por parte del organismo fiscal (Dirección General Impositiva y Administración Federal de Ingresos Públicos) hubo de “descubrirse” la trascendencia tributaria de los recursos de la seguridad social y entonces muchas voces se escucharon y muchos eventos académicos se pronunciaron en la materia. Pero el problema no es sólo determinar la naturaleza (tributaria o no) de estos recursos; aunque anticipamos desde ya que la mayoría de la doctrina les otorga naturaleza eminentemente tributaria, existen importantes divergencias acerca de la especie de tributo que representa. En síntesis, las contradicciones tienen carácter complejo; ya desde una u otra óptica, notaremos que las discrepancias se yuxtaponen.

Es innegable (más allá de la consideración de su naturaleza) la estrecha vinculación de estos recursos con los sistemas de protección social. La evolución histórica de la seguridad social como sistema ha tenido cabida y también referencia en estas páginas; referencia sin la cual hubiera resultado más difícil comprender todo el desarrollo que estamos trazando y el que nos proponemos a partir de ahora.

<sup>32</sup> VALDÉS COSTA, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*, 2ª ed., Depalma-Temis-Marcial Pons, Buenos Aires-Santa Fe de Bogotá-Madrid, 1996, p. 211.

<sup>33</sup> MARTÍNEZ AZUAR, Juan Antonio, *Régimen de las cotizaciones a la seguridad social*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p. 24.

#### **14. A modo de colofón**

Tratamos de hacer un recorrido por el pasado, presente y futuro de la seguridad social. Entendemos que esto no sólo fue necesario, sino esclarecedor para nosotros mismos. Quien no conoce su pasado, difícilmente pueda crear su presente y proyectar su futuro.

La recorrida entonces abarcó la historia de la seguridad, desde las primeras medidas de protección, pasando por la creación de los seguros sociales, hasta los conceptos de la seguridad social en la actualidad.

Pero lo importante ha sido trazar nuevas ópticas en la materia, partiendo de los derechos individuales, hacia la mutación a los nuevos derechos y garantías caracterizados por los derechos difusos o de incidencia colectiva, habiendo reposado previamente en los derechos de segunda generación o sociales.

Por todo lo analizado, no pueden caber dudas de que estamos enfrentando un rotundo cambio de paradigmas. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y universales ha ganado decisivo espacio al tratar a la seguridad social como un derecho inalienable e imprescriptible. La jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha acompañado decisivamente el criterio de irrupción de las nuevas generaciones de derechos y de la supralegalidad de los tratados constitucionalizados. Falta muy poco para el vuelco decisivo, para que los derechos de la seguridad social recojan estos nuevos paradigmas.



# EL “QUANTUM” DE LAS PRESTACIONES PREVISIONALES A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

por JAVIER B. PICONE

SUMARIO: 1. Integralidad. Jubilaciones proporcionales. Principios. 2. Tasa de sustitución. 3. La Constitución Nacional. 4. Documentos internacionales. 5. Legislación nacional. 6. Haber mínimo. 7. La interpretación de las normas previsionales. 8. Beneficiarios alcanzados. 9. El futuro del régimen previsional.

## **1. Integralidad. Jubilaciones proporcionales. Principios**

Así como el principio de universalidad tiene relación con el campo de la aplicación personal, el principio de la integralidad –o suficiencia– lo tiene en el ámbito material, es decir, que protege contra todas las contingencias posibles. Ello significa que la integralidad presupone la concientización no sólo entre los riesgos sociales, sino sobre las posibilidades reales de su solución acordes a las políticas generales del gobierno, a los planes de desarrollo, a los aportes presupuestales. La integración significa, además, una coordinación entre las distintas instituciones de fines similares a la política social, los servicios sociales, la asistencia pública, privada, etcétera; la integralidad permite un servicio más eficiente y oportuno, la economía administrativa en el funcionamiento, y la solidez del sistema<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> RUPRECHT, Alfredo J., *Derecho de la Seguridad Social*, Zavallía, Buenos Aires, 1995, p. 76.

Igualmente, este principio tiende a que todas las prestaciones de la seguridad social, de cualquier índole –dinero, servicios–, *sean suficientes*<sup>2</sup> para hacer frente a todas las contingencias y sean aptas para solucionar las situaciones que éstas plantean. Es la garantía por medio de la cual el individuo puede desarrollar plenamente y en libertad su personalidad.

Una consecuencia de ello es que los beneficios y servicios deben ser prestados no solamente en el campo preventivo, sino también en el reparador y rehabilitador en forma amplia. Lo cual importa la obligación de abarcar todos los aspectos que comprende la seguridad social: prevenir, reparar y rehabilitar. De esta forma, la única manera de cumplir su objetivo es a través de prestaciones que cumplan con su finalidad y en caso de las dinerarias, en especial las sustitutivas del salario, deben acordarse en base a montos que guarden relación con éste.

Existen ciertos límites. En efecto, el fundamento de las prestaciones hay que buscarlo en la justicia distributiva. Es verdad que ellas no son uniformes y que las necesidades son superiores a las posibilidades, pero siempre debe haber una prestación básica que, de alguna manera, permita cumplir el fin para el que fue creada. Como consecuencia de ese fin, no se justifican prestaciones sin límites o muy elevadas ni tampoco inferiores a un nivel determinado que las haga inoperantes o muy poco satisfactorias.

Se ha sostenido que debe haber una proporcionalidad entre el ingreso del beneficiario y las prestaciones, ello en base a la justicia distributiva y a la proporcionalidad, sobre todo en el caso de los trabajadores; que no implica necesariamente, carente de toda razonabilidad, que esa proporcionalidad fuera decreciendo a medida que los ingresos aumentarían. En este sentido, en los sistemas organizados en base a seguros sociales, existe un fuerte apego a la aplicación de límites máximos de acceso a los regímenes implantados; de acuerdo con sus

<sup>2</sup> CHIRINOS, Bernabé L., *Seguridad Social. La Constitución Nacional y los derechos humanos*, Visión Jurídica, Buenos Aires, señala: “Se ha denominado este principio de suficiencia, ya que las prestaciones a concederse deben ser adecuadas a las diferentes necesidades emergentes del hecho generador de protección y en la medida de ellas”.

principios los trabajadores con remuneraciones mayores a cierta cifra se encontrarían excluidos del sistema<sup>3</sup>.

Este método de prestaciones proporcionales a las ganancias tiene la ventaja de mantener al trabajador económicamente débil en condiciones que en mayor o menor medida guardarían relación con los recursos de que gozaba en actividad. Aunque presenta el inconveniente de que si los salarios son de monto reducido, la prestación, indefectiblemente, resultará insuficiente. Mientras que para las remuneraciones elevadas, las prestaciones resultarían excesivas atentando contra el principio de subsidiariedad de la seguridad social.

Nos proponemos realizar un breve análisis de esta perspectiva de la integralidad: cuando una prestación previsional es suficiente, cuestión fundamental en momentos en que nos encontramos en plena elaboración de un proyecto de ley que prevea un nuevo régimen previsional, universal, integral, solidario, público, sustentable y de reparto (art. 12, ley 27.260), y, por otra parte, si todos los beneficiarios deben acceder al mismo nivel de prestaciones.

## **2. Tasa de sustitución**

Podemos definir la tasa de sustitución como el indicador del grado en que los sistemas jubilatorios alcanzan su principal objetivo, cual es el de reemplazar los ingresos obtenidos durante el período de actividad laboral, manteniendo, durante la etapa de pasividad, un valor que permita sostener el nivel de vida razonable, proporcional o equivalente al alcanzado previamente.

Comúnmente, la tasa de sustitución se encuentra representada por el porcentaje que alcanza el beneficio respecto de la última o el promedio de las últimas remuneraciones o ingresos.

## **3. La Constitución Nacional**

En primer lugar, debemos destacar que conforme lo establece nuestra Carta Magna –artículo 14 bis–, los beneficios de la seguridad social

<sup>3</sup> GOÑI MORENO, José María, *Derecho de la previsión social*, Ediar, Buenos Aires, 1956, t. 1, p. 146.

tienen carácter integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá “...jubilaciones y pensiones móviles...”, pero nada dice respecto al monto y al mecanismo mediante el cual se ajustan las prestaciones, sino que facultó al legislador a tal efecto<sup>4</sup>.

No obstante ello, a fin de precisar los alcances de la garantía, no sólo tomaremos en consideración la doctrina constante de la CSJN que más adelante desarrollaremos, sino que también nos permitimos extraer las expresiones vertidas por algunos de los convencionales durante el debate previo a la sanción de la cláusula constitucional mencionada, a fin de interpretar el precepto constitucional.

Julio C. Martella precisó que el beneficio será como el salario. Deseamos una jubilación para mantener a las personas jubiladas o pensionadas con una asignación que les suponga siempre el mismo estándar de vida<sup>5</sup>.

Resulta claro que por tratarse del mismo concepto, lo dispuesto en cuanto a su aplicación respecto del salario es igualmente válido para los haberes previsionales<sup>6</sup>. En igual sentido el tribunal cimero sostuvo que los derechos a una retribución justa y a un salario mínimo vital y móvil –dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna– encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad (*Fallos*: 328:1602).

En este contexto, cobra relevancia lo expresado por el citado convencional al afirmar: “...lo que constitucionalizamos es un salario vital, es decir para ser fijado se tienen en cuenta las necesidades vitales del individuo que son mayores en el padre de familia que en el soltero [...] Queda librado al instituto que necesariamente deberá ser creado para la fijación del salario mínimo vital, la diferenciación posible por

<sup>4</sup> Sin que ello implique desconocer la existencia de normas anteriores, abordaremos el análisis a partir de la reforma constitucional del '57, puesto que a partir de ese momento comenzamos a considerar cumplida la etapa de expansión de los regímenes previsionales y es más enriquecedora y abundante la jurisprudencia y doctrina sobre la temática.

<sup>5</sup> *Diario de Sesiones*, p. 1249.

<sup>6</sup> Del voto del Dr. Néstor A. Fasciolo en los autos “Szcupack, Sofía R. c/Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”, CNSS, sala III, 16-8-89.

zonas o regiones [...] los porcentajes lógicos de reducción aplicables a aprendices y cadetes, y a los empleados y obreros menos capaces por razones de salud...”<sup>7</sup>

A su turno Rodríguez Pinto indicó que con el salario mínimo vital y móvil “...se asegura una base económica a todo trabajador para el cumplimiento de su destino social, partiendo de la remuneración mínima necesaria para el sostenimiento personal y familiar. Se procura que esa remuneración esté en relación con el esfuerzo y el estado de la actividad productiva a que se aplique”<sup>8</sup>.

Por último, Horacio R. Thedy aseveró que el salario mínimo vital y móvil “...comprende las necesidades esenciales para una vida decente [...] que comprenda toda la integridad de la vida del trabajador”.

Las fundamentaciones vertidas en el debate previo a la sanción del artículo bajo análisis apuntan invariablemente a subrayar el carácter alimentario de los créditos laborales y previsionales y por ello la necesidad de que sus importes nominales no sólo no se sitúen por debajo de un determinado valor sino que a partir del mismo sean *suficientes* y *adecuados* para permitir la digna subsistencia de las personas.

A partir de la reforma constitucional del año 1994 –artículo 75, inciso 22– se incorporaron con jerarquía constitucional diversos tratados internacionales: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño. Detallando, asimismo, el mecanismo para anexar nuevos tratados y convenciones

<sup>7</sup> *Diario de Sesiones*, p. 1245.

<sup>8</sup> *Diario de Sesiones*, p. 1342.

sobre derechos humanos, necesario para que éstos también gocen de la mentada jerarquía constitucional. Por lo que la búsqueda de pautas para establecer el monto de las prestaciones previsionales debe extenderse igualmente a estos instrumentos.

En la Declaración Americana, la única referencia la encontramos en el Capítulo I, *Derechos*, artículo XVI: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

Por su parte, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

En orden a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más allá de la reafirmación del goce de los derechos sociales consagrados en su Preámbulo y el desarrollo progresivo de éstos, a tenor de lo dispuesto por el artículo 26, tampoco encontramos precisiones con relación a la temática abordada.

El artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga a los Estados Partes a reconocer el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial garantiza el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: “...iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales...” (art. 5º, inc. e).

Similar garantía se hace presente en el inciso e, del artículo 11 correspondiente a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, al proscribir 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.

Como vemos, si bien la mayoría de los tratados son coincidentes en cuanto a la garantía de protección, que reconoce a la seguridad social como un derecho inherente a los derechos humanos, a los que deben acceder todos los individuos, ninguno de ellos refiere con precisión –o siquiera sin formular expresiones ambiguas– al *quantum* de la prestación pertinente o a los alcances de su cobertura.

#### 4. Documentos internacionales

Debemos extender el análisis a otros instrumentos internacionales, que si bien carecen de jerarquía constitucional, al haber suscripto a algunos de ellos nuestro país constituyen fuentes formales del Derecho de la Seguridad Social y aquellos que aún no han sido incorporados resultan una referencia valorable.

– *Recomendación (Nº 67) sobre la seguridad de los medios de vida*, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Filadelfia (Estados Unidos de América), 20 de abril de 1944.

*Principios directivos.*

*Bases.*

Los regímenes de seguridad de los medios de vida deberían aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, restableciendo, en un nivel razonable, las entradas perdidas a causa de la incapacidad para trabajar (comprendida la vejez), o para obtener trabajo remunerado o a causa de la muerte del jefe de familia.

Las prestaciones deberían ser proporcionales a las ganancias anteriores del asegurado que hayan servido de base a su cotización; sin embargo, el excedente de las ganancias corrientes entre los trabajadores especializados podrá ser ignorado cuando se determine el total o una parte de las prestaciones financiadas con recursos distintos de las cotizaciones del asegurado.

Las prestaciones de cuantía fija pueden ser apropiadas en los países donde la población tenga facilidades económicas adecuadas para procurarse una protección suplementaria por medio del seguro volun-

tario. Estas prestaciones deberían ser proporcionales a las ganancias de los trabajadores no especializados.

*Anexo.*

*Principios normativos y sugerencias para su aplicación.*

La seguridad de los medios de vida debería organizarse, siempre que fuere posible, a base del seguro social obligatorio, según el cual los asegurados que hayan cumplido todas las condiciones exigidas tendrán derecho, en los casos previstos por la ley en virtud de las cotizaciones que hayan pagado a una institución de seguro social, a prestaciones pagaderas de acuerdo con la tasa fijada por la ley.

Asimismo, las prestaciones básicas de invalidez y de vejez no deberían ser inferiores al *30 por 100 del salario corriente* [el resaltado me pertenece] comúnmente reconocido para los trabajadores masculinos no especializados, en la región donde resida el beneficiario, si éste no tiene cargas familiares, o al *45 por 100 de ese salario, si tiene una mujer a su cargo* [el resaltado me pertenece] que pudiera tener derecho a prestación de viudedad, o un ama para el gobierno de sus hijos; debería pagarse por el primero de los hijos a su cargo, y también por el segundo, un suplemento equivalente al 10 por 100 de dicho salario, deducida la suma pagada por esos hijos en concepto de asignaciones familiares.

La prestación básica de viudedad no debería ser inferior al 30 por 100 del salario mínimo corriente comúnmente reconocido para los trabajadores masculinos no especializados, en la región donde resida el beneficiario; debería pagarse por el primero de los hijos a su cargo, y también por el segundo y el tercero, una prestación familiar de una cuantía equivalente al 10 por 100 de dicho salario, deducida la suma pagada por esos hijos en concepto de asignaciones familiares.

En el caso de un huérfano, la prestación básica por hijo no debería ser inferior al 20 por 100 del salario mínimo comúnmente reconocido para los trabajadores masculinos no especializados, deducida la suma pagada por cada huérfano en concepto de asignaciones familiares.

– *Acuerdo sobre la seguridad social en Iberoamérica*, Reunión de ministros y máximos responsables de la seguridad social en Iberoamérica, Madrid (España), 18 y 19 de junio de 1992.

I. “Declaración sobre la Seguridad Social en Iberoamérica”.

*Convenimos:*

II. Hacer efectivos, dentro del nivel profesional de protección de la Seguridad Social, los principios de sustitución de rentas y de garantía del poder adquisitivo, de manera que las prestaciones guarden una

adecuada relación con los salarios y el esfuerzo contributivo realizado, y tengan garantizada la aplicación de fórmulas adecuadas de actualización, posibilitándose así un paso sin traumas de la situación de activo a la de pasivo y una más solidaria participación de los beneficiarios en el reparto de la riqueza generalizada por la comunidad.

– *Convenio (N° 102) relativo a la norma mínima de la seguridad social*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra (Suiza), 28 de junio de 1952.

*Prestaciones de vejez, invalidez y para sobrevivientes.*

La prestación consistirá en un pago periódico, para cuyo cálculo prevé porcentajes mínimos según el siguiente detalle:

Vejez, hombre con cónyuge en edad de pensión, 40%.

Invalidez, hombre con cónyuge y dos hijos, 40%.

Sobrevivientes, viuda con dos hijos, 40%.

– *Código Europeo de Seguridad Social (revisado) (1964-1990).*

Vejez: persona sola, 50%. Persona con un cónyuge de una edad prescrita, 65%.

Invalidez: persona sola, 50%. Persona con un cónyuge y dos hijos, 65%.

Fallecimiento del sostén familiar: cónyuge supérstite, 50%. Hijo, 20%.

Cónyuge supérstite con dos hijos, 65%.

En todos los casos los haberes sobre los que aplican los porcentajes son los percibidos anteriormente por el beneficiario o su sostén familiar y deberán determinarse conforme a las normas prescritas y, cuando las personas protegidas o sus sostenes familiares estén repartidos en clases de acuerdo con los haberes que perciban, los haberes anteriores podrán determinarse según los sueldos base de las clases a las que hubieran pertenecido (arts. 71 y concs.).

– *Código Iberoamericano de Seguridad Social.*

Artículo 4°:

1. Cada uno de los Estados ratificantes se compromete a elevar progresivamente el nivel mínimo de Seguridad Social inicialmente asumido, de conformidad con las previsiones del artículo 25 de este Código.

2. De igual modo y alcanzados los niveles mínimos de protección a que se refiere el artículo 25 de este Código, cada uno de los Estados ratificantes se compromete a esforzarse, con arreglo a sus posibilidades, para elevar progresivamente dichos niveles de protección. El cumplimiento de ese compromiso de progresividad debe valorarse globalmente, y no para cada una de las distintas prestaciones a que se

refiere la Parte II de este Código por separado. Regresiones circunstanciales de alguna o de algunas de las prestaciones pueden ser compensadas por progresos de mayor intensidad en otras, sin que quepan regresiones por debajo de los mínimos establecidos en las prestaciones reguladas en las distintas Secciones de la Parte Segunda en los términos señalados en el artículo 25 de este Código.

Art. 10.2:

Del mismo modo el Código se plantea como objetivo prioritario, dentro de las modalidades contributivas, hacer efectivos los principios de sustitución de rentas y de garantía del poder adquisitivo, de manera que las prestaciones económicas guarden relación con el esfuerzo contributivo realizado.

Art. 12:

1. El derecho a la Seguridad Social se fundamenta, entre otros, en el principio de solidaridad.
2. Las prestaciones mínimas de alcance universal, de acuerdo con los requisitos establecidos por las legislaciones y prácticas nacionales, requieren la solidaridad de todos los miembros de la comunidad.
3. Sólo las prestaciones selectivas de financiación contributiva y finalidad sustitutoria de rentas admiten la aplicación de solidaridades parciales, sin perjuicio de la asignación de recursos generales del Estado a estos regímenes de prestaciones selectivas en las condiciones que se determinen.
4. Los Estados ratificantes recomiendan una política de racionalización financiera de la Seguridad Social basada en la conexión lógica entre las diferentes funciones protectoras de ésta, la extensión de la solidaridad según sus destinatarios, y la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el adecuado equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia, en términos globales, entre la capacidad de financiación y la protección otorgada.

Art. 30:

1. En lo que respecta a las pensiones contributivas, excepto cuando las legislaciones nacionales establezcan requisitos y procedimientos diferentes para el cálculo de la prestación, el importe inicial de los pagos periódicos se calculará, según el nivel cuantitativo de prestación en que se acepte la presente Sección, de acuerdo con lo previsto en los números siguientes.

2. En lo que se refiere a las pensiones por vejez y por invalidez, cuando se reúnan los requisitos establecidos en el número 1 del artículo 50 o, en su caso, en el número 1 del artículo 96, así como a las pensiones por incapacidad, derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, el importe inicial de la prestación será, cuando menos:

A) *Primer nivel*: El 30 por 100 del módulo de referencia utilizado.

B) *Segundo nivel*: El 40 por 100 el módulo de referencia utilizado.

C) *Tercer nivel*: El 50 por 100 del módulo de referencia utilizado.

3. En lo que se refiere a las pensiones a favor de la persona en estado de viudez y de los hijos a cargo, derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, así como en lo que respecta a las pensiones a favor de las personas indicadas, derivadas de accidente no laboral o enfermedad común, cuando, en estos últimos casos, se reúnan los requisitos señalados en el número 1 del artículo 103 de este Código, el importe inicial del conjunto de las prestaciones a favor de la persona en estado de viudez y de los hijos a cargo será:

A) *Primer nivel*: El 30 por 100 del módulo de referencia utilizado.

B) *Segundo nivel*: El 40 por 100 del módulo de referencia utilizado.

C) *Tercer nivel*: El 50 por 100 del módulo de referencia utilizado.

4. A efectos de aplicar lo dispuesto en los números anteriores, se tomará como módulo de referencia el salario sujeto a cotización o imposición, en la contingencia de que se trate, correspondiente al período de calificación que, de conformidad con lo que prevean la legislación y las prácticas nacionales, se tome para el cálculo de la prestación respectiva. Cuando se trate de categorías determinadas que comprendan personas no asalariadas, se tomarán como módulo de referencia los ingresos sujetos a cotización o imposición, en la contingencia de que se trate, correspondientes a periodos de calificación que, de conformidad con lo que prevean la legislación y las prácticas nacionales, se tome para el cálculo de la prestación respectiva.

5. En cualquier caso y una vez aplicados los porcentajes señalados en los números 2 y 3 de este artículo sobre el correspondiente módulo de referencia, que se especifica en el número 4 anterior, la legislación y las prácticas nacionales podrán establecer límites máximos al importe de la prestación a percibir por los beneficiarios.

Art. 51:

1. La legislación y las prácticas nacionales podrán fijar los requisitos para el reconocimiento de la prestación o suspender el pago de la

misma, si la persona que habría tenido derecho a ella ejerce actividades que den lugar a su inclusión en el respectivo sistema de Seguridad Social.

2. La legislación y las prácticas nacionales podrán reducir los importes de las prestaciones contributivas, cuando los ingresos del beneficiario excedan de un determinado valor. De igual modo, la legislación y las prácticas nacionales podrán reducir los importes de las prestaciones no contributivas, cuando los ingresos de los demás recursos, o ambos conjuntamente, tanto del beneficiario como de la familia en que esté inserto, excedan de un determinado valor.

Al igual que en el caso de los tratados incorporados al plexo constitucional, no encontramos referencias concretas al adecuado nivel de cobertura. En aquellos casos en los que los documentos de algún modo precisan el valor de las prestaciones, establecen pisos mínimos de sustitución que oscilan entre el 30 y el 65% de la base jubilatoria determinada de conformidad a la legislación aplicable. Está implícita, desde luego, la posibilidad de tasas mayores e incluso en varios pasajes se consagra la no regresividad; y es de resaltar, en este contexto, el caso del Código Iberoamericano de Seguridad Social, que contempla la posibilidad de reducir los importes de las prestaciones sólo para los supuestos en que éstas superen determinado valor.

## **5. Legislación nacional**

En cuanto al Derecho positivo interno, sin que ello importe desconocer la existencia de normas anteriores, el punto de partida obligado se conforma con las leyes 14.473 y 14.499, pues desde su vigencia su método de determinación del haber previsional se ha convertido en la aspiración de todo el universo de beneficiarios.

La primera de ellas, de creación del estatuto docente, incorporó en su artículo 52, inciso ch, la determinación del haber en base al 82% de la última remuneración correspondiente al cargo detentado al cese; mientras que la segunda, de aplicación más extendida, en su artículo 2º fijaba el haber de la jubilación ordinaria en el 82% de la remuneración mensual asignada al cargo, oficio o función de que fuere titular el afiliado, a la fecha de la cesación en el servicio o al momento de serle

otorgada la prestación, o bien al cargo, oficio o función de mayor jerarquía que hubiese desempeñado. Siempre que hubiere cumplido en el cargo, oficio o función un período mínimo de doce meses consecutivos. De no alcanzar el tiempo mínimo de servicios, se promediarán los que hubiese ocupado durante los 3 años inmediatamente anteriores al cese.

No empee a la previsión contemplada en el artículo transcrito, lo cierto es que no todos los beneficiarios que obtuvieron su prestación previsional al amparo de esta ley accedieron a este monto puesto que a partir de determinados valores de las remuneraciones computables se aplicaba la escala de reducción contenida en su artículo 4° que significó, para aquéllos, una quita tan significativa como para derivar en la declaración de inconstitucionalidad de la mentada norma.

A pesar de ello no podemos desconocer la importancia y el precedente que sentó esta antigua ley en términos de sustitución.

La evolución normativa, en el punto que nos interesa, continuó con la sanción de las leyes 18.037 y 18.038 aplicables a los afiliados en relación de dependencia y autónomos, respectivamente.

La primera fijó entre el 1° de enero de 1969 y el 15 de octubre de 1975 un haber equivalente al 70% del promedio mensual de las remuneraciones actualizadas percibidas durante los 3 años calendario más favorables, continuos o discontinuos, comprendidos dentro del período de 10 años inmediatamente anteriores a la cesación de servicios. El mismo se bonificaba con un 1% adicional por cada año de servicios que excediera del mínimo de antigüedad requerida para obtener la jubilación ordinaria.

Para el período comprendido entre el 16 de noviembre de 1975 y el 30 de julio de 1976 –mediante la reforma introducida por la ley 21.118–, se pretendió retornar a la pauta de cálculo establecida por ley 14.499 elevando el porcentaje de 70 a 82% calculado directamente sobre el último haber o cargo. La elevación al aludido porcentaje se iba a realizar de manera gradual.

Desde noviembre de 1976 a noviembre de 1983 la ley 21.451 redujo a 5 años el período a considerar a efecto de la determinación del haber inicial, sin alterar los porcentajes.

Desde diciembre de 1983 a diciembre de 1986 se retornó a la pauta de los 10 años a los fines del cálculo del haber inicial, que se mantuvo hasta la derogación por parte de la ley 24.241<sup>9</sup>.

Es dable destacar que para el último período de vigencia se estableció la posibilidad de incrementar los porcentajes del beneficio, de acuerdo al siguiente esquema:

- 70% si no excediera de 3 años la edad jubilatoria.
- 78% si excediera 3 años o más la edad jubilatoria.
- 80% si excediera 4 años o más la edad jubilatoria.
- 82% si excediera 5 años o más la edad jubilatoria.

Por otra parte, la ley 18.038 en su redacción original estableció, para aquellos afiliados que computaren treinta años de servicios con aportes, un haber equivalente al 70% del promedio de los montos actualizados de las categorías que revistó el afiliado. La diferencia respecto a los trabajadores dependientes pasó, principalmente, por la ponderación de toda la historia laboral en lugar del último período laborado. Discrepancia que se mantuvo en normas posteriores.

En orden a la contingencia por invalidez, la liquidación del haber inicial se practicaba conforme lo estipulado para la jubilación ordinaria, a excepción de no alcanzar el mínimo de tres años de servicios, supuesto para el cual se promediaba el período acreditado.

Para cubrir la contingencia de fallecimiento, en el caso de pensión derivada, se aplicaba el porcentaje establecido –75%– directamente sobre el beneficio del causante, y en caso de la pensión directa, sobre lo que le hubiere correspondido al causante (jubilación por invalidez). La distribución se realizaba entre los derechohabientes en la forma prescripta por la ley con un incremento del 5% por cada hijo.

Estas leyes tuvieron una vigencia aproximada de 25 años, con varias reformas, pero que no alteraron (salvo el período excepcional comprendido entre 1986 y 1987) sustancialmente la modalidad de cálculo, manteniendo un piso de sustitución equivalente al 70% de la base de cálculo correspondiente.

<sup>9</sup> No olvidamos las modificaciones introducidas por los decretos 2196/86 y 648/87, dejados sin efecto mediante la ley 23.568 de julio de 1988, pero a partir de los fundamentos y razones por los cuales fueron dictados no hacen a la evolución de la tasa de sustitución que venimos relatando.

No debemos dejar de observar que, a poco de la entrada en vigor de estas dos leyes, se inició una etapa que comenzó con la sanción de la ley 18.464 de creación de un régimen especial de jubilación para magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación, adoptando como método de cálculo el de la ya antigua ley 14.499, pero tomando en esta oportunidad como haber inicial el 85% de la remuneración total sujeta al pago de aportes correspondientes al interesado por el desempeño del cargo que ocupaba al momento de la cesación definitiva en el servicio. Se elevó considerablemente la tasa de sustitución en relación a los trabajadores del régimen general, ya sean autónomos o dependientes.

La modalidad de esta nueva ley se fue extendiendo a otras actividades “especiales”, que se incorporaron a la citada norma, o bien se sancionaron otras<sup>10</sup>, que bajo esta forma de determinación de haber inicial elevaron la tasa de sustitución al 82 o 85%, según el caso. Estas leyes especiales –que en algunos casos contemplaban verdaderos privilegios frente a las normas comunes–, apuntadas como uno de los factores que generaron la crisis de la seguridad social, fueron derogadas hacia el año 1991, recuperando algunas su vigencia y creándose otras de similares características, pero extendiéndose a un universo de afiliados mucho más acotado<sup>11</sup>.

Finalmente, con la sanción de la ley 24.241, se modificó el esquema para el régimen común o general, estableciendo un haber previsional compuesto por diversas prestaciones o componentes.

En efecto, la ley de creación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones creó dos sistemas, a saber: uno público administrado por la ANSeS, cuyo financiamiento se realizaba mediante el mecanismo de reparto puro, y otro administrado por las AFJP –creadas a tal efecto–, financiado a través de la capitalización individual.

En términos de sustitución, ninguno de los sistemas estableció una pauta mínima. Más aún, con la modificación introducida en el año 1995 por la ley 24.463, de solidaridad previsional, en la parte final de su artículo 7º, que modificó el esquema de movilidad, expresamente

<sup>10</sup> Leyes 20.572, 21.124, 21.121, 22.929, 22.955, 21.540, 23.794, 22.955, 22.731, 23.895, etc.

<sup>11</sup> Leyes 24.016, 24.018 y 24.019.

se consignó: “En ningún caso esta movilidad podrá consistir en una determinada proporción entre el haber de retiro y las remuneraciones de los activos”. Es preciso destacar que, sin perjuicio de que el texto transcrito refiere al sistema de movilidad, en ningún pasaje de la ley de fondo como tampoco en normas complementarias, reglamentarias o modificatorias se consignó relación alguna entre los haberes previsionales correspondientes a la cobertura de la contingencia social de vejez y las remuneraciones que en el caso de algunas prestaciones sirvieran de base para determinar su importe.

La prestación exclusiva del ya derogado régimen de capitalización<sup>12</sup>, propia a la cobertura de la contingencia de vejez, era la Jubilación Ordinaria<sup>13</sup>: una vez cumplidos los requisitos mínimos de acceso (edad y saldo en la cuenta), el beneficiario debía optar por retirar el importe existente en la cuenta individual de capitalización según las modalidades previstas: Retiro Programado, Retiro Fraccionado o la contratación de una Renta Vitalicia Previsional. La determinación del valor de cualquiera de estas modalidades de percepción estaba completamente escindida de la remuneración o promedio de las remuneraciones del afiliado dependiente o rentas de referencia del afiliado autónomo, puesto que para estimarlo ponderaba exclusivamente el saldo de la cuenta de capitalización con relación a la expectativa de vida del beneficiario y la de los derechohabientes existentes a la época de determinación del derecho. Únicamente se conocía el importe del Retiro Fraccionado que era equivalente al 50% del importe de la Prestación Básica Universal, para aquellos que no acumularan capital suficiente en su cuenta para, en base a los cálculos actuariales correspondientes

<sup>12</sup> La ley 26.425 dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen previsional público que denominó Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) y garantizó a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización idéntica cobertura y tratamiento que el brindado por el régimen previsional público. En consecuencia, eliminó el régimen de capitalización, que fue absorbido y sustituido por el régimen de reparto.

<sup>13</sup> El término de Jubilación Ordinaria fue el históricamente prescripto para la prestación por vejez de los regímenes públicos. La variación introducida por la ley en este caso encuentra sustento en la idea del legislador de que en lo sucesivo el único régimen que subsista sea el privado. En efecto, la ley en su origen estaba diseñada para orientar a los afiliados a optar por el régimen de capitalización.

al Retiro Programado, obtener como mínimo una prestación igual o superior a la mitad de la citada Prestación Básica Universal.

Debemos advertir que si bien para el cálculo no se consideraban los ingresos del titular, éstos actuaban como límite inferior para retirar el excedente del saldo de la cuenta una vez determinada la prestación.

En ese orden, el artículo 101 en su inciso b, establecía, para el cálculo del importe de la prestación a ser percibida bajo la modalidad de Renta Vitalicia Previsional, que debía “considerarse el total del saldo de la cuenta de capitalización del afiliado, salvo que éste opte por contratar una prestación no inferior al setenta por ciento (70%) de la respectiva base jubilatoria [...] En tal circunstancia el afiliado, una vez pagada la prima correspondiente, podrá disponer libremente del saldo excedente que quedare en la cuenta de capitalización, el que no podrá exceder en quinientas (500) veces el importe de la máxima prestación básica universal, en el mes de cálculo”, siendo la base jubilatoria el valor representativo del promedio mensual de las remuneraciones y/o rentas imponibles declaradas en los cinco años anteriores al mes en que un afiliado opte por la prestación correspondiente.

En igual sentido el artículo 102 prescribía: “El afiliado que, en el momento de ejercer la modalidad de retiro programado, registre un saldo tal en su cuenta de capitalización individual que le permita financiar una prestación no inferior al setenta por ciento (70%) de la respectiva base jubilatoria...”, podía disponer libremente del excedente.

Es decir que si bien no consignaba un piso de sustitución, en el cálculo del beneficio sí estaba presente el límite a los fines de disponer libremente del saldo de la cuenta.

En tanto las prestaciones por vejez del régimen público surgían en virtud de la sumatoria de la Prestación Básica Universal (PBU), Prestación Compensatoria (PC) y/o Prestación Adicional por Permanencia (PAP) –el goce de estas últimas está relacionado al tiempo en que se devengaron las cotizaciones–.

A diferencia de lo ocurrido en el régimen de capitalización, que para acceder a la cobertura de vejez sólo era necesario alcanzar la edad y tener saldo positivo en la cuenta de capitalización individual, en el de reparto se impone como condición de cobertura alcanzar los

requisitos exigidos para acceder a la Prestación Básica Universal. Esto es edad y tiempo de servicios con aportes<sup>14</sup> en las condiciones precisadas en la reglamentación, con la posibilidad de compensar el faltante en la forma prevista por los artículos 19 y 38 del hoy SIPA. De este modo no sólo se adquiere el derecho a su cobro, sino también a percibir las restantes prestaciones.

Este componente del haber no sólo lo percibían los afiliados del régimen de reparto, sino que podían acceder a él los afiliados del derogado régimen de capitalización en la medida en que acreditaran el cumplimiento de los requisitos descriptos.

El monto, hasta la modificación introducida por la ley 26.417, surgía de computar dos veces y medio el valor del Aporte Medio Previsional Obligatorio<sup>15</sup> sustituido en el año 1997 por el Módulo Previsional<sup>16</sup>. De manera que su resultado no guardaba relación –directa– con las remuneraciones que fueran objeto de cotizaciones del afiliado.

Más adelante, con la reforma introducida por la ley citada en el párrafo anterior, se eliminó el guarismo de cálculo y su valor se fijó en \$ 326, monto que siguió la evolución de la fórmula de movilidad introducida por esta ley y que no admite variación en razón del mayor tiempo de servicios con aportes.

Al citado ítem del haber previsional se adicionan la Prestación Compensatoria y la Adicional por Permanencia. Para éstas sí se tienen en cuenta las remuneraciones o las rentas de referencia para el caso de la actividad autónoma, de modo que obtenido el promedio en la forma prevista por los artículos 24 y 30, su valor se multiplica por la cantidad de años de servicios con aportes anteriores o posteriores al 30 de junio de 1994 –según se trate de la PC o la PAP– por el 1,5%.

<sup>14</sup> A ello cabe agregar que al reglamentar el art. 19 el decreto 679/95 agregó que al momento de solicitar la Prestación Básica Universal (PBU), el peticionario deberá acreditar que no registra obligaciones no prescritas impagas por aportes correspondientes a las actividades enumeradas en el artículo 2º, inciso b, de la ley 24.241. Es decir, no registrar deuda respecto de los servicios autónomos o por cuenta propia.

<sup>15</sup> Su valor surgía de dividir el promedio mensual de los aportes (11 puntos de los trabajadores autónomos y 11 más de los trabajadores en relación de dependencia), ingresados en cada semestre, excluidos los aportes sobre sueldo anual complementario, por el número total promedio mensual de afiliados que se encuentren aportando.

<sup>16</sup> Valor que discrecionalmente fijaba la autoridad de aplicación.

Es dable recordar que en su redacción original a fin de estimar el valor de la PAP se tomaba el 0,85%, pauta que se elevó al 1,5% con la sanción de la ley 26.222.

En otro orden, no resulta menor la circunstancia prevista por la ley respecto al cálculo de la PC, respecto de la cual no se pueden computar más de 35 años de servicios con aportes, lo que fija una tasa de sustitución máxima de esta prestación en el orden del 52,5%. Sin olvidar, asimismo, los límites impuestos por los artículos 25 y 26 de la ley 24.241.

Calculadas de esta manera las tres prestaciones y sumadas para obtener el importe del haber previsional, la tasa de sustitución podía variar entre el 40% y el 65% del promedio de referencia. Es propicio enunciar que sus postulados privilegian a los trabajadores de menores salarios, los cuales en muchos casos pueden llegar a percibir más en pasividad que en actividad, ello en razón de la incidencia que tiene la PBU sobre el monto total del haber. Claramente este esquema de “igualación hacia abajo” viola abiertamente los artículos 14 bis, 16 y 17 de la Constitución Nacional<sup>17</sup>.

Distinto fue el tratamiento que la ley 24.241 dispensó respecto a la cobertura de las contingencias de invalidez y fallecimiento.

A diferencia de lo previsto para la contingencia de vejez en la que opera un sistema de prestación indefinida, en el caso de estas últimas se consideró la cobertura mediante prestaciones definidas equivalentes al 50 o 70% del ingreso base. Este último toma el promedio mensual de las remuneraciones y/o rentas imposables declaradas hasta cinco años anteriores al mes en que ocurra el fallecimiento o se declare la invalidez transitoria de un afiliado<sup>18</sup>. Finalmente, el porcentaje aplicable varía en virtud del carácter de aportante regular o irregular con derecho<sup>19</sup>.

El referido cálculo se lleva a cabo al momento de liquidar el retiro transitorio por invalidez o determinar la prestación de referencia del

<sup>17</sup> CIPOLLETTA, Graciela E., *La individualidad del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre tasa de sustitución del haber previsional*, en D. T. 2012 (julio), p. 1861.

<sup>18</sup> Art. 97, ley 24.241.

<sup>19</sup> Art. 95, ley 24.247, reglamentado por decretos 1120/94, 136/97 y 460/99.

causante para el supuesto de fallecimiento del afiliado. El importe se mantiene para la contingencia de invalidez cuando la incapacidad se transforma en definitiva en los términos del artículo 50 de la norma de fondo, en tanto el afiliado pertenezca al régimen de reparto, pero no acontecía lo mismo cuando se encontraba sujeto al sistema privado, puesto que a partir del dictamen definitivo de invalidez sólo podían disponer del saldo de su cuenta de capitalización individual bajo la modalidad de Renta Vitalicia Previsional, Retiro Programado o Retiro Fraccionado. Vale poner de resalto que el saldo total constituía lo que el artículo 93 denominaba Capital Técnico Necesario que a su vez se conformaba por el Capital Acumulado más el Capital Complementario (lo integraba la compañía de seguros y el Estado de acuerdo a la edad del afiliado)<sup>20</sup>.

Esta transformación del retiro transitorio en retiro definitivo generó, en varios casos, la reducción del haber al cobro. De esta manera, la tasa de sustitución que sostuvimos estaba presente para esta contingencia en los afiliados del régimen de capitalización, y variaba a partir de la consolidación de la incapacidad; tanto que la justicia sostuvo: “Una sustancial reducción del monto de la prestación que el titular percibía antes de operarse la transformación de su beneficio de Retiro Transitorio por Invalidez en Jubilación Ordinaria (en el caso, haber mensual a cargo del Régimen Público de \$ 1.021,96 a \$ 572,65) no se condice con el debido respeto al carácter integral e irrenunciable que atribuye el párrafo tercero del artículo 14 bis de la CN a los derechos de la seguridad social, que tienen como cometido propio la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales” (cfr. CFed.SS, sala I, 22-2-2012, *in re* “Malek, Mirta Beatriz c/ANSeS s/Reajustes varios”, SD 143.555, Boletín de Jurisprudencia de la CFed.SS).

Lo cierto es que, a raíz de lo apuntado, los beneficiarios de la contingencia por invalidez o fallecimiento del sistema privado accedieron a rentas vitalicias de escaso valor como consecuencia de los cortos períodos de cotizaciones, que sufrieron primero los efectos de la pesificación y luego la falta de aplicación de las pautas de movilidad

<sup>20</sup> Arts. 92 y 94, ley 24.241.

del régimen general, por haberse extinguido el vínculo con el sistema jubilatorio a partir del nacimiento de la nueva relación jurídica con la compañía de seguros. Si bien a la fecha existe jurisprudencia de la CSJN que da respuesta a los planteos de este grupo de beneficiarios, lo cierto es que deben transitar las distintas instancias judiciales para obtener la reparación del daño ocasionado<sup>21</sup>.

El modelo de la ley 24.241, adecuado a las premisas de la época, fue “mejorado” por la ley 26.417. Por un lado sabemos que esta norma introdujo una fórmula de movilidad cuyo resultado se conformaba tomando el 50% de la recaudación tributaria más el 50% de la evolución de un índice salarial, pero lo que aquí interesa, respecto a la determinación del haber previsional, es que el resultado de la movilidad liquidada de conformidad a este método también se utilizaba para actualizar las remuneraciones computables a los fines de estimar el valor de las PC y PAP. Ello resultó, en varias oportunidades, a partir de la incidencia de uno de sus componentes –especialmente el tributario–, superior a la evolución de los salarios, e incluso en algún pasaje superando la inflación; muy lentamente los haberes liquidados de conformidad a esta pauta de actualización comenzaron a recuperar su valor. No olvidemos que el aspecto positivo de las prestaciones puede ser no sólo asegurar el mínimo vital, sino defender el nivel de vida. Es el caso de las prestaciones proporcionales a las ganancias. En este sentido, las prestaciones económicas no se conforman con asegurar los más elementales medios de subsistencia, sino que procuran disminuir al máximo los efectos de la pérdida del salario<sup>22</sup>.

En síntesis, el sistema en orden a la determinación del haber inicial no establece una tasa de sustitución mínima para las prestaciones por vejez; sólo estaría previsto este reparo para las contingencias de invalidez y fallecimiento que, como vimos, se sitúa en el 50 o 70% del promedio de los ingresos de los últimos cinco años.

<sup>21</sup> Ver *Fallos*: 331:2006; 338:1092; 339:61; entre otros.

<sup>22</sup> MARTÍ BUFILL, Carlos, *Derecho de la Seguridad Social. Las prestaciones*, Madrid, 1964, ps. 277 y ss., citado en CIPOLLETTA, *La individualidad del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre tasa de sustitución del haber previsional* cit.

## 6. Haber mínimo

Resulta oportuno señalar, en orden a determinar el valor inicial de las prestaciones previsionales, que a partir del año 2007 se reinstauró el haber mínimo garantizado previsto en el artículo 125, garantía que había sido suspendida por la ley 24.463. Al comienzo de su reimplantación sólo amparaba a los beneficiarios que tuvieran participación en el pago de la prestación por parte del régimen público. Este límite inferior, que registra antecedentes en la legislación anterior<sup>23</sup>, no es en modo alguno equiparable a la tasa de sustitución.

En realidad tiene como finalidad otorgar a todo tipo de beneficiario de la previsión social una prestación cuyo importe le permita atender a su subsistencia –y de su familia en su caso–, aunque sólo sea en forma totalmente básica y alimentaria. Se parte de la idea de que la comunidad social debe atender con cobertura mínima a cualquiera de sus miembros, aun sin que exista una necesaria correlación entre el monto de esa prestación mínima y los aportes que el beneficiario haya realmente ingresado al sistema. Se entiende que aquella porción en que el haber mínimo exceda de los aportes efectuados o remuneraciones percibidas por el beneficiario tendrá naturaleza asistencial, o sea no contributiva<sup>24</sup>.

Queda claro que de acuerdo a las características y finalidad descrita, tal garantía podría acercarse a los pisos establecidos en los instrumentos internacionales reseñados, que en modo alguno alcanzan a cumplir con el principio de integralidad o suficiencia.

Además, a partir de la modificación introducida por la ley 27.426, nuestro ordenamiento incorpora una variante del haber mínimo previsto en la ley de fondo, puesto que a partir del cumplimiento de una pauta adicional, relacionada a los servicios computados a fin de obtener la prestación previsional, el beneficiario accedería a un haber equivalente al 82% del salario mínimo vital y móvil, diferenciándose del resto en que sólo podría aspirar a percibir el valor fijo que evoluciona en función del resultado de la movilidad jubilatoria. Aspecto cuya validez consti-

<sup>23</sup> Ley 18.037, art. 55, primer párrafo.

<sup>24</sup> PAYÁ (h) Fernando Horacio y MARTÍN YÁÑEZ, María Teresa, *Régimen de Jubilaciones y Pensiones*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. II, ps. 1187 y ss.

tucional –a priori– genera alguna duda pues la obtención de la condición de jubilado no admite restricción alguna más allá de que para completar los requisitos de acceso se hubieren utilizado los mecanismos de compensación previstos en los artículos 19 y 38 de la ley 24.241, o las facilidades incorporadas en las leyes 24.476, 25.994, 26.970 o 27.260.

## **7. La interpretación de las normas previsionales**

En materia de aplicación e interpretación de normas previsionales el alto tribunal a partir de sus pronunciamientos fue construyendo desde mediados de la década de los '60 una serie de principios orientadores que desde su continua e ininterrumpida aplicación se transformaron en una referencia ineludible al momento de elaborar sus fallos, los que fueron pacífica y uniformemente reiterados en las distintas instancias y compartidos por la doctrina.

Es en el campo de la garantía de movilidad prevista en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, donde más prolífera ha sido la intervención de la Corte, pues en la referida norma no se prescribe ningún dispositivo en particular, ni tampoco se precisa, como se sostuvo, la cuantía de las prestaciones. El punto de inicio lo podemos situar en 1963 en el reiterado precedente “Ponzo, Alfredo Blas G.”, en el que se indicó que las exigencias de una conveniente adaptación de la prestación jubilatoria han de considerarse cumplidas cuando, a través de su haber actualizado, el jubilado conserva una situación patrimonial proporcionada a la que le correspondería de haber continuado en actividad (*Fallos*: 255:306).

Años más tarde, para definir el carácter sustitutivo de los beneficios previsionales, se afirmó que el sistema previsional argentino se sustenta en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, atendiendo a la naturaleza “sustitutiva” que cabe reconocer al primero respecto del segundo, y a los fines que inspiran el ordenamiento jurídico respectivo. En consecuencia, el conveniente nivel de la prestación jubilatoria ha de considerarse alcanzado, en principio, cuando el jubilado conserva una situación patrimonial proporcionada a la que le correspondería de haber seguido en actividad (*Fallos*: 279:389).

Con posterioridad se sostuvo que si a la inseguridad derivada de las alternativas económicas se le suma la no menos grave incertidumbre motivada por coeficientes que no siempre respetan de manera objetiva el respectivo haber previsional, se tornaría ilusorio el carácter sustitutivo del beneficio y los fines que informan la materia (*Fallos*: 305:2083), y la limitación que se impone al cuestionamiento realizado por la parte no se aviene con la amplitud de criterio con que deben interpretarse las peticiones en materia previsional, particularmente cuando resulta manifiesto que las impugnaciones persiguen que el monto de las prestaciones sea acorde con el carácter sustitutivo que deben mantener (*Fallos*: 307:135).

Pero tal vez el punto más alto lo encontramos en el medio de una importante crisis previsional –acaecida a mediados de la década de los '80–, donde la Corte ajustó su doctrina en la materia estableciendo que en la ejecución de créditos de naturaleza previsional, su contenido alimentario exige una consideración particularmente cuidadosa a fin de que, en los hechos, no se afecten sus caracteres de integrales e irrenunciables, ya que el objetivo de aquéllos es la cobertura de los riesgos de subsistencia y ancianidad, momentos de la vida en los que la ayuda es más necesaria.

Los titulares de créditos de naturaleza previsional, sostuvo, son ciudadanos y habitantes que al concluir su vida laboral supeditan su sustento, en principio absolutamente, a la efectiva percepción de esas prestaciones que por mandato constitucional les corresponden. Por ello se acentúa la necesidad del interesado de obtener una rápida y eficaz decisión judicial, que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre y evite, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional (exigencia del propósito de afianzar la justicia enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional).

Así, la ponderación del estado de emergencia económica de las –en aquel entonces vigentes– Cajas Nacionales de Previsión y de la necesidad de instrumentar las medidas que tiendan a conjugarlo, con el fin de conservar los recursos financieros para atender el cumplimiento de las obligaciones con los beneficiarios del sistema, es materia ajena

a la órbita del Poder Judicial y es función exclusiva del Parlamento la determinación de la existencia y gravedad del paulatino deterioro patrimonial denunciado respecto de los organismos que conformen el sistema previsional, así como la adopción de los remedios idóneos para su restablecimiento a fin de cumplir con el deber de asegurar los beneficios a los integrantes, tal cual resulta de la directiva contenida en el artículo 14 de la Constitución Nacional. La Corte no puede suplir esa decisión política ni la oportunidad de las disposiciones que se dicten para solucionar la crisis aludida, sin perjuicio, claro está, del ejercicio a posteriori del control jurisdiccional destinado a asegurar la fundamental razonabilidad de esos actos y a impedir que, por medio de ellos, se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del tribunal (“Rolón Zappa, Víctor Francisco s/Queja”, *Fallos*: 311:1644).

Ya en el año 2005, luego de casi diez años del mal recordado caso “Chocobar”, el tribunal retoma su camino ratificando los principios enunciados e incorporando otros. Así afirmó que los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar los principios básicos de interpretación acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el artículo 75, inciso 23, de la Ley Fundamental, reformada en 1994, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos (*Fallos*: 328:1602).

Una inteligencia sistemática de las cláusulas de la Ley Fundamental acorde con los grandes objetivos de justicia social que persigue el artículo 14 bis obsta a una conclusión que, a la postre, convalide un despojo a los pasivos privando al haber previsional de la naturaleza esencialmente sustitutiva de las remuneraciones que percibía el trabajador durante su actividad laboral. Para lo cual la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficios de la seguridad social y de la íntima vinculación que guardan las prestaciones aseguradas al trabajador con aquellas de naturaleza pre-

visional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio (*Fallos*: 328:1602).

Bajo el régimen de la ley 18.037, las jubilaciones respondían a la idea central de otorgar a las personas que se retiraban una prestación que les permitiese mantener un nivel de vida semejante al que correspondía a quienes se encontraban en actividad, y con este fin, el sistema contemplaba un haber jubilatorio que, de inicio, guardaba una cierta proporción con el salario (art. 49) y en lo sucesivo seguía los aumentos salariales conforme a un determinado criterio de movilidad que era el establecido en el artículo 53 de la ley (*Fallos*: 328:1602. Voto de los Dres. E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay).

En armonía con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional ha sido reconocida la naturaleza sustitutiva que cabe asignar al haber previsional concedido, considerando que la jubilación constituye la *prolongación de la remuneración*, después del cese regular y definitivo en la actividad social laboral del individuo como débito de la comunidad por el servicio prestado, y tal concepción se inserta en el objetivo preeminente de la Constitución Nacional de lograr el bienestar general, cuya expresión más acabada es la justicia social. En tal sentido, el carácter alimentario de todo beneficio previsional, que tiende a cubrir las primeras necesidades de los beneficiarios y su reconocida naturaleza de subsistencia, obliga a sostener el “principio de favorabilidad” y a rechazar toda fundamentación restrictiva (*Fallos*: 328:1602. Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).

Adviértase que el tribunal cimero, si bien de manera continua ha sostenido el carácter sustitutivo de las prestaciones previsionales reiterando en cada oportunidad la necesaria proporcionalidad del haber de pasividad, incluso despejando dudas sobre la prevalencia de este derecho aun en períodos de crisis de financiamiento, no podemos desconocer que los sistemas previsionales, en base a la evolución de las distintas variables económicas y sociales, nunca han encontrado equilibrio en cuanto a la tasa de sustitución. Tal vez sea éste el motivo por el cual en ningún momento la Corte ha emitido opinión sobre el *quantum* de las prestaciones previsionales fijándole valor alguno.

En dos precedentes medianamente recientes encontramos alguna alusión al respecto. En el fallo “Argento, Federico”, del 26 de marzo

de 2013, en oportunidad de analizar la constitucionalidad del tope incorporado en el artículo 26 de la ley 24.241, se sostuvo que “el promedio salarial de los últimos años de actividad calculado por la ANSeS según lo previsto en el artículo 24 de la ley 24.241, con la actualización dispuesta por el juez de primera instancia a partir de abril de 1991, debería haberse determinado en \$ 16.706,20, lo cual hubiese conducido a un nivel inicial de la prestación equivalente a \$ 9.440,47. Sin embargo, al ser el AMPO vigente a la fecha de adquisición del derecho de \$ 63, la aplicación del tope del artículo 26 de la ley citada redujo ese componente con una quita superior al 70%, fijándolo en la suma de \$ 2.331. En tales condiciones, la aplicación al caso del artículo 26 de la ley 24.241 dejó sin efecto alguno al artículo 24 de dicho régimen, pues la prestación compensatoria quedó liquidada sólo en función del AMPO, perdió todo nexo con el nivel salarial alcanzado en actividad, punto tal que aun sumada la prestación básica universal no llega a representar el 10% de las últimas remuneraciones del causante”.

Unos meses más tarde, en el caso “Barrios, Idilio”, afirmó que la ANSeS determinó el haber inicial de la prestación y el actor accedió a un monto jubilatorio que *apenas representó el 51% de sus últimos sueldos de actividad* –el resaltado me pertenece–, lo que implicó para el señor Barrios que a partir de obtener su jubilación con fecha 7 de septiembre de 1994 –sólo dos meses después de su última remuneración certificada–, tuviese que tratar de mantener su estándar de vida con casi la mitad de los ingresos que percibía cuando se encontraba activo. Si se tiene en cuenta, además, que después de tan extensa historia laboral y con los parámetros de ajustes ordenados por la Cámara, el monto inicial de la prestación –conformado sólo por la PBU y la PC– no logra alcanzar siquiera el 58% de los últimos sueldos percibidos por el demandante, cabe concluir que la restricción establecida por el artículo 24 de la ley 24.241 resulta irrazonable pues implica una reducción injustificada del nivel de vida del actor y del monto de su haber previsional.

En la misma línea se pronunció el procurador general, consultado en el citado antecedente al señalar que el actor recibe, por las tres prestaciones que conforman su haber jubilatorio, una suma que repre-

senta el 51% de la remuneración de actividad, que se encuentra muy lejos del mínimo que reconocía para una prestación similar el anterior sistema, es decir 70% del promedio de los sueldos referidos y, por tanto, difícilmente pueda ser considerado sustituto del salario de actividad tal como lo concibió el cimero tribunal en *Fallos*: 328:1602 al expresar que “la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficios de la seguridad social y de la íntima vinculación que guardan las prestaciones aseguradas al trabajador con aquellas de naturaleza previsional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio”.

Pero lo más destacable, a diferencia de la Corte, lo conforma el siguiente agregado: “tampoco puede sostenerse como argumento válido para la imposición del límite impugnado *la salud financiera del sistema* [el resaltado me pertenece], toda vez que, como se señaló más arriba, uno de sus componentes básicos es la contribución del futuro beneficiario como fuente primaria de su economía, razón por la cual, el esfuerzo realizado por el trabajador y, en su caso, también por el empleador, se debe traducir en una prestación que sea un equilibrado reflejo de su aporte, no sólo posibilitando que su monto –como se puso de resalto en el párrafo anterior– sustituya el salario de actividad, circunstancia que –como se dijo– no se aprecia en el caso del demandante, sino como un medio de incentivar a los contribuyentes a realizar un máximo esfuerzo en sustento de un resultado final adecuado” (en clara línea con el precedente “Rolón Zappa” citado ut supra).

De la breve reseña efectuada se advierte en todo momento la necesidad de que la prestación previsional sea razonablemente proporcional de manera que le permita al beneficiario continuar con el nivel alcanzado en el período de actividad, sin que prevalezca el contexto económico, pues como vimos, fueron sostenidas incluso en períodos de crisis del sistema previsional, aunque nunca el alto tribunal precisó el porcentaje que daría por cumplida esa premisa.

A diferencia de lo reseñado, en el ámbito de la Cámara Federal de la Seguridad Social, en fecha 19 de octubre de 2010, la sala III

—por mayoría de sus miembros— estableció un piso de sustitutividad para los beneficiarios de la ley 24.241 en el caso “Betancur, José c/ANSeS s/Reajustes varios”.

En primer lugar, en línea con la interpretación del principio de integralidad que venimos desarrollando, en el voto que conforma la mayoría se destaca: “...bien puede afirmarse que la suficiencia y adecuada proporcionalidad de la prestación previsional, consustancial al carácter integral e irrenunciable de los derechos de la seguridad social a los que pertenece, depende de una razonable tasa de reemplazo inicial mantenida en el tiempo por una acertada pauta de movilidad, pero esta última, por sí sola, no alcanza para corregir la eventual insuficiencia del primer haber”.

A tiempo que no se advierte que en la sanción de la ley 24.241 se haya puesto el mismo celo —en referencia a lo acontecido respecto de las contingencias de invalidez y/o fallecimiento— acerca de la “tasa de sustitución” para la cobertura de la contingencia de vejez, otrora llamada “Jubilación Ordinaria” (a cargo exclusivamente del régimen de reparto de administración pública durante la vigencia de las leyes 18.037 y 18.038). Puesto que el SIJP propició la migración de esa institución (JO) al régimen de capitalización (vaciada de su naturaleza y signada por algunos como intencionalmente motivada para favorecer la opción a favor del mismo), cuya cuantía dejó de ser el resultado de una fórmula legalmente prevista de reemplazo para convertirse en un importe por demás incierto o aleatorio, derivado —entre otros factores a considerar— del saldo que pudiera alcanzar la CCI de administración privada.

Además, agrega, porque para el caso en que la cobertura de la contingencia de ancianidad se encontrare exclusivamente a cargo del régimen previsional público de reparto (como consecuencia de la opción ejercitada), aquella quedó atomizada a partir del 14 de julio de 1994 (fecha de entrada en vigencia del SIJP) en tres prestaciones: PBU, PC, PAP, con distintas reglas de cálculo para cada una de ellas (arts. 19 a 21, 23 a 26 y 30, respectivamente), la primera de las cuales no guarda relación alguna con la remuneración o renta imponible sobre la que se aportó en actividad. Lo cierto es que la regulación legal del SIJP resulta, en cada caso, de la variable combinación de esas tres

prestaciones, siendo de destacar –por su trascendencia al respecto– la incidencia inversamente proporcional de la PBU en relación con los ingresos de actividad (de menor peso relativo o significación porcentual cuanto mayor es el ingreso de actividad).

En el contexto descripto, sumado a que las leyes 24.241 y 26.425 se inspiraron en objetivos económicos, fiscales y financieros consonantes con las distintas orientaciones de política general de cada momento y cuyas urgencias circunstanciales forzaron su dictado, probablemente tanto o más importantes para sus impulsores que los previsionales propiamente dichos, se propuso la adición de un “suplemento por substitutividad”, suficiente para alcanzar el 70% de la remuneración promedio actualizada de los últimos diez años. Se equipara de este modo la tasa mínima de sustitución a la del régimen general para trabajadores dependientes, anterior a la ley 24.241.

En síntesis, a partir de sus fundamentos se concluye en que la progresividad que deben tener los ordenamientos jurídicos que regulan esta clase de derechos, según los convenios internacionales que cita y la interpretación que se efectúa de la ley 24.241, impedía que la tasa de sustitución de la prestación respecto de los salarios por los que se aportó fuera inferior a la oportunamente reconocida por la ley 18.037.

El fallo analizado, aunque de valorable importancia y repercusión en la doctrina especializada, no fue receptado por el resto de las salas que componen la Cámara Federal de la Seguridad Social, e incluso si bien la sentencia quedó firme aun cuando fuera objeto de recurso extraordinario federal, la Corte no se pronunció sobre sus alcances pues el remedio fue desestimado en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial, por carecer de la debida fundamentación.

Tampoco la propia sala que dictara el pronunciamiento realiza una aplicación mecánica de su doctrina, sino que ello queda supeditado al pedido y correcta fundamentación en base a la prueba aportada en la instancia de grado.

## **8. Beneficiarios alcanzados**

Definida la obligación de establecer una prestación que garantice

una tasa de sustitución razonable, proporcional a las remuneraciones percibidas en la etapa activa, que entendemos a la luz de la jurisprudencia citada no debiera ser inferior al 70% del promedio de las últimas 120 remuneraciones, corresponde analizar si ésta alcanza a la totalidad de los beneficiarios del régimen previsional o si aquellos que gozan de prestaciones por encima de ciertos valores estarían sujetos a una reducción en pos de los principios de solidaridad y subsidiariedad.

En este sentido, recordemos que el alto tribunal al pronunciarse por primera vez en la causa “Badaro”, en fecha 8 de agosto de 2006, al describir la situación acontecida con posterioridad al año 2003 y referir todos los incrementos que alcanzaron a los beneficios de menor cuantía, señaló que los citados decretos han tomado en consideración la grave crisis económica y social y tienen el declarado propósito de atender en primer lugar las necesidades más urgentes, asegurando a sus destinatarios los recursos indispensables para su subsistencia. Los criterios expresados, cuya validez no se discute, en modo alguno podrían llevar a convalidar una postergación indefinida de aquellos que, como en el caso citado, no se encuentran en el extremo inferior de la escala de haberes, ni a admitir graves deterioros de su jubilación, ya que la amplitud de facultades que se han reconocido para organizar el sistema debe entenderse condicionada a que se ejerciten dentro de límites razonables, o sea, de modo que no se hieran de manera sustancial los derechos emergentes de la seguridad social (*Fallos*: 311:1937).

En ese orden de ideas, la política de otorgar incrementos sólo a los haberes más bajos trae como consecuencia el achatamiento de la escala de prestaciones y provoca que quienes contribuyeron al sistema en forma proporcional a sus mayores ingresos se acerquen cada vez más al beneficio mínimo, poniendo en igualdad de condiciones a los que han efectuado aportes diferentes y quitándoles el derecho a cobrar de acuerdo con su esfuerzo contributivo.

Ello no se contrapone con el tope jubilatorio, pues si bien en principio es aceptada la fijación de límites máximos de jubilación, ello encuentra su valladar cuando su aplicación deriva en una quita que exceda cierta proporción razonable y se traduzca en un menoscabo del nivel de vida del prestatario, tornándose confiscatoria y, por lo tanto, inconstitucional.

Vale decir que alcanzado el status jubilatorio, todos los beneficiarios gozan de los mismos derechos y garantías para acceder a la correcta tasa de sustitución comprendida en el principio de integralidad, más allá de los límites mínimos y máximos que alcanzan a los beneficios previsionales, sujetos estos últimos al control de razonabilidad<sup>25</sup>.

## 9. El futuro del régimen previsional

Al comienzo del presente enunciamos que estamos en tránsito a una reforma previsional que se dará, no sólo en cumplimiento de la ley 27.260, sino que además la necesidad de una modificación del régimen previsional se impone desde el desmantelamiento de la estructura prevista por la ley 24.241. En el actual contexto normativo, sostener su aplicación representa un desafío y sobre todo problemas.

El nuevo sistema deberá ajustarse a los cambios esperados en la economía, y sobre todo a partir de las transformaciones que están ocurriendo en la organización de la producción y del trabajo, sumado a las características propias de los mercados laborales de América Latina que se agravan en razón de la alta rotación laboral y las continuas entradas y salidas al y del empleo formal hacia la inactividad y el empleo informal<sup>26</sup>, que impactan directamente sobre la densidad de cotizaciones y contribuciones, aspectos estrictamente vinculados a los esquemas y mecanismos de financiamiento.

Sin embargo, a partir de los principios y pautas orientadoras o de

<sup>25</sup> “Que esta Corte ha reconocido la legitimidad del sistema de haberes máximos en materia de jubilaciones y pensiones desde que fueron instituidos por vía normativa, pero ha dejado a salvo la posibilidad de establecer soluciones adecuadas a las circunstancias de las respectivas causas [...] en el caso la ANSeS ha practicado liquidación de la sentencia firme que había ordenado la recomposición del haber del jubilado. De ella resulta comprobado el perjuicio concreto que ocasionó la aplicación del sistema de topes durante los períodos a que se refieren los agravios del organismo previsional, en medida tal que la merma del haber resulta confiscatoria de acuerdo con la doctrina del tribunal de *Fallos*: 292:312; 307:1985; 312:194, entre muchos otros, por lo que el fallo recurrido –declaró la inconstitucionalidad del tope jubilatorio– debe ser confirmado” (*Fallos*: 323:4216).

<sup>26</sup> BERTRANOU, Fabio, *Cambios en el mundo del trabajo y el futuro de la protección social en América Latina*, en Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Anuario 2016*, Año VII, N° 7, p. 236.

interpretación que no pueden dejarse de lado en la elaboración de un nuevo sistema, el éxito o fracaso de la reforma pasará por la incorporación de prestaciones que garanticen el cumplimiento del principio de integralidad o suficiencia. En un interesante trabajo, Claudio D. Gómez<sup>27</sup> señala con acierto –citando a Hermann Heller– que, sin la apelación a los principios de Derecho, incluso en los casos en que el legislador no se remite expresamente a ellos, no se puede comprender ni interpretar ni aplicar la mayoría de los preceptos positivos del Derecho Constitucional, pues nunca está comprendido todo el Derecho en la letra de los preceptos jurídicos positivos. A su vez, Berizonce afirma que “...los principios son ‘normas fundantes’, criterios o reglas genéricamente formuladas, que están en la base de los ordenamientos jurídicos positivos; verdaderas reglas ‘inspiradoras’ de una estructura, que le imprimen cierta dosis de cohesión y tendencia a la armonía, entre otras de sus funciones...” En esta concepción, los principios son constitutivos del orden jurídico, en cambio las reglas, aun cuando puedan estar insertas en los textos fundamentales, son puramente instrumentales, se agotan en sí mismas y no tienen ninguna fuerza más allá de lo que ellas significan; a los principios se les presta adhesión, a las reglas se las obedece.

<sup>27</sup> GÓMEZ, Claudio D., *Los principios y los derechos fundamentales. Conflictos entre derechos fundamentales y el principio de justicia*, en L. L. Supl. Constitucional 2016 (mayo), del 24-5-2016, p. 12; L. L. 2016-C-1011.



## ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL.....	7
<i>Prólogo</i> , por LUIS RAMÍREZ BOSCO .....	9

### **EL CONTENCIOSO PREVISIONAL FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

(ENTRE EL IGUALITARISMO Y LA  
“JUSTICIA DE ACOMPAÑAMIENTO”)

por WALTER F. CARNOTA

1. A modo de introito.....	15
2. El acceso a la justicia.....	17
3. La faz procesal del principio protectorio .....	18
4. La ratificación argentina de la Convención .....	20
5. Conclusiones .....	22

### **LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL**

por BERNABÉ L. CHIRINOS

1. Los derechos humanos base de todo accionar jurídico y político .....	25
a) Los derechos humanos .....	25
1) Tipificación.....	25

2. Los derechos humanos en el mundo jurídico positivo .....	28
a) Derecho a la vida .....	29
b) Protección integral de la familia, defensa del bien de familia, compensación económica familiar y acceso a una vivienda digna.....	30
c) Maternidad.....	31
d) La niñez.....	31
e) La salud.....	32
f) Empleo.....	33
g) Jubilaciones y pensiones móviles.....	35
3. Los principios constitucionales referidos a los derechos humanos.....	39
4. El Derecho de la Seguridad Social y los derechos humanos .....	41
5. Financiación de la seguridad social.....	42

**EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD Y SU  
VIOLACIÓN EN MATERIA LEGISLATIVA**

por GRACIELA E. CIPOLLETTA

.....	45
1. El principio de universalidad en la doctrina.....	47
2. El principio de universalidad en los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional .....	52
3. La interpretación de los textos en la jurisprudencia .....	57
4. Algunos ejemplos de la restricción, disminución y negación de derechos sociales por razones de posición económica y otras en la legislación de seguridad social argentina.....	58
a) En materia de vejez, invalidez y muerte.....	58
b) En materia de cargas de familia.....	60
c) En materia de desempleo.....	63
5. El renacer del asistencialismo del siglo XVI.....	66
6. Conclusión.....	71

## **DERECHOS SOCIALES, SEGURIDAD SOCIAL Y TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS**

por JORGE GARCÍA RAPP

1. Los derechos humanos . . . . .	73
2. El origen . . . . .	74
3. Trascendencia . . . . .	75
4. Derechos civiles, políticos y derechos humanos . . . . .	77
5. Los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional . . . . .	79
6. Las declaraciones de derechos humanos y los tratados . . . . .	81
7. La seguridad social y los instrumentos internacionales . . . . .	81
8. El sistema interamericano de derechos humanos y la seguridad social . . . . .	84
8.1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos . . . . .	85
8.2. Exigibilidad de los DESC . . . . .	87
8.3. Afectación generalizada y no aislada . . . . .	87
8.4. El desarrollo progresivo . . . . .	88
8.5. Deber de no regresividad . . . . .	88
8.6. El máximo de recursos disponibles . . . . .	89
9. Conclusiones . . . . .	91

## **LA CRISIS DE LOS PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS. LA LABOR DEL JURISTA**

por ADRIANA A. MICALE

1. Introducción . . . . .	97
2. Procesos de reforma . . . . .	98
3. El rol de los principios . . . . .	99
4. Financiamiento y protección . . . . .	102
5. El rol del jurista . . . . .	103
6. Reformas . . . . .	104
7. El principio de progresividad y la seguridad social . . . . .	111

8. Positivismo y justicia . . . . .	113
9. Procedimientos de control . . . . .	120
10. Conclusión. . . . .	121

## **SUFICIENCIA Y SUSTENTABILIDAD**

### **EL GRAN DESAFÍO DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

por JUAN CARLOS PAULUCCI

1. Suficiencia y sustentabilidad . . . . .	123
2. Cuáles son algunos de los aspectos a considerar al tiempo de analizar que un régimen previsional sea suficiente y sustentable . . . . .	125

## **LA SEGURIDAD SOCIAL**

### **DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES A LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA Y A LOS DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES**

por DANIEL G. PÉREZ

1. Palabras introductorias . . . . .	129
2. Evolución de la protección social en el mundo. Antecedentes del concepto de seguridad social . . . . .	130
3. Primeras medidas de protección social . . . . .	130
4. Los seguros sociales. Bismarck y la elaboración de las leyes . . . . .	132
5. Las políticas de seguridad social . . . . .	136
6. Fundamentos desde el punto de vista de los “nuevos derechos y garantías” . . . . .	139
7. Los derechos a la seguridad social. El nexo entre los derechos individuales y los de incidencia colectiva . . . . .	151
8. Los derechos ciudadanos universales . . . . .	152
9. Las políticas de seguridad social y el Derecho Internacional . . . . .	154

10. La seguridad social como proyección y motor del cambio. El papel de la seguridad social en la recuperación de las cuestiones críticas .....	159
11. El financiamiento de los sistemas de seguridad social y los retos de largo plazo .....	162
12. El análisis del financiamiento de los sistemas de seguridad social .....	164
13. El momento actual: La crisis de la seguridad social .....	166
14. A modo de colofón. ....	171

**EL “QUANTUM” DE LAS PRESTACIONES PREVISIONALES  
A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD  
SOCIAL Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

por JAVIER B. PICONE

1. Integralidad. Jubilaciones proporcionales. Principios .....	173
2. Tasa de sustitución .....	175
3. La Constitución Nacional .....	175
4. Documentos internacionales .....	179
5. Legislación nacional .....	184
6. Haber mínimo .....	194
7. La interpretación de las normas previsionales .....	195
8. Beneficiarios alcanzados .....	202
9. El futuro del régimen previsional .....	204
ÍNDICE SUMARIO .....	207



LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN  
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR  
EL 16 DE NOVIEMBRE DE 2018 EN LOS TALLERES GRÁFICOS  
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE





