

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Víctor Bazán\* (Argentina)

## La protección del derecho a la seguridad social en el Estado constitucional y convencional argentino

### RESUMEN

El derecho a la seguridad social ostenta incuestionable fundamentalidad, y su protección y realización imponen demandantes desafíos a las autoridades públicas competentes y demás actores sociales en el contexto del Estado constitucional y convencional. Fuera y más allá de las respuestas particularizadas que emanan del Poder Judicial, con la Corte Suprema de Justicia de la nación al frente, es ineludible que los poderes Ejecutivo y Legislativo diseñen (y posteriormente ejecuten y supervisen efectivamente) una matriz sistematizada y coherente de políticas públicas para el desarrollo con justicia e inclusión sociales que involucre este derecho esencial, íntimamente ligado a la dignidad de la persona humana.

**Palabras clave:** Estado constitucional y convencional, derecho a la seguridad social, dignidad humana y justicia social.

### ZUSAMMENFASSUNG

Das Recht auf soziale Sicherheit ist zweifellos grundlegend, und sein Schutz und seine Umsetzung stellen sowohl die zuständigen Behörden als auch die gesellschaftlichen Akteure in einem an die Verfassung und Verträge gebundenen Staat vor bedeutende Herausforderungen. Unabhängig von den jeweils spezifischen Antworten, die die Justiz mit dem Obersten Gerichtshof der Nation als höchste Instanz gibt, ist es unverzichtbar, dass Exekutive und Legislative eine systematisierte, kohärente Matrix öffentlicher Politikansätze für eine Entwicklung mit sozialer Gerechtigkeit und Inklusion

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Catedrático de las asignaturas Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Derecho Internacional Público y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina); profesor invitado de posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y de otras universidades argentinas y extranjeras. [vba\\_mart9@yahoo.com.ar](mailto:vba_mart9@yahoo.com.ar)

entwerfen (und anschließend umsetzen und überwachen), die dieses grundlegende, unmittelbar mit der Menschenwürde verknüpfte Recht berücksichtigt.

**Schlagwörter:** An die Verfassung und Verträge gebundener Staat, Recht auf soziale Sicherheit, Menschenwürde und soziale Gerechtigkeit.

## SUMMARY

The right to social security is unquestionably fundamental, and its protection and realization pose demanding challenges for the competent public authorities and other social actors in the context of the constitutional and conventional State. Beyond the particularized responses that emanate from the Judicial Branch, with the Nation's Supreme Court of Justice leading the way, it is imperative that the Executive and Legislative Branches design (and subsequently execute and supervise) a systematized and coherent matrix of public policies for development with social justice and inclusion, that involves that essential right, intimately tied to human dignity.

**Key words:** Constitutional and conventional State, right to social security, human dignity and social justice.

## Introducción

En este marco introductorio corresponde adelantar que el derecho a la seguridad social (SS) es, indudablemente, un derecho fundamental, y su protección y realización suponen demandantes desafíos para las autoridades públicas competentes y demás actores sociales en el marco del Estado constitucional y convencional. Es que, además de las respuestas *case by case* que provienen del Poder Judicial, con la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) al frente, es imprescindible que los poderes Ejecutivo y Legislativo tracen (y posteriormente ejecuten y controlen efectivamente) una plataforma sistematizada y consistente de políticas públicas para el desarrollo con justicia e inclusión sociales que involucre a aquel derecho esencial, estrechamente vinculado a la dignidad del ser humano.

Teniendo en cuenta lo dicho, y a fin de iniciar el itinerario propuesto para desarrollar el trabajo, presentaremos algunas apreciaciones de contextualización en torno al impacto de la reforma constitucional argentina de 1994 en el campo de los derechos humanos, y al importante rol que juegan los jueces y magistrados en el Estado constitucional y convencional, ámbito que exhibe una mayor demanda de argumentación jurídica cuando están en juego derechos fundamentales.

Continuaremos con una breve referencia a diversos instrumentos internacionales sobre el derecho a la SS y temas conexos, aplicables en el escenario jurídico argentino. Luego, abordaremos la íntima relación entre políticas públicas y derechos humanos, con énfasis en la justicia social y la conexión entre democracia y dignidad humana.

Seguidamente, traeremos a colación algunos datos sobre la “deuda social argentina” y nos referiremos al Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados, implementado en fecha relativamente reciente por el Gobierno encabezado por el presidente Mauricio Macri para paliar la grave crisis que ese segmento de la población arrastra desde hace varios años.

De modo sucesivo, recorreremos a continuación determinados criterios y pautas importantes emanados de la CSJN en torno al derecho a la SS; ciertos fallos que marcan la convergencia de este derecho y el derecho a la salud; y nos acercaremos críticamente a una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que condenó al Estado argentino.

A modo de cierre propondremos ciertas reflexiones recapitulativas que se acoplarán a otras conclusiones volcadas en el nudo de esta contribución.

## 1. Consideraciones de contextualización

### 1.1. Impacto de la reforma constitucional en el área de los derechos humanos

Es una realidad incontestable la fuerte influencia que, al menos desde la dimensión normativa, ha generado la reforma constitucional de 1994 en la esfera de los derechos humanos. Como algunas señales claras en tal sentido, y sin ánimo de taxatividad, pueden computarse:

- La ampliación del plafón de *derechos explícitos*, por ejemplo, los artículos 37, sobre derechos políticos; 41, en torno al derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y 42, sobre derechos de usuarios y consumidores.
- La literalización de los procesos constitucionales de *amparo*, *habeas data* –aunque sin emplear formalmente tal denominación– y *habeas corpus*; procesos ahora encapsulados en el artículo 43.<sup>1</sup>
- El diseño de un nuevo prototipo de *principio de igualdad*, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (art. 16) con la *igualdad material*. Ello se observa, por ejemplo, en los artículos 37, atinente a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el

---

<sup>1</sup> Antes de la innovación constitucional de 1994 obviamente existían normas legales sobre el amparo y el *habeas corpus*, y también fallos jurisprudenciales al respecto (de hecho, el amparo fue creado pretorianamente). Lo que hizo la aludida reforma fue positivizarlos expresamente en el texto constitucional. Incluyó también al *habeas data* aunque sin utilizar de manera explícita esa nomenclatura.

acceso a cargos electivos y partidarios; y 75, inciso 2.º, igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional; 19, sanción por el Congreso de leyes de organización y de base de la educación que, *inter alia*, promuevan los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y 23, que el Congreso legisle y propicie *medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato.

- Algunos elementos surgidos del citado artículo 75, inciso 19, en cuanto a la faena que el Congreso debe asumir respecto a proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*.
- La adjudicación de jerarquía constitucional *originaria* a once (11) instrumentos internacionales (luego se agregarían tres más) en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2.º), que hacen que la antigua figura de la “pirámide”, en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución Nacional (CN), haya devenido en una especie de “trapecio”, en cuyo plano más elevado comparten espacios, en constante interacción, la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Cabe recordar que los instrumentos internacionales recipiendarios de *jerarquía constitucional originaria*, esto es, la acordada directamente por la Convención Constituyente de 1994, son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

A esa nómina primigenia de documentos internacionales con jerarquía constitucional originaria se han añadido con idéntica alcurnia, aunque *derivada* (o sea, discernida por el Congreso de la Nación posteriormente a la reforma constitucional, en función de la habilitación contenida en el art. 75, inc. 22, párr. 3.º), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se ha conferido esa valía mediante la Ley 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003; y, más recientemente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), a la que se ha otorgado semejante magnitud por la Ley 27.044, publicada el 22 de diciembre de 2014.

## 1.2. Sobre el papel de la magistratura jurisdiccional y la argumentación en materia de derechos humanos

La modificación constitucional de 1994 ha producido, *inter alia*, la exigencia de operativizar una renovada concepción del principio de igualdad a través de *acciones positivas* y la inexcusable *implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres*, en un escenario donde es ineludible tomar en consideración el caudal axiológico que suministra el imperativo preambular de “afianzar la justicia”.<sup>2</sup> Se impone una mirada *estructural* de la igualdad que suponga visualizar como significativa la situación de la persona considerada individualmente, pero haciendo parte de un grupo sistemáticamente excluido o postergado.

La asignación de jerarquía constitucional, originaria y derivada –según corresponda– a catorce instrumentos internacionales sobre derechos básicos trae consigo –como anticipáramos– la ampliación cuantitativa y cualitativa del plexo de derechos implícitos y expresos, fortaleciendo además la operatividad del principio *pro persona*, con las pautas que a él se vinculan, por ejemplo, *pacta sunt servanda*, interpretación de buena fe de los compromisos internacionales asumidos en la materia (de acuerdo con su objeto y fin), improcedencia de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional y hermenéutica dinámica y evolutiva de semejantes tratados.

Juegan un papel relevante, entre otros, los siguientes factores: la existencia en la Constitución de una fundamental cláusula de apertura al derecho internacional y particularmente al derecho internacional de los derechos humanos; el incremento de la circulación de reglas internacionales; la creciente retroalimentación del derecho internacional y el derecho interno; la pertenencia del país a un sistema integrado de justicia internacional como es el esquema interamericano; y la obligación de los jueces domésticos (y demás autoridades públicas), en punto a llevar adelante el *control de convencionalidad* que algunos autores denominan *difuso*, para diferenciarlo del denominado control *concentrado* que despliega monopólicamente la Corte IDH.

Tales elementos dan cuerpo a un sólido y demandante núcleo obligacional que el Estado debe honrar de buena fe. Y en dichos menesteres, la actividad de la magistratura jurisdiccional toda, bajo el liderazgo de la CSJN como órgano máximo de justicia constitucional,<sup>3</sup> adquiere singular importancia.

<sup>2</sup> Ver Víctor Bazán, “El imperativo preambular histórico de ‘afianzar la justicia’, su vigencia y algunos desafíos y exigencias que impone a la Corte Suprema de Justicia”, en AA.VV., *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003.

<sup>3</sup> Debe aclararse que en la actualidad –segundo semestre de 2017–, la CSJN está compuesta por cinco jueces, que es el número institucional fijado legalmente. Se trata de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz. Los dos últimos se incorporaron al Tribunal en 2016.

El cuadro situacional bosquejado realza la exigencia de asegurar *ad intra* la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sean aquellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales (DESC), procurando dar cumplimiento a los deberes y las cargas asumidos extramuros para salvaguardar la dignidad de los habitantes y, paralelamente, evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

Según Atienza, el *constitucionalismo* (para muchos, *neoconstitucionalismo*) supone *una mayor demanda de justificación, de argumentación, en el derecho*, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, lo que –a su criterio– “lleva también a que *el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento ‘insular’: la argumentación jurídica tiene, necesariamente, un componente moral y político*, pero ello no implica desconocer sus peculiaridades: la unidad de la razón práctica no supone la confusión entre el derecho, la moral y la política”<sup>4</sup> (énfasis agregado).

Según un significativo párrafo de Alexy, con el que abre el “Prefacio” a su obra *Teoría de la argumentación jurídica*, donde alude a una resolución de la Sala Primera del *Bundesverfassungsgericht* (*BverfG*), de 14 de febrero de 1973 (*BverfG*, 34, 269 [287]), las resoluciones de los jueces deben “basarse en argumentaciones racionales”<sup>5</sup>.

A partir de tal premisa, el autor alemán sintetizó en buena medida el núcleo de la búsqueda que intentaría en el referido libro, en un pasaje que bien vale para graficar *la especial importancia de la argumentación jurídica*:

Esta exigencia de racionalidad de la argumentación puede extenderse a todos los casos en los que los juristas argumentan. La cuestión de qué sea argumentación racional o argumentación jurídica racional no es por consiguiente un problema que haya de interesar solo a los teóricos del derecho o a los filósofos del derecho. Se le plantea con la misma urgencia al jurista práctico, e interesa al ciudadano que participa en las cosas públicas. *De que sea posible una argumentación jurídica racional depende no solo el carácter científico de la jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales.*<sup>6</sup> (Énfasis agregado)

Por su parte, la vigorización de la justicia constitucional como instrumento de defensa y realización de la Constitución es un correlato de la visualización de esta como una *norma*, consecuentemente dotada de fuerza jurídica y poblada –entre otros componentes– de valores y principios. Dicho de otro modo, ha dejado de ser *percibida* (o de *pasar desapercibida*) como un mero plan, proyecto o programa

<sup>4</sup> Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 29-30.

<sup>5</sup> Robert Alexy, “Prefacio”, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 2008, p. 19.

<sup>6</sup> *Idem*.

político, para convertirse en realidad operativa directamente eficaz es suprema y ostenta fuerza normativa.

Ligada a tal cuestión aparece la llamada “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, estudiada pormenorizadamente, por ejemplo, por Guastini, quien ha reconocido que para forjar tal expresión se ha servido de alguna sugerencia de Favoreu. Aquel autor concibe dicha problemática como un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual este resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Luego amplía el alcance conceptual de tal visión afirmando que un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente* en el texto italiano), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.<sup>7</sup>

Además, es hoy innegable el alto grado de desenvolvimiento del derecho internacional de los derechos humanos, la magnitud de los instrumentos internacionales en dicha materia frente al derecho interno y el valor que receptan los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y los fallos y las opiniones consultivas de la Corte IDH, a cuyos repertorios de precedentes y jurisprudencia deben adecuarse –en lo pertinente– las respuestas jurisdiccionales deparadas en el ámbito judicial.

La CSJN está entonces obligada a fundar sus fallos de acuerdo con los parámetros antes individualizados, teniendo en cuenta en sus argumentaciones las normas, los valores y principios constitucionales y, por supuesto, en el marco del necesario control de convencionalidad,<sup>8</sup> lo dispuesto por la CADH y los restantes instrumentos que hacen parte del *corpus iuris* latinoamericano, además de la interpretación que respecto de los mismos hubiera realizado la Corte IDH. También, por supuesto, deberá tener en consideración las resoluciones de los órganos de supervisión de los tratados internacionales que ostentan jerarquía constitucional, originaria o derivada, en función del artículo 75, inciso 22, párrafos segundo y tercero –respectivamente– de la CN.

Por razones de transparencia argumental e imperatividad jurídica, estos insumos analíticos no pueden estar ausentes en los pronunciamientos del máximo tribunal argentino, ya que al tiempo de legitimar a este cuerpo, también fortalecen el debate democrático y solidifican la protección de los derechos humanos. Es que, precisamente, la garantía de los derechos fundamentales legitima y justifica al Estado constitucional y convencional actual, como al sistema tuitivo regional, este encarnado sustancialmente por la Comisión y la Corte interamericanas.

---

<sup>7</sup> Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 49.

<sup>8</sup> Sobre el tema, ver entre otros trabajos de Víctor Bazán, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 19, 2015, pp. 25-70.

Cerramos el apartado enfatizando que el principio *pro persona* activa la necesidad de efectivizar la *protección integral del ser humano*, alimentada por la premisa que indica que Constitución e instrumentos internacionales sobre derechos básicos forman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un mismo sustrato axiológico: la preservación de la *dignidad humana*, que es un valor fundante, sobre el que volveremos.

## 2. Referencias a diversos instrumentos internacionales sobre el derecho a la seguridad social y conexos, aplicables en Argentina

En modo alguno intentamos agotar el tema, sino simplemente efectuar un repaso, a modo de ejemplo, de ciertos instrumentos internacionales que, con mayor o menor grado de preceptividad, resultan aplicables y útiles para ser volcados en demandas o sentencias, siempre teniendo al nombrado principio *pro persona* como premisa axiológica y jurídica orientadora.

### 2.1. Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Recientemente, el Congreso de la Nación Argentina ha aprobado la Convención a que refiere el apartado, por medio de la Ley 27.360.<sup>9</sup> Aquella fue adoptada en Washington el 15 de junio de 2015 por la Organización de los Estados Americanos (OEA), con las firmas de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay; y en junio de 2016 también la suscribió Bolivia. Entró en vigor el 11 de enero de 2017, o sea, el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositara el segundo instrumento de ratificación o adhesión de la Convención en la Secretaría General de la OEA.

Algunos antecedentes de la Convención, tanto en el marco universal como en el plano interamericano son: los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002); así como instrumentos regionales tales como la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003); la Declaración de Brasilia (2007); el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable (2009); la Declaración de Compromiso de Puerto España (2009) y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012).

Los principios generales aplicables son: promoción y defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona mayor; valorización de la

<sup>9</sup> *Boletín Oficial* (B.O.) de 31 de mayo de 2017.

persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo; *dignidad*, independencia, protagonismo y autonomía; igualdad y no discriminación; participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad; *bienestar y cuidado*; *seguridad física, económica y social*; autorrealización; equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida; solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria; buen trato y atención preferencial; enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor; respeto y valorización de la diversidad cultural; protección judicial efectiva; responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.

Los *derechos protegidos* son: igualdad y no discriminación por razones de edad; *vida y dignidad en la vejez*; independencia y autonomía; participación e integración comunitaria; seguridad y vida sin ningún tipo de violencia; no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud; a un *sistema integral de cuidados a largo plazo*; libertad personal; libertad de expresión y opinión y al acceso a la información; a la nacionalidad y libertad de circulación; privacidad e intimidad; *seguridad social*; trabajo; *salud*; educación; cultura; recreación, esparcimiento y deporte; propiedad; vivienda; *medio ambiente sano*; *accesibilidad y movilidad personal*; derechos políticos; reunión y asociación; a que se tomen las medidas específicas y necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias; igual reconocimiento como persona ante la ley, y acceso a la justicia.

Uno de los propósitos más notables de este instrumento internacional es *evitar la discriminación por motivos de edad*, lo que tiene una importante magnitud jurídica y axiológica.

El artículo 17 de la Convención aborda específicamente el *derecho a la seguridad social* manifestando que, de conformidad con la legislación nacional, toda persona mayor tiene el citado derecho que la proteja para llevar una vida digna. Los Estados parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social, y buscarán facilitar, mediante convenios institucionales, acuerdos bilaterales u otros mecanismos hemisféricos, el reconocimiento de prestaciones, aportes realizados a la seguridad social o derechos de pensión de la persona mayor migrante.

## 2.2. Otros instrumentos y normas constitucionales e internacionales dignos de mención

Argentina cuenta, desde el plano normativo, con un nutrido repertorio de reglas y principios sobre el derecho a la SS: internacionales, constitucionales y legales. En

el plano constitucional encontramos tanto el artículo 14 bis como otras cláusulas que propician la igualdad real de oportunidades y de trato, matriz en la que subyace la protección de aquel neurálgico derecho, íntimamente consustanciado con la justicia social y la dignidad del ser humano.

En esa línea corresponde mencionar el artículo 75, inciso 23, párrafo primero, que insta al Congreso de la nación a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los *ancianos* (además de los niños, las mujeres y las personas con discapacidad). A su vez, el párrafo segundo de tal disposición compele a aquel cuerpo a *dictar un régimen de seguridad social especial e integral* de protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Por medio de la válvula que la CN ofrece en el artículo constitucional 75, inciso 22, por cuyo intermedio se ha jerarquizado constitucionalmente a un cuerpo de catorce (14) instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ingresan al acervo normativo nacional varias disposiciones que directa o indirectamente se refieren al derecho a la seguridad social, por ejemplo, los artículos 16 de la DADDH, 22 de la DUDH, 26 de la CADH (que a su vez remite a la Carta de la OEA), 9 y 10 del PIDesc.

De igual forma, además de la citada Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, otros instrumentos internacionales referidos a la materia (algunos con valencia supralegal, pero infraconstitucional) son:

- el Protocolo de San Salvador en materia de DESC (art. 9);
- el Convenio 102 Relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que entró en vigor el 27 de abril de 1955, fue aprobado por Argentina mediante la Ley 26.678,<sup>10</sup> y cobró vigencia para nuestro país el 27 de julio de 2017.<sup>11</sup> Este instrumento internacional fue concebido para garantizar un nivel mínimo de protección en nueve ramas de la seguridad social: asistencia médica, prestación monetaria de enfermedad, prestaciones de desempleo, de vejez, prestaciones en caso de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, prestaciones familiares, de maternidad, de invalidez, y prestaciones a sobrevivientes;
- el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social ratificado por Argentina el 31 de mayo de 2016, que tiene como objetivo proporcionar cobertura social a los trabajadores migrantes de los países incluidos, para reconocerles los años trabajados en cada uno de ellos y otorgarles

<sup>10</sup> B.O. de 12 de mayo de 2011.

<sup>11</sup> Entregó el instrumento de ratificación el 27 de julio de 2016.

prestaciones de la seguridad social. Se aplica a las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados parte, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes. Cubre las siguientes prestaciones económicas: invalidez, vejez, supervivencia, y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A modo de colofón, se aprecia la existencia de un importante arsenal normativo al que los actores del sistema jurídico pueden acudir para fundar demandas en reclamo de la protección del derecho a la SS, y también dictámenes y sentencias que aplican las reglas, los principios y los valores contenidos en la Constitución, los documentos internacionales pertinentes y los dispositivos subconstitucionales vigentes en nuestro país. Por supuesto, también deben hacerlo otras autoridades públicas (legislativas y administrativas) al tiempo de diseñar y aplicar políticas públicas en la materia.

### 3. Sobre las políticas públicas y temas afines

#### 3.1. Políticas públicas y justicia social

Aun cuando el desarrollo de estándares jurisprudenciales relativos a la protección de derechos esenciales como el de la seguridad social es muy importante, esa vía no resulta *per se* suficiente para afrontar las exigencias que, en áreas estructurales, impone el Estado constitucional y convencional.

El actual presidente de la CSJN, Ricardo Lorenzetti, ha puntualizado que ninguna sentencia judicial aislada (ni siquiera de la Corte Suprema), ninguna ley por sí sola va a solucionar los problemas de la eficacia de los derechos. Añade:

[S]e necesitan políticas públicas coordinadas. Lo que hacen las sentencias de la Corte es decir cuáles son los derechos que tienen estas personas, y estos derechos han sido incorporados en estas sentencias judiciales. Por lo tanto son efectivos, tienen que implementarse, son obligatorios, son normas jurídicas cuyo incumplimiento genera responsabilidad. *Pero de nada sirve si no tenemos [...] políticas sociales que implementen los demás poderes del Estado.* Esto lleva a la *excesiva judicialización de los problemas de derechos humanos, el cual no es el mejor escenario.* Los poderes judiciales de todo el mundo han tenido un protagonismo extraordinario en los últimos años en el campo de los derechos humanos. En este sentido nosotros hemos sido vanguardia en nuestro país en muchos aspectos. El Poder Judicial de la Argentina ha desempeñado un rol importantísimo en el campo de los derechos humanos.<sup>12</sup> (Énfasis agregado)

---

<sup>12</sup> Ricardo Lorenzetti, "Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina", en Hugo Cohen (comp.), *Salud mental y derechos humanos: vigencia de los estándares*

En definitiva, y entre otros elementos y factores, el circuito de protección y realización del derecho a la SS se completa con un proceso articulado de políticas públicas sólidas e inclusivas. Nunca está de más recalcar que en el Estado constitucional y convencional la creciente interrelación de derechos y políticas sociales deviene incontrovertible.

Es tarea compleja discernir qué es una política pública. No es esta la ocasión oportuna para embarcarse profundamente en semejante faena de elucidación. Por tanto, y al solo efecto ejemplificativo, citamos aquí a Lahera Parada, quien sostiene que:

una política pública corresponde a cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados. El mínimo de una política pública es que sea un flujo de información, en relación a un objetivo público, desarrollado por el sector público y consistente en orientaciones.<sup>13</sup>

Obviamente, las políticas públicas en el área social no deben ser respuestas espasmódicas ni un conjunto amorfo de acciones improvisadas, sino el resultado de un proceso serio, completo y detallado de diagnóstico de la situación y del diseño, formulación de objetivos, implementación y seguimiento o monitoreo de su desarrollo.

Tampoco pueden representar meros artilugios discursivos para endulzar oídos con mensajes vacíos y acrecentar el clientelismo político; ni simples “fachadas” sin ningún sustento que generen el espejismo de un cambio radical para que finalmente todo continúe igual, o incluso peor. El *gatopardismo* aplicado a personas y grupos tradicionalmente postergados y excluidos, además de “aportar” crueldad, recrea frustraciones y suma desconfianza en el sistema democrático.

Resulta imprescindible también que el Estado adecue sus políticas públicas a los compromisos adquiridos por vía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, es preciso tener en cuenta que las obligaciones asumidas extramuros en la esfera de los DESC *no son derogables*, e incluso su cumplimiento deviene más relevante precisamente en periodos críticos, para atemperar el rigor del nocivo impacto que estos pueden provocar en las comunidades más retrasadas e hiposuficientes.<sup>14</sup>

---

*internacionales*, Buenos Aires, Organización Panamericana de la Salud, 2009, p. 22.

<sup>13</sup> Eugenio Lahera Parada, *Introducción a las políticas públicas*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 15-16.

<sup>14</sup> Para ampliar, ver Víctor Bazán, “Los derechos sociales en épocas de emergencias y crisis económicas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. XXII, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2016, pp. 571-600.

En esa línea, un factor tuitivo sustancial es la *justicia social*, que apunta centralmente a la exigencia de generar condiciones de vida mediante las cuales a la persona humana le sea posible desarrollarse de manera *digna*, para mitigar la postergación y la desigualdad.

La justicia social se encumbra como uno de los pilares cardinales del derecho internacional de los derechos humanos, conforme lo mostrara en 1919 la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), varias veces modificada; y ya en la era del derecho internacional contemporáneo (pos 1945) lo reafirman la DUDH, el Pidesc, la Carta de la OEA, la CADH, el Protocolo de San Salvador en materia de DESC, e *inter alia*, documentos de *soft law* como la Declaración Sociolaboral del Mercosur o la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97.<sup>a</sup> reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008), que precisamente apunta a fortalecer la dimensión social en la globalización para obtener mejores resultados y que estos se repartan de manera más equitativa entre todos.

Pero la varias veces aludida justicia social es también la base jurídica y axiológica de principios, valores y derechos fundamentales, como subyace en el texto de la Constitución argentina cuando en el apuntado artículo 75, inciso 19, como se adelantara, exhorta al Congreso a proveer lo conducente al *desarrollo humano* y al *progreso económico con justicia social*.

Todos los factores y requerimientos enunciados en este subapartado son relevantes e insoslayables si es que existe genuina voluntad política de forjar un sistema estructurado y consistente de políticas públicas en materia social, lo que aún hoy es una deuda pendiente.

Pese a ser muy importante la labor de *defensa* de los derechos humanos, actualmente ella se revela insuficiente si no se la acompaña de una tarea *proactiva* de fiscalización de las políticas públicas para enfocar los inconvenientes estructurales que subyacen a las violaciones concretas de aquellos derechos (en el caso, en materia de SS), para procurar incidir en la formación o la corrección de tales políticas, sustentadas en valores tales como la equidad y la solidaridad.

### 3.2. Democracia y dignidad humana

Uno de los desafíos más notorios en el campo de la realización del derecho a la SS consiste en remover los obstáculos y superar (o al menos mitigar) las marginalizaciones sociales que atentan contra su operatividad, para lo cual se deben implementar medidas de acción positiva como imágenes derivadas de la construcción de un adecuado sistema estructural de políticas sociales que garantice un piso isonómicamente sostenible.

Una interesante perspectiva viene señalada por Comanducci, cuando afirma que en la versión de democracia de Bobbio (la democracia no solo como método, sino también como ideal igualitario), de Ferrajoli y otros autores,

la democracia, más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es *isonomía*, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales [...] lo que no se puede decidir son violaciones a los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es [...] también un presupuesto de esta versión de la democracia.<sup>15</sup>

Nunca está de más recordar, en paráfrasis de Ferrajoli, que uno de los elementos importantes para mensurar *el progreso de la democracia es la expansión y la justificabilidad de los derechos*.<sup>16</sup>

Una premisa insoslayable tanto para las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto para los órganos competentes en la dimensión transnacional en el respectivo cumplimiento de sus funciones radica en que los *derechos humanos son reflejo directo de la dignidad humana*.

Además, y precisamente en relación con los derechos sociales, Nino enseña –*mutatis mutandis*– que “todos los así llamados ‘derechos sociales’ [...] deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”.<sup>17</sup>

Ciertamente, la prédica a favor de la lucha por el cabal respeto de la *dignidad humana* cruza transversalmente este trabajo. El concepto de dignidad humana puede ser considerado –en palabras de Garzón Valdés– como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación o distribución de bienes en una sociedad. Semejante concepto –para aquel autor– tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante, cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas o psíquicas se lo permitan, agente de deberes. Además –siempre en verba garzoniana–, “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no solo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*”<sup>18</sup> (énfasis agregado).

La vinculación de la dignidad humana y los derechos fundamentales es indisputable y ambos son, sin duda, factores imprescindibles para la legitimación y la consolidación de la democracia y la justicia constitucional en el Estado contemporáneo, que es Estado constitucional y convencional, con todo lo que ello implica.

<sup>15</sup> Paolo Comanducci, “Democracia y derechos fundamentales”, en Paolo Comanducci, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, CEPC, 2010.

<sup>16</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, p. 918.

<sup>17</sup> Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 301.

<sup>18</sup> Ernesto Garzón Valdés, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, en *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 100-102.

## 4. Acerca de la “deuda social argentina” y un relativamente reciente Programa para reajustar los haberes y satisfacer deudas previsionales de jubilados y pensionados

En este tramo enfocaremos sucintamente dos cuestiones: sintomática la primera y *a priori* alentadora la segunda. Aquella se refiere a una interesante investigación acerca de las limitaciones en el alcance y la cobertura de la protección social a los hogares urbanos argentinos en el año 2015. La segunda alude a lo que –en principio– aparece como un importante programa (localizado en el área de las políticas públicas sobre seguridad social) acometido por el Gobierno encabezado por el presidente Mauricio Macri, quien asumiera su mandato en diciembre de 2015.

### 4.1. Sobre algunos datos que ofrece el *Barómetro de la deuda social argentina*

En cuanto a la primera cuestión, dentro del *Barómetro de la deuda social argentina*, Serie del Bicentenario (2010-2016),<sup>19</sup> es interesante reproducir algunos datos contenidos en la nota de investigación titulada “Los límites en el alcance de la cobertura social de los hogares en un contexto de ajuste económico”,<sup>20</sup> que tiene por objeto exponer datos complementarios acerca de las limitaciones en la magnitud y cobertura de la protección social a los hogares urbanos en 2015. Como afirman sus autores, los datos pretenden dar cuenta de la *proporción de unidades domésticas sin cobertura social o con cobertura insuficiente*, es decir, hogares que no acceden a mecanismos de protección social por vía de la inserción laboral formal del jefe de hogar ni a través del sistema jubilatorio, y que tampoco tienen ingresos por rentas ni perciben programas sociales o participan de programas de empleo (Asignación Universal por Hijo [AUH], pensiones no contributivas, tarjeta alimentaria, Plan Progresar, Argentina Trabaja, entre otros).

Básicamente, el *Barómetro de la Deuda Social Argentina* obtuvo los siguientes resultados:

- A fines de 2015, alrededor del 59% de los hogares accedía a la protección social principalmente a partir de la seguridad social ligada al empleo. Este grupo se define como un conjunto de hogares cuyos ingresos superan la

<sup>19</sup> Agustín Salvia (coord.), “Tiempo de balance: deudas sociales pendientes al final del bicentenario. Necesidad de atender las demandas del desarrollo humano con mayor equidad e inclusión social”, en *Barómetro de la deuda social argentina*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2016-Observatorio-Barometro-Deuda-Social.pdf>.

<sup>20</sup> Juan Ignacio Bonfiglio y Julieta Vera, “Los límites en el alcance de la cobertura social de los hogares en un contexto de ajuste económico”, en *ibid.*, p. 80. Disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2016-Observatorio-Barometro-Deuda-Social.pdf>.

línea de pobreza y donde los jefes de hogar tienen un empleo pleno, son jubilados, o perciben algún tipo de renta.

- Adicionalmente, dos de cada diez hogares urbanos están asociados al sistema de protección social a partir de la percepción de algún plan de ayuda social (transferencias monetarias, asignaciones familiares no contributivas o asistencia alimentaria directa a través de la recepción de cajas/bolsones de comida o comida de comedores públicos no escolares).
- Poco menos del 20% de los hogares no presenta ningún tipo de cobertura social derivada tanto de la inserción formal al mercado de trabajo por parte del jefe de hogar como del sistema de seguridad social o de la asistencia social bajo programas sociales.

Como comentario preocupante, el reporte señala que:

en el actual contexto económico, este último sector se constituye como *un grupo particularmente vulnerable*, puesto que solo una parte del mismo sería beneficiada por una eventual ampliación de la AUH. Asimismo, *no se encontrarían asociados a los ajustes de ingresos a través de paritarias y tampoco tendrían acceso a la tarifa social a nivel de los servicios ni en el transporte*. Se encuentran en esta situación aproximadamente *más de 2 millones de hogares*, lo que constituye un grupo de alto riesgo que integra más de 2,5 millones de niños entre 0 y 17 años.<sup>21</sup> (Énfasis agregado)

Los datos son altamente elocuentes respecto de la lamentablemente enorme cantidad de personas excluidas que mostraba el país a finales de 2015 (culminación del gobierno de Cristina Fernández de Kirchner y comienzo de la gestión de Mauricio Macri). Los retos y desafíos que sobre el particular afronta el gobierno de este último no son pocos ni irrelevantes, y sus esfuerzos deberán ser encaminados por medio de políticas públicas articuladas y coherentes en el área de acción social para procurar disminuir esos volúmenes descomunales de individuos y grupos con necesidades básicas insatisfechas y marginados.

#### 4.2. Panorama del Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados

En cuanto al segundo tópico, la gestión macrista ha instado el dictado de la Ley 27.260<sup>22</sup> que implementa un Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados, orientado a formalizar acuerdos que permitan reajustar los

---

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> B.O. de 22 de julio de 2016.

haber y cancelar deudas previsionales con respecto a aquellos beneficiarios que reúnan los requisitos establecidos en la citada normativa.

Si bien tal esquema legal presenta algunas debilidades, no puede negarse que, si se lograra cumplir la finalidad que persigue, brindaría una importante solución a un largamente postergado y mediatizado universo de causas judiciales por reclamos de recomposición de haberes previsionales respecto del cual ninguno de los últimos gobiernos se ha ocupado en serio, más allá de discursos de ocasión o de algunas medidas aisladas que fueron solo paliativos, pero no una solución estructural como la que pretende instaurar el Programa Nacional de Reparación Histórica.

Las Disposiciones Generales de la ley muestran que:

- Se crea el citado Programa Nacional con el objeto de *implementar acuerdos que viabilicen el reajuste de haberes y la cancelación de deudas previsionales en relación con los beneficiarios que cumplan los recaudos estipulados en la ley*. Podrán celebrarse acuerdos en los casos en que hubiera juicio iniciado, con o sin sentencia firme, y también en los que no existiera juicio. Asimismo, todos los acuerdos deberán ser homologados judicialmente, para lo cual se prescindirá de la citación de las partes. A los fines de agilizar la implementación del Programa, los acuerdos, los expedientes judiciales y las demás actuaciones que se lleven a cabo en su marco podrán instrumentarse a través de medios electrónicos, admitiéndose también la firma digital o cualquier otro medio que otorgue garantías suficientes sobre la identidad de la persona.
- Se declara la *emergencia en materia de litigiosidad previsional*, a los únicos fines de la creación e implementación del programa dispuesto en la ley, a efectos de celebrar acuerdos en los casos en que hubiera juicio iniciado, con o sin sentencia firme, y también en los que no hubiera juicio iniciado. Tal estado de emergencia tendrá vigencia por tres años a partir de la promulgación de la ley.

La mencionada ley fue reglamentada por el Decreto 894/2016,<sup>23</sup> que –entre otras cosas– facultó a la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) para establecer y aplicar *procedimientos abreviados* para los beneficiarios del Programa que se encuentren en situaciones de mayor vulnerabilidad, por ejemplo, aquellos de mayor edad, los que padecen alguna enfermedad grave y los que perciben haberes de menores montos.

Asimismo, la ley ordena crear un Consejo de Sustentabilidad Previsional y le adjudica una misión compleja: elaborar un proyecto de reforma integral del régimen jubilatorio que deberá estar listo en 2019.

---

<sup>23</sup> B.O. de 28 de julio de 2016.

Por su parte, una documentada nota periodística en *La Nación* indica que la previsión oficial para 2017 es que las prestaciones a la seguridad social se lleven \$952.345 millones. Ha señalado Stang:

[L]a distribución estimada por la ley de presupuesto indica que, de ese monto, \$792.450 millones irán a los pagos de jubilaciones y pensiones del sistema regular (cobradas por algo más de 6,7 millones de personas) y otros \$97.192 millones, a las pensiones no contributivas (son 1,5 millones). La primera cifra mencionada está integrada, además, por \$59.657 millones para el plan de reparación histórica, y por \$3.046 millones para la pensión universal dirigida a personas que, al cumplir 65 años, no acceden a una jubilación por falta o insuficiencia de aportes. Estos dos últimos ítems se refieren a políticas instrumentadas por el actual Gobierno. En el caso del plan de reparación, la intención es poner los ingresos de unos 2,4 millones de jubilados en línea con lo dicho por la Corte Suprema en algunos de sus fallos sobre el tema previsional. Hay, por lo tanto, una meta de reducción del número de juicios –tanto presentes como futuros–, porque al firmar un acuerdo con la ANSeS que debe homologar la Justicia, el jubilado renuncia a iniciar o a continuar una demanda.<sup>24</sup>

Resta aguardar el desarrollo de los hechos, que ojalá demuestre que el dispositivo reparatorio en cuestión contiene mucho más que palabras, y que logre poner fin a la insostenible situación en la que históricamente cayeron sumidas centenas de miles de personas de edad avanzada (enfermas, discapacitadas, etc.) que desde hacía mucho tiempo clamaban por una solución digna.

Por ahora, el Poder Ejecutivo nacional viene dando buenas señales al transferir periódicamente altos montos a la ANSeS para el pago de juicios y la actualización de haberes de jubilados en cumplimiento de la aludida Ley de Reparación Histórica. Así, a mayo de 2017, o sea a ocho meses del inicio del citado Programa, la ANSeS está abonando los reajustes de haberes a más de un millón de jubilados y pensionados.<sup>25</sup>

## 5. Algunas sentencias importantes de la Corte Suprema en relación con el derecho a la seguridad social

Es materialmente imposible abarcar de manera exhaustiva el despliegue jurisprudencial del Máximo Tribunal argentino en materia del derecho a la SS. Por

<sup>24</sup> Silvia Stang, “La sostenibilidad del sistema jubilatorio, un debate muy próximo”, *La Nación*, 6 de enero de 2017. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1973493-la-sostenibilidad-del-sistema-jubilatorio-un-debate-muy-proximo>.

<sup>25</sup> Ismael Bermúdez, “Reparación histórica: ya ajustaron el haber de más de un millón de jubilados”, *Clarín*, 7 de mayo de 2017. Disponible en: [https://www.clarin.com/ieco/economia/reparacion-historica-ajustaron-millon-jubilados\\_o\\_rv3DE76y-.html](https://www.clarin.com/ieco/economia/reparacion-historica-ajustaron-millon-jubilados_o_rv3DE76y-.html).

tal razón, solo consignaremos aquí algunos fallos importantes relacionados con ciertos aspectos de ese derecho, que se unirán a otros que serán reseñados más adelante.

## 5.1. Movilidad previsional y otras cuestiones

Previo a ingresar al catálogo sentencial sobre el tema, y a modo de acercamiento conceptual, se ha sostenido que “la movilidad previsional es un procedimiento que tiende a reparar los perjuicios que ocasiona en los haberes jubilatorios la inflación y su consecuencia, el aumento salarial de los trabajadores activos”.<sup>26</sup> Pasamos ahora al recorrido jurisprudencial.

### 5.1.1. *El Caso Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ Reajustes varios*

En este relevante fallo, de 17 de mayo de 2005, se pronunció –por mayoría–<sup>27</sup> a favor de la movilidad de los haberes previsionales (en el caso de una pensión) de conformidad con las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones.

Al respecto, y si bien no se agotaba la polémica ni se brindaba respuesta a todos los interrogantes en torno de la problemática de la seguridad social, al menos dio por tierra con el polémico precedente sentado en Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ Reajustes por movilidad,<sup>28</sup> de 27 de diciembre de 1996. En este decisorio, en puridad, se “congeló” la movilidad consagrada en el artículo 14 bis, párrafo 3.º, de la carta magna, trastocando el esquema jerárquico de normas y violando la prohibición de regresividad injustificada de derechos fundamentales como el de la SS, específicamente en el punto de la evolución cuantitativa de haberes previsionales en función del crecimiento que experimentan los salarios de los trabajadores activos correspondientes.

Entre otras apreciaciones de interés, en el considerando 3.º del voto mayoritario, la Corte se preocupó por aclarar que ratificaba los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y rechazaba toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar

---

<sup>26</sup> Guillermo J. Jáuregui *et al.*, “La movilidad previsional legal y la movilidad judicial. Algunas incoherencias”, *Revista de Jubilaciones y Pensiones*. Disponible en: <http://www.rjyp.com.ar/jau128.html>.

<sup>27</sup> *Fallos*, 328:1602. La mayoría quedó constituida con los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti. A su turno, concurrentemente votaron los jueces Zaffaroni y Argibay, de modo conjunto, y Maqueda, individualmente. Por último, en disidencia se expidió el ministro Boggiano.

<sup>28</sup> *Fallos*, 319:3241. El caso fue resuelto por mayoría. La posición que se impuso estuvo representada por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López; hubo sendos votos concurrentes de los jueces Boggiano y Vázquez; y mediaron las disidencias conjuntas de los ministros Belluscio, Petracchi y Bossert, e individual del juez Fayt.

“jubilaciones y pensiones móviles”, según el artículo 14 bis de la CN y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia. Añadió que los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para *asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos*, compromiso que debe ser inscrito, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el [multicitado] artículo 75, inciso 23, de la Carta Básica, con el fin de promover mediante *acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos*.

### 5.1.2. *El Caso Gemelli, Esther Noemí c/ ANSeS s/ Reajustes por movilidad*

En esta causa, resuelta el 28 de julio de 2005, la Corte confirmó por unanimidad<sup>29</sup> la sentencia de la Sala Iª de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había reconocido el derecho de la actora a que sus haberes jubilatorios se ajustaran de acuerdo con las disposiciones de la Ley 24.016,<sup>30</sup> que establecía un estatuto especial y autónomo para los docentes.

En breve presentación del esquema argumental del Tribunal, puede apreciarse que sostuvo que la Ley 24.241<sup>31</sup> –Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP)– no contiene cláusula alguna que modifique o extinga a la mencionada Ley 24.016, sin que resulte apropiada la invocación de los artículos 129<sup>32</sup> y 168<sup>33</sup> de aquella ley. Asimismo, juzgó que tampoco podía admitirse la alegación de la apelante (ANSeS) en punto a que se habría producido la derogación tácita de la normativa en cuestión, ya que el artículo 191 de la Ley 24.241 prevé que a los efectos de la interpretación de esta normativa, “debe estarse a lo siguiente: a) las normas que no fueran expresamente derogadas mantienen su plena vigencia”, además de que no basta para desvirtuar dicha conclusión la mención del Decreto 78/1994, que con el pretexto de reglamentar el artículo 168 de la Ley 24.241 dispuso la derogación, entre otras, de la Ley 24.016, pues fue declarada inconstitucional por el Tribunal en Craviotto, Gerardo Adolfo y otros c/ Estado Nacional - PEN - Ministerio de Justicia de la Nación s/ Empleo público,<sup>34</sup> de 19 de mayo de 1999.

<sup>29</sup> Fallos, 328:2829. Votaron los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

<sup>30</sup> B.O. de 17 de diciembre de 1991.

<sup>31</sup> B.O. de 18 de octubre de 1993.

<sup>32</sup> Norma que establece el tiempo y el modo de la entrada en vigor del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.

<sup>33</sup> Precepto que se refiere a la pérdida de vigencia de las leyes 18.037 y 18.038 (ambas publicadas el 10 de enero de 1969), sus modificatorias y complementarias, entre las que no cabe incluir la Ley 24.016 por tratarse de un estatuto especial y autónomo para los docentes, que solo remite a las disposiciones del régimen general en las cuestiones no regladas por su texto (art. 2).

<sup>34</sup> Fallos, 322:752. El decisorio se dictó por mayoría, compuesta por los ministros Nazareno, Fayt, Belluscio, Vilar, Becerra Ferrer, Archimbal y Zannoni; mientras que en disidencia parcial se pronunció el juez Arias.

En definitiva, concluyó que el régimen jubilatorio de la Ley 24.016 había quedado sustraído de las disposiciones que integran el sistema general reglamentado por las leyes 24.241 y 24.463,<sup>35</sup> con el que coexiste, manteniéndose vigente con todas sus características, entre las que se encuentra su pauta de movilidad; por tanto, y en función del artículo 4 de la Ley 24.016, el haber jubilatorio del personal docente sería equivalente al 82% móvil de la remuneración mensual, porcentaje que el Estado debía asegurar, con los fondos que concurrieran al pago, cualquiera que fuera su origen, y solo por excepción y por el lapso de cinco años a partir de la promulgación de la ley, los montos móviles debían ser del 70%.<sup>36</sup>

### 5.1.3. *El Caso Siri, Ricardo Juan c/ ANSeS s/ Reajustes varios*

En el Caso Siri, sentenciado el 9 de agosto de 2005 y tomando como antecedente lo resuelto en Gemelli, la Corte determinó –también unánimemente<sup>37</sup>– la movilidad de las jubilaciones del actor, exfuncionario superior del Servicio Exterior de la nación.

Al respecto sostuvo que los beneficios establecidos para estos últimos quedaron sustraídos de las leyes 24.241 y 24.463, conservando la movilidad propia de la Ley 22.731<sup>38</sup> (régimen previsional para funcionarios del mencionado Servicio Exterior), por constituir un estatuto específico y autónomo que solo remite a las normas generales que rigen a los agentes de la administración pública en las cuestiones no modificadas por su texto (cfr. Ley 22.731,<sup>39</sup> art. 2, y Ley 24.019, art. 1).<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> B.O. de 30 de marzo de 1995. Se trata de la llamada “Ley de solidaridad previsional”.

<sup>36</sup> Cfr. *Fallos*, 328:2829, cit.

<sup>37</sup> *Fallos*, 328:3045. Suscribieron la sentencia los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

<sup>38</sup> B.O. de 8 de febrero de 1983.

<sup>39</sup> Tal norma establece: “Las jubilaciones de los funcionarios a que se refiere el artículo anterior y las pensiones a sus causahabientes se regirán por las disposiciones de la presente, y en lo no modificado por esta, por las normas específicas referidas a ellos y por las normas generales establecidas para los agentes de la Administración pública nacional”.

<sup>40</sup> B.O. de 18 de diciembre de 1991. El artículo citado en el texto principal dispone: “A partir del 1.º de enero de 1992, se restablece la vigencia de las Leyes 22.929, 23.026, 23.794 y 22.731, con sus complementarias y modificatorias”.

Debe destacarse que el accionante había obtenido la jubilación ordinaria según la aludida Ley 22.731, que asegura el derecho a percibir los haberes mensuales de acuerdo con una proporción del sueldo asignado al cargo de mayor jerarquía ejercido en actividad. Además, aquella normativa fue reafirmada por el artículo 1 de la Ley 24.019, con la única excepción de que los montos móviles de los beneficios debían ser del 70% por el lapso de cinco años a partir de su promulgación (cfr. art. 2).

#### 5.1.4. *El Caso Zapata, Lucrecia Isolina c/ ANSeS s/ Pensiones*

El fallo fue pronunciado el 16 de agosto de 2005. La Corte revocó –por mayoría<sup>41</sup>– la sentencia de la Sala II<sup>a</sup> de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había rechazado la solicitud de pensión formulada por la actora por la muerte de su marido argumentando –para sustentar la denegatoria– que el matrimonio celebrado por esta en el extranjero carecía de validez en Argentina, ya que se había vuelto a casar sin tener aptitud nupcial.

Separándose de tal fundamento, el máximo tribunal reconoció el derecho al beneficio de pensión solicitado por la accionante, quien se había separado de su primer marido por el artículo 67 bis de la Ley 2.393,<sup>42</sup> y posteriormente contrajo nuevas nupcias en Uruguay en 1972.

En síntesis, reivindicó el carácter tutelar del derecho previsional y dejó en claro que, frente a la recepción por el derecho matrimonial argentino del principio de disolubilidad del matrimonio por divorcio por medio de la Ley 23.515, y atento al criterio de actualidad con que debía apreciarse el orden público internacional, el ordenamiento jurídico argentino carecía, precisamente, de interés actual en reaccionar ante un matrimonio celebrado en el extranjero mediando entonces impedimento de ligamen.<sup>43</sup> Asimismo, manifestó que al haberse probado 17 años de la unión matrimonial, sumado a que fue el causante quien provocó la ruptura de la convivencia y tuvo que ser excluido del hogar por su comportamiento violento, además de haber sido condenado a proporcionar alimentos a sus hijos, resultaba procedente la demanda tendiente a obtener el beneficio de pensión derivado de la jubilación de aquel (cfr. Ley 24.241, art. 53).<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> *Fallos*, 328:3099. La mayoría se integró con los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda y Lorenzetti. Concurrentemente se manifestaron los ministros Zaffaroni y Highton de Nolasco, de modo conjunto, y Argibay, de manera individual.

<sup>42</sup> Publicada en R.N. 1887/88, p. 811, y abrogada por la Ley 23.515 (B.O. de 12 de junio de 1987).

<sup>43</sup> Asimismo consignó que, a partir de la doctrina sentada en *Fallos*, 319:2779, la autoridad administrativa no podía negar validez al matrimonio extranjero de la peticionaria invocado para solicitar el beneficio previsional, pues la motivación principal que en un precedente anterior del tribunal había justificado tal solución (*Fallos*, 273:363), ya no tenía razón de ser frente a la recepción en el derecho matrimonial argentino del anunciado principio de disolubilidad matrimonial por divorcio.

<sup>44</sup> Dicha disposición individualiza los parientes del causante que podrán gozar de pensión en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad.

### 5.1.5. *El Caso S., M. A. c/ Siembra A.F.J.P. S.A.*

La causa fue dirimida el 11 de octubre de 2005. El tribunal hizo lugar por mayoría<sup>45</sup> a la queja por recurso extraordinario denegado, articulada por el demandante en el marco de una acción de amparo, y decidió revocar la sentencia de la Sala III<sup>a</sup> de la Cámara Federal de la Seguridad Social que, confirmando el fallo de primera instancia, había desestimado la pretensión de aquel dirigida a que se le acordara la pensión derivada del fallecimiento de su cónyuge.

En suma, y como lo postulaba la Procuradora Fiscal subrogante, dejó sin efecto la resolución cuestionada, que se sustentaba en la convergencia de la causal contemplada en el inciso b) del artículo 1 de la Ley 17.562,<sup>46</sup> por haber quedado el demandante excluido del juicio sucesorio de su cónyuge extinta, de quien estaba separado de hecho.

Cabe recalcar que la Corte juzgó que la circunstancia de que el actor hubiera sido excluido de la herencia de su exesposa en los términos del artículo 3575 del Código Civil [texto anterior al hoy vigente], por encontrarse separado de hecho sin voluntad de unirse a la fecha del deceso, no implicó ser declarado indigno para suceder ni desheredado. Ello, sumado a que los requisitos para acceder a la prestación habían sido comprobados por la autoridad administrativa, a que el accionante fue indebidamente privado del goce de sus haberes por la Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones accionada y a la gravedad del estado de salud de aquel, llevó al Tribunal a ordenar que la demandada hiciera efectivo de modo inmediato el pago de las mensualidades de la pensión reconocida por la ANSeS desde el 17 de mayo de 2000.

### 5.1.6. *El Caso Elliff, Alberto José c/ ANSeS s/ Reajustes varios*

En el importante precedente que individualiza el apartado precedente, de 11 de agosto de 2009, la Corte nuevamente se pronunció –por mayoría–<sup>47</sup> acerca de la ardua cuestión de la actualización de haberes, determinando que *los salarios de referencia para calcular el haber inicial del jubilado debían ser actualizados hasta el cese laboral por la variación de los salarios*, punto que adquiriría significativo valor, ya que dichas remuneraciones eran las que se tomaban en consideración para cuantificar la jubilación inicial, quedando sin efecto la falta de actualización que regía desde 1991.

---

<sup>45</sup> Fallos, 328:3654. Con la solitaria disidencia de la jueza Argibay, votaron coincidentemente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

<sup>46</sup> B.O. de 11 de diciembre de 1967. La norma mencionada en el texto principal excluye al causahabiente del beneficio de pensión en casos de indignidad para suceder o desheredación.

<sup>47</sup> Fallos, 332:1914. Formaron la mayoría los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Concurrentemente se pronunció la jueza Argibay.

En esa línea, confirmó la sentencia recurrida que ordenó que la actualización de las remuneraciones computables a efectos de determinar las prestaciones compensatoria y adicional por permanencia se practicara hasta la fecha de adquisición del beneficio, sin la limitación temporal contenida en la Resolución 140/1995 de ANSeS –que acotó la actualización de las remuneraciones–, a la vez que dispuso una movilidad equivalente a la variación anual del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec), hasta el 31 de diciembre de 2006. Ello, puesto que el artículo 24, inciso a), de la Ley 24.241 dispone que el haber mensual de la prestación compensatoria se calcularía “sobre el promedio de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones actualizadas y percibidas durante el periodo de 10 años inmediatamente anterior a la cesación del servicio”, sin efectuar distinción alguna sobre ingresos computables a valor nominal ni sobre periodos excluidos de la actualización, aspecto que tampoco se observaba en su reglamentación, dada por Decreto 679/1995.<sup>48</sup>

Expuso, asimismo, que la utilización de un indicador salarial en materia previsional no tiene como finalidad compensar el deterioro inflacionario sino mantener una razonable proporción entre los ingresos activos y pasivos, que se vería afectada si en el cálculo del haber jubilatorio no se reflejaran las variaciones que se produjeron en las remuneraciones. Igualmente, puntualizó que la Resolución 140/95 de ANSeS –al acotar las actualizaciones de las remuneraciones– excedió la facultad de reglamentar la aplicación del índice salarial por utilizar la Ley 24.241 que delegó en el organismo.

Señaló además que la actualización de las remuneraciones a fin de calcular el valor de las prestaciones no estaba comprendida en la genérica derogación de normas que establecían o autorizaban cláusulas indexatorias según el artículo 10 de la Ley de Convertibilidad del Austral<sup>49</sup> (dictada en 1991), dejando en claro que dicha normativa no podía modificar lo sostenido en el artículo 14 bis de la CN, por lo que concluyó que *no existía ningún fundamento válido que justificase retacear los ajustes de los haberes jubilatorios*.

### 5.1.7. *El Caso Aban, Francisca América c/ ANSeS*

También el 11 de agosto de 2009 se emitió sentencia en la presente causa, determinando –mayoritariamente<sup>50</sup>– la *inaplicabilidad del tope máximo de haberes*, en una causa iniciada por un beneficio previsional otorgado por el régimen de la Provincia de Jujuy, el cual había sido transferido a la nación mediante un convenio celebrado entre ambos estados (nacional y local) en el año 1996. En definitiva, estableció que los jubilados provinciales de las cajas transferidas a la nación de-

<sup>48</sup> B.O. de 22 de mayo de 1995.

<sup>49</sup> Se trata de la Ley 23.928 (B.O. de 28 de marzo de 1991).

<sup>50</sup> *Fallos*, 332:1933. Integraron la mayoría los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. En disidencia se expidió la ministra Highton de Nolasco.

bían cobrar sus jubilaciones con la movilidad y sin tope, del modo como lo determinaban las condiciones establecidas por las leyes locales por las que se jubilaron antes de ser transferidos.

#### **5.1.8. El Caso Salas, Alberto Andrés c/ Estado de la Provincia de Corrientes y otro s/ Acción contencioso-administrativa**

En torno al tema del *beneficio de pensión* puede citarse esta causa, resuelta el 13 de mayo de 2015.<sup>51</sup> Obviamente, para reseñarla no puede prescindirse del precedente Zartarian, J. J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ Plena jurisdicción,<sup>52</sup> resuelto el 20 de agosto de 2014, ya que la CSJN aplica el criterio sentado en esta última causa.

En “Salas”, concretamente, el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Corrientes denegó el beneficio de pensión solicitado por el viudo de una beneficiaria por entender que según el artículo 56, inciso a), de la Ley Prov. 4.917, *el derecho a la pensión del viudo procede siempre que el reclamante estuviese incapacitado para el trabajo y a cargo de la causante al tiempo de su deceso y carente de bienes de renta*, requisitos que como no se habían cumplido en el caso, ya que el actor se hallaba inscrito como trabajador autónomo desde el año 1963 y no se encontraba incapacitado, llevó a que se rechazara la petición. Además, y a su tiempo, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes desestimó la acción contencioso-administrativa dirigida a que se declarara la inconstitucionalidad de la citada disposición. La CSJN hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del aludido artículo 56 de la Ley Prov. 4.917 y dejó sin efecto la sentencia recurrida.

Como anticipábamos, hizo uso –*mutatis mutandis*– de la doctrina aplicada *in re* “Zartarian”, entendiendo que si la caja de jubilaciones demandada no justificó que la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas respondía a un fin trascendente que únicamente podía ser alcanzado por ese medio, y se había limitado a señalar que la ley impugnada no los amparaba, *debía declararse la inconstitucionalidad de la norma provincial que limitaba el acceso al beneficio de pensión reclamado*.

#### **5.1.9. El Caso Vergara, Alicia Estela c/ ANSeS s/ Reajustes varios**

Entre otros pronunciamientos de la Corte en la materia, esta causa<sup>53</sup> –resuelta el 3 de marzo de 2015– muestra aristas de interés.

<sup>51</sup> Fallos, 338:399. Se pronunciaron unánimemente los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda.

<sup>52</sup> Causa CSJ 9/2012 (48-Z). Votaron los ministros Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni y Petracchi.

<sup>53</sup> Fallos, 338:148. Firmaron coincidentemente los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda.

La actora presentó demanda (que fue rechazada en las dos primeras instancias) para obtener una nueva determinación del haber de la pensión directa que percibía como consecuencia del fallecimiento de su esposo, razón por la cual solicitó que no se tuvieran en cuenta los aportes autónomos que su cónyuge había efectuado durante los últimos cinco años de trabajo y que, en su lugar, se computaran las remuneraciones que con anterioridad había obtenido bajo relación de dependencia. Desestimada la acción, la peticionante planteó recurso extraordinario que fue re-ceptado por la CSJN, la que revocó lo resuelto y ordenó a la ANSeS el recálculo del haber inicial del beneficio de pensión.

Para decidir así, la CSJN sostuvo que:

- Corresponde recalcular el haber inicial del beneficio de pensión, computando un nuevo ingreso base de carácter mixto que contemple el promedio de los últimos diez años de aportes efectuados por el causante, de modo que queden comprendidas las últimas sesenta remuneraciones percibidas en relación de dependencia, actualizadas hasta la fecha del fallecimiento, y las últimas sesenta rentas de autónomo, que *la prestación represente en forma proporcional el esfuerzo contributivo realizado*. Tautología de nuestra parte mediante, subyace aquí la intención de la Corte de operativizar el principio de proporcionalidad en materia previsional.
- Si el causante totalizó más de 33 años de servicios (27 años en relación de dependencia y el resto bajo el sistema autónomo), excediendo lo necesario para el logro de una jubilación común, la aplicación literal del artículo 97 de la Ley 24.241 del SIJP (que a fin de determinar el haber inicial de la pensión por fallecimiento de un afiliado en actividad, toma un ingreso base calculado sobre el promedio mensual de las remuneraciones o rentas imponibles declaradas dentro del periodo de cinco años anteriores al mes en que ocurra el fallecimiento del trabajador), *implica desconocer casi un 85% de la trayectoria laboral acreditada y prescindir de aportes muy superiores a los empleados para calcular el haber inicial*, por lo que corresponde ponderar con amplitud el esfuerzo contributivo realizado, *pues de otro modo podrían verse afectados derechos que, como la protección integral del trabajo y el reconocimiento de los beneficios de la seguridad social, cuentan con tutela constitucional* (cfr. art. 14 bis de la CN).<sup>54</sup>

En síntesis, y sobre la base de la norma constitucional mencionada en último término, la Corte realzó la importancia de ponderar todo el *esfuerzo contributivo* efectuado, ya que de otra manera la titular vería disminuido sustancialmente el monto de su haber.

---

<sup>54</sup> En este punto particular, la Corte remite a *Fallos*, 307:274, 312:2089, 331:2166 y sus citas.

### 5.1.10. *El Caso Lohle, María Teresa Inés c/ ANSeS s/ Reajustes varios*

Vinculada al fallo reseñado en último término, y teniendo en cuenta la citada pauta del *esfuerzo contributivo*, la causa del epígrafe<sup>55</sup> fue dilucidada el 15 de octubre de 2015. Versa sobre una cuestión relevante: la *inconstitucionalidad del tope o límite al cómputo de salarios para el cálculo de la jubilación*, trasladable luego a la determinación del haber de pensión de la viuda del aportante fallecido.

La CSJN consideró que la defensa que la ANSeS hizo de la imposición de un límite al cómputo de las remuneraciones (art. 25 de la Ley 24.241<sup>56</sup> y reglamentación del art. 24 de dicha norma) se basaba en la correlativa existencia de un tope en los aportes realizados (art. 9 de la nombrada ley)<sup>57</sup> y no podía ser admitida si las cotizaciones fueron estimadas y abonadas sobre un ingreso o conjunto de ingresos superiores a dicho máximo pues, de lo contrario, se despojaría a los aportes efectuados obligatoriamente de toda contraprestación previsional, convirtiéndolos en un impuesto.

En el caso, la actora percibía una pensión como viuda de un trabajador que, hasta su deceso, cobraba ingresos por tres actividades simultáneas respecto de las cuales realizaba los aportes correspondientes. Ello no obstante, al tiempo de determinar el monto de la pensión, la ANSeS juzgó que la suma de todas las actividades superaba el límite del aludido artículo 25, por lo que dejó de lado dos de esas actividades respecto de las que efectivamente se habían realizado aportes, excluyéndolas de la cuenta y, por tanto, no incidieron sobre el monto de la pensión.

El máximo tribunal entendió que al actuar de esa manera, la ANSeS *confiscó los aportes realizados por el trabajador y no reconoció su mayor esfuerzo contributivo*,

---

<sup>55</sup> Fallos, 338:1017. Votaron concordantemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

<sup>56</sup> Que determina: “Para establecer el promedio de las remuneraciones no se considerará el sueldo anual complementario ni los importes que en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 9.º excedan el máximo fijado en el primer párrafo del mismo artículo”.

<sup>57</sup> Tal precepto dispone: “A los fines del cálculo de los aportes y contribuciones correspondientes al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) las remuneraciones no podrán ser inferiores al importe equivalente a tres (3) veces el valor del módulo previsional (Mopre) definido en el artículo 21. A su vez, a los fines exclusivamente del cálculo de los aportes previstos en los incisos a) y c) del artículo 10, la mencionada base imponible previsional tendrá un límite máximo equivalente a setenta y cinco (75) veces el valor del módulo previsional (Mopre).”

Si un trabajador percibe simultáneamente más de una remuneración o renta como trabajador en relación de dependencia o autónomo, cada remuneración o renta será computada separadamente a los efectos del límite inferior establecido en el párrafo anterior. En función de las características particulares de determinadas actividades en relación de dependencia, la reglamentación podrá establecer excepciones a lo dispuesto en el presente párrafo.

Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a modificar la base imponible establecida en el primer párrafo del presente artículo, proporcionalmente al incremento que se aplique sobre el haber máximo de las prestaciones a que refiere el inciso 3) del artículo 9.º de la Ley 24.463, texto según Decreto 1.199/2004”.

transformando esos aportes en una suerte de impuesto, lo que contravenía el artículo 14 bis de la CN en cuanto *establece la protección al trabajo y la familia y el deber del Estado de otorgar los beneficios de la seguridad social*.

## 5.2. El Caso Itzcovich<sup>58</sup>

En Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios, de 29 de marzo de 2005, la CSJN declaró por mayoría<sup>59</sup> la inconstitucionalidad (sobreviniente) del artículo 19 de la citada Ley 24.463 –de “solidaridad previsional”–, que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquella respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Como principal sustento del decisorio que emitió para dilucidar el *recurso ordinario de apelación* deducido por el organismo previsional contra la sentencia de segunda instancia, en su moción mayoritaria la Corte señaló:

No puede negarse la evidencia empírica que demostraba que la vigencia del procedimiento establecido por el citado artículo de la ley

ha tenido como consecuencia una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, *con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común* (consid. 8.º). (Énfasis agregado)

La experiencia reflejada en las estadísticas mostraba que el organismo previsional no había utilizado en forma apropiada la vía procesal bajo análisis, pues en una significativa mayoría de los recursos ordinarios que dedujo, el fallo final confirmó el que había sido impugnado o declaró desierto el remedio por falta de fundamento suficiente, lo cual implicó –por el tiempo necesario para la tramitación y resolución– *una injustificada postergación en el cobro del crédito de carácter alimentario que fuera reconocido en las instancias anteriores* (consid. 9.º).

Aun cuando hasta el momento de dictar el fallo el tribunal había acatado la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo le asignara mediante el recurso en cuestión, estimó que ello no la inhabilitaba

<sup>58</sup> Ver sobre el tema, entre otros trabajos de Víctor Bazán, “La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006, pp. 257-287.

<sup>59</sup> *Fallos*, 328:566. El voto que encabeza la sentencia fue suscrito por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los jueces Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos estos concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los ministros Belluscio, Boggiano y Argibay.

para declarar que la disposición impugnada, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y *en su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo tribunal y causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible* (consid. 10, párr. 1.º). (Énfasis agregado)

Añadió en el párrafo 2.º del mismo considerando que “el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (*Fallos*: 316:3104, consid. 11)”.

Todo ello, unido a que estimó que “*el procedimiento previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y, en la mayoría de los casos, han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional*” (consid. 11) y que el “*fin protector de las prestaciones comprometidas justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia*” (*idem.*), llevó a la Corte a concluir que el artículo 19 de la Ley 24.463 *carecía, al momento de fallar, de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental y por ello debía declarar su invalidez* (consid. 13) (énfasis agregado).

Entendió, asimismo, que dicha solución se aviene también con la necesidad de simplificar y poner límites temporales a la decisión final en las controversias de índole previsional (cfr. doctrina de *Fallos*, 298:312, 302:299, 311:1644, 319:2151), respetando así los principios que resultan de convenciones internacionales que tienen reconocimiento constitucional (CADH, art. 25, y Corte IDH, Caso Las Palmeras vs. Colombia, sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, 90, párrafos 58 y posteriores) (consid. 14).

En definitiva, y al tiempo de decidirse por la anunciada deserción del recurso interpuesto por la ANSeS, el Tribunal propinó un golpe a la polémica Ley 24.463, que en el particular vio cómo se determinaba la inconstitucionalidad de su artículo 19. En el caso, se trataba de una anticonstitucionalidad *sobreviniente* según el voto que encabeza el pronunciamiento. Consiguientemente, cerró hacia el futuro la articulación ante ella de recursos ordinarios de apelación en materia previsional por conducto del citado artículo 19,<sup>60</sup> con excepción de aquellas causas en las que hubiese

---

<sup>60</sup> Desde hace algún tiempo, la CSJN está inmersa en un proceso encaminado a comprimir al máximo su competencia de apelación ordinaria. Una muestra relativamente reciente (20 de agosto de 2015) la proporciona la solución impresa al Caso “CSJ 494/2013 (49-A)/ CS1 R.O. - Anadón, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ Despido”

sido notificada la sentencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social con anterioridad al momento en que el decisorio que la Corte emitía en “Itzcovich” quedara firme, que continuarían con el trámite de apelación normal ante esta.

La posición mayoritaria se enrola en una línea del Tribunal permeable a eludir algunas detracciones a la tarea de control de constitucionalidad en temas *altri tempi* impenetrables jurisdiccionalmente por entrañar cuestiones políticas no justiciables,<sup>61</sup> sometiendo en este caso a fiscalización constitucional la facultad legislativa establecida en el artículo 117 de la Ley Fundamental de regular la competencia por apelación del Tribunal, lo que significa un claro mensaje en punto a la reivindicación de su papel institucional.

De su lado, y para graduar temporalmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, expuso que la autoridad institucional dimanante de su pronunciamiento no privaba de validez los actos procesales cumplidos ni dejaba sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes en vigor, toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios jurisprudenciales habría de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vieran malogrados en ese trance (consid. 15 de la mayoría).

Por su parte, los efectos *inductores* del fallo se hacen nítidos porque (además de haber sido este publicado en el Boletín Oficial de la Nación, algo no muy frecuente para sentencias de la CSJN), pocos días después de su dictado, el Congreso Nacional sancionó la Ley 26.025,<sup>62</sup> por la cual derogó el citado artículo 19 de la Ley 24.463.

### 5.3. El Caso “Pedraza” y una cuestión de competencia

En el precedente de Competencia 766.XLIX, Caso Pedraza, Héctor Hugo c/ AN-SeS s/ Acción de amparo, resuelto el 6 de mayo de 2014,<sup>63</sup> se planteó un conflicto negativo de competencia entre la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y la Cámara Federal de la Seguridad Social, en relación con la causa iniciada por

---

(*Fallos*, 338:724). En ella declaró la inconstitucionalidad de la vía recursiva ordinaria prevista en el artículo 24, inciso 6.º, apartado a), del Decreto-Ley 1.285/1958 en cuanto establece que la Corte conocerá por apelación ordinaria de las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de apelaciones, en las causas en que la nación, directa o indirectamente, sea parte, cuando el valor en juego en último término, sin sus accesorios, resulte superior a la suma fijada por la Resolución 1.360/1991 de la Corte, posteriormente modificada por la Acordada 28/2014. El pronunciamiento fue firmado coincidentemente por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

<sup>61</sup> Queda a salvo el criterio que el juez Belluscio expusiera en su disidencia, al pronunciarse en contra de tal posibilidad fiscalizadora por considerarla un poder discrecional del Congreso (ver consid. 3.º, párr. 2.º).

<sup>62</sup> B.O. de 22 de abril de 2005.

<sup>63</sup> *Fallos*, 337:530. Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; al tiempo que en voto concurrente lo hizo el juez Petracchi.

un pensionado en los términos de la Ley 23.848<sup>64</sup> contra la ANSeS, a los efectos de obtener el pago de haberes retroactivos desde la fecha de la presentación de su solicitud administrativa.

La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán se declaró incompetente por considerar que se trataba de una controversia de naturaleza previsional que debía ser resuelta por el fuero especializado en la materia para posibilitar al administrado un mejor servicio de justicia. Por su parte, la Cámara Federal de la Seguridad Social rechazó su competencia al evaluar que, en virtud del artículo 18 de la Ley 24.463, solo actuaba como tribunal de apelación en los recursos deducidos contra sentencias dictadas por los juzgados federales de primera instancia con asiento en las provincias en los supuestos en que la acción se iniciara conforme a lo previsto por el artículo 15 de dicha normativa, modificado por el artículo 3 de la Ley 24.655.<sup>65</sup>

La CSJN afrontó el conflicto competencial traído a su seno advirtiendo que debía ser resuelto *en el marco de colapso en que se encontraba la Cámara Federal de la Seguridad Social debido a la sobrecarga de expedientes*. Añadió que esa circunstancia le obligaba a examinar tan grave situación al margen de que ya tenía dicho que la Cámara Federal de la Seguridad Social solo conocería en las apelaciones planteadas contra sentencias dictadas en demandas de conocimiento pleno en los términos del artículo 15 de la Ley 24.463 (cfr. Competencia 337.XLVII, Caso Mamone, Rosa F. c/ ANSeS y otro s/ Amparo, de 20 de diciembre de 2011).

No escapaba a la Corte Suprema que la propia Cámara Federal de la Seguridad Social (por medio de la Acordada 1/2014) había asegurado encontrarse *en una aguda crisis que la ponía en la imposibilidad de brindar el servicio de justicia que merece nuestra sociedad en materia de derechos alimentarios que hacen a la subsistencia misma*. Tal crítica situación impactaba directamente en uno de los grupos vulnerables que define el artículo 75, inciso 23, de la CN: *los jubilados*, que no lograban obtener respuestas de los jueces cuando efectuaban un reclamo en torno a su prestación previsional, de neto carácter vital y alimentario.

Asimismo, y en el proceso de solventar esta aguda crisis que iba a contramano del mandato del constituyente de otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan, recordó que ya había acudido a la *declaración de inconstitucionalidad de oficio* de las normas atributivas de competencia que excedieran los límites constitucionales de sus atribuciones jurisdiccionales, en la medida en que la ausencia de planteamiento de la incompetencia *ratione materiae* por los interesados no podía ser obstáculo para el pronunciamiento de oficio al respecto (*Fallos*, 143:191; 185:140; 238:288, entre otros), pues, de lo contrario, se forzaría a los magistrados a declinar la propia jurisdicción o asumir la de otros tribunales u órganos sobre la base de normas constitucionalmente inválidas.

<sup>64</sup> B.O. de 19 de octubre de 1990.

<sup>65</sup> B.O. de 15 de julio de 1996.

Observó que frente al peligro cierto de *desconocer la vigencia de los beneficios de la seguridad social a centenas de miles de jubilados*, el Poder Judicial veía comprometida su misión de velar por la vigencia real y efectiva de la Constitución Federal, lo que llevó a la CSJN a ponderar las circunstancias reinantes en el momento de resolver, para evitar que por aplicación mecánica e indiscriminada del artículo 18 de la Ley 24.463 se vulneraran derechos fundamentales de la persona y se prescindiera de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en los casos concretos. Es que, de así ocurrir, la solución sería frontalmente contraria al propósito de “afianzar la justicia”, enunciado en el Preámbulo de la CN, que no solo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (cfr. doctrina de Fallos, 307:326 y 328:566).

Entre otros fundamentos, la Corte dedicó un espacio para puntualizar que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el artículo 18 de la CN no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva, o sea, oportuna y que posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento. Ello, en función de los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (art. 75, inc. 22), entre los cuales citó a la CADH (arts. 8 y 25.2.a) y al PIDCP (art. 14.1). Incluso, acudió argumentalmente a un instrumento de *soft law*: las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Cap. 11, Secc. 4ª, pto. 42), para resaltar la *importancia de la proximidad de los servicios de los sistemas de justicia a aquellos grupos de población que se encuentren en situación de vulnerabilidad*.

En síntesis, dadas las críticas circunstancias descritas, y *de acuerdo con los fundamentos mismos de su rol institucional como cabeza del Poder Judicial de la Nación*, la Corte declaró *de oficio la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley 24.463* y dispuso que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejara de conocer en los recursos de apelación de sentencias dictadas por los juzgados federales con asiento en las provincias en los términos del artículo 15, *ibid*.

Debe añadirse que, luego del fallo, la CSJN emitió la Acordada 4/2014 acerca de las medidas apropiadas para que se realizara de manera ordenada y rápida el desplazamiento de la competencia que dispuso, formulando diversos requerimientos a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, al Ministerio Público, al Consejo de la Magistratura y a la Cámara Federal de la Seguridad Social.

#### 5.4. La saga “Badaro”

Para concluir este señalamiento jurisprudencial, relevaremos brevemente el Caso Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios, marco en el cual la CSJN dictó –en cuanto aquí interesa– dos pronunciamientos.

En el primero (“Badaro I”), de 8 de agosto de 2006, de modo unánime<sup>66</sup> el tribunal detectó la *omisión legislativa inconstitucional* consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la carta magna, se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada preterición, difirió el pronunciamiento sobre el periodo cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes, y dispuso comunicar al Poder Ejecutivo nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptasen las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

Ya en la segunda sentencia (“Badaro II”), de 26 de noviembre de 2007, y al haber transcurrido un *lapso de tiempo prudencial* (un poco más de 15 meses) sin haber recibido una respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante), y añadir que el primer fallo dictado en la causa “fue preciso al detallar *la omisión legislativa que la Corte había advertido y el daño derivado de ella*” (énfasis agregado), unánimemente<sup>67</sup> declaró la inconstitucionalidad del artículo 7, inciso 2.º, de la Ley 24.463<sup>68</sup> en el caso, y determinó *per se* un mecanismo apropiado para actualizar la prestación del accionante.<sup>69</sup>

No cabe duda de que “Badaro” fue, junto con “Sánchez” (cada uno en su medida y marco de aplicación), un muy importante inductor jurisprudencial, incluso legislativo, de movilidad de los haberes previsionales.

## 6. Un par de fallos de la CSJN en los que se observa la convergencia de la protección jurisdiccional concurrente de los derechos a la seguridad social y la salud

### 6.1. Prefacio

En este recorrido jurisprudencial panorámico, y a efectos ilustrativos, colacionaremos dos pronunciamientos de la CSJN (uno no tan reciente y otro temporalmente

---

<sup>66</sup> Fallos, 329:3089. El decisorio lleva la firma de los siete integrantes con que el Tribunal contaba en el momento de emitirlo: jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

<sup>67</sup> Fallos, 330:4866. Votaron los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

<sup>68</sup> Tramo de la norma que expresa: “A partir de la vigencia de la presente ley todas las prestaciones de los sistemas públicos de previsión de carácter nacional tendrán la movilidad que anualmente determine la Ley de Presupuesto. Dicha movilidad podrá ser distribuida en forma diferenciada a fin de incrementar las prestaciones mínimas”.

<sup>69</sup> En torno a la temática de la inconstitucionalidad por omisión puede verse el libro de Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Nueva Jurídica, 2017, *passim*.

más cercano) que, con sus respectivas particularidades, se sumergen en tópicos complejos y estructurales, y muestran respuestas jurisdiccionales apropiadas y contestes con los mandatos protectivos de derechos sociales fundamentales como el de la seguridad social y la salud, íntimamente vinculados a la dignidad humana, tal como manifestáramos.

Se trata de las causas Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo, de 24 de abril de 2012, y Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo, de 10 de febrero de 2015.

## 6.2. Las causas

### 6.2.1. El Caso Q. C., S. Y.

La sentencia,<sup>70</sup> como anticipábamos, aporta diversos insumos argumentales que resultan de importancia en materia de protección efectiva de los DESC. La matriz fáctica del caso indica que una mujer en *situación de calle* –residente desde 2000 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– dedujo una acción de amparo para que el gobierno local la incluyera en los programas en materia de vivienda, junto a su hijo menor que padecía una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producida por una encefalopatía crónica, y les proporcionara alguna alternativa para salir de la grave situación en la que se encontraban.

La acción se admitió en primera y segunda instancias, aunque la sentencia de Cámara fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local. Contra dicho fallo, la actora planteó recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja. Esta fue admitida por la Corte Suprema Federal, que hizo lo propio respecto del citado recurso extraordinario, revocando la decisión recurrida.

La base subyacente del caso muestra la convergencia de diversas cuestiones: el estado de vulnerabilidad extrema configurativo de una “situación de calle”; los DESC como derechos fundamentales, entre ellos, vivienda, salud y seguridad social, situación claramente agravada por la discapacidad de un menor; e, *inter alia*, el control jurisdiccional de razonabilidad de las políticas públicas.

El tribunal depara un estándar interpretativo interesante en relación con el *control judicial de razonabilidad de las normas jurídicas operativas de carácter derivado* (como las obligaciones consagradas por derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho de acceso a la vivienda). En tal sentido, dejó sentado que para su implementación aquellas requieren una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización.

---

<sup>70</sup> Fallos, 335:452. La moción que encabeza el fallo fue firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en sendos votos individuales se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

El control de razonabilidad por parte del Poder Judicial supone que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes del Estado deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad (consid. 17 de la mayoría). Puede resultar útil vincular la pauta que acabamos de mencionar con una premisa que la propia CSJN ha reiterado en varios de sus fallos: *donde hay un derecho, hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido*.<sup>71</sup> El juego armónico de ambos postulados brinda un soporte relevante para la efectividad de los derechos esenciales.

Por su parte, en el considerando 15, *ibid.*, párrafo 1.º, la Corte se ocupó de advertir que el caso en examen no era solamente un simple supuesto de violación del derecho a una vivienda digna pues involucraba “a un *niño discapacitado* que no solo exige atención permanente sino que además *vive con su madre en situación de calle*” (énfasis agregado), para referir que entraban

... también en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada.

Es igualmente significativa la puntualización del tribunal acerca de que las disposiciones constitucionales que alojan derechos singularmente relevantes como el de acceso a la vivienda digna (art. 14 bis, *in fine*) consagran *obligaciones de hacer a cargo del Estado*, con las siguientes particularidades: (i) no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad; (ii) esa operatividad tiene un carácter derivado, no directo, lo que significa que su implementación requiere una ley del Congreso o una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización; y (iii) como vimos, están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

A nuestro juicio, la concepción trazada al respecto por la Corte suministra una vía fecunda para la activación de soluciones jurisdiccionales que permitan *conjurar pretermissiones legislativas (o del Ejecutivo)* consistentes en la falta de desarrollo de los mandatos constitucionales. Aquellas respuestas dirigidas desde la judicatura pueden sacudir el letargo y estimular a los órganos silentes a que actúen, ambientando normativamente la situación para permitir que tales “obligaciones de hacer a cargo del Estado” pasen de la inocuidad a la acción o del “papel” a la realidad.

Para cerrar esta breve aproximación vale traer a colación que, en definitiva, el alto tribunal (en la versión mayoritaria) ordenó al gobierno de la Ciudad Autónoma

<sup>71</sup> Por ejemplo, la ha reiterado en el Caso “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/2004 s/ Amparo Ley 16.986”, de 24 de febrero de 2009 (*Fallos*, 332:111), concretamente en el considerando 12, párrafo 4.º, de la mayoría.

de Buenos Aires que: (i) interviniera con los equipos de asistencia social y salud con los que contaba para asegurar que el niño dispusiera de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requería y proveyera a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional; y (ii) garantizara a aquella, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

### **6.2.2. El Caso Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos**

El caso involucra cuestiones muy sensibles y complejas, como por ejemplo, el derecho de personas discapacitadas, el derecho a tener una pensión y el derecho a la salud.

Un breve *racconto* de la secuencia fáctica de la causa muestra que la Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos (Asociación DE.FE.IN.DER.) y la Asociación Civil “Pequeña Obra de la Divina Providencia” dedujeron acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) a los efectos de que se reconociera en favor de las personas con discapacidad, beneficiarias de pensiones no contributivas, el derecho a la cobertura integral de prestaciones, según lo establecido en las leyes 22.431<sup>72</sup> y 24.901.<sup>73</sup> Ambas instancias de mérito rechazaron liminarmente la demanda por *falta de legitimación de los accionantes*. Por tal razón, las mencionadas asociaciones plantearon recurso extraordinario federal por considerar que estaban en juego (y seriamente comprometidos) *derechos de incidencia colectiva*<sup>74</sup> vinculados con la *salud*

---

<sup>72</sup> B.O. de 20 de marzo de 1981. Estatuye el sistema de protección integral de las personas discapacitadas.

<sup>73</sup> B.O. de diciembre de 1997. Se trata de la ley que establece el sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.

<sup>74</sup> Es preciso destacar que por medio de la Acordada 32, de 1 de octubre de 2014, la CSJN estableció un Registro Público de Procesos Colectivos para la inscripción de todos los litigios de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales federales del país. Uno de sus objetivos centrales es, justamente, la publicidad de los procesos colectivos que arraigan en el artículo 43, párrafo 2.º, de la CN, para preservar un valor eminente como la *seguridad jurídica* cuya jerarquía constitucional ha sido señalada enfática y reiteradamente por dicho tribunal, en la medida en que propende a asegurar eficazmente los *efectos expansivos* que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la *apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso*.

Debe dejarse constancia de que mediante la Acordada 12, dictada el 5 de abril de 2016, la CSJN aprobó el “Reglamento de actuación en procesos colectivos”, que fija reglas que ordenan el trámite de este tipo de procesos en los tribunales nacionales y federales de todo el país, a

*pública* en tanto lo que se pretendía era una apropiada prestación de determinados servicios sanitarios. La CSJN, con votación unánime, revocó el fallo cuestionado.<sup>75</sup>

Básicamente, el alto tribunal dejó sin efecto lo resuelto considerando que:

- La acción de amparo deducida –dirigida a reconocer el *derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad*, beneficiarias de pensiones no contributivas, de acuerdo con lo preceptuado en las leyes 22.431 y 24.901– persigue la protección de *derechos individuales homogéneos de una pluralidad relevante de sujetos*; existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo y la pretensión se encuentra enfocada a los efectos comunes de un problema directamente vinculado con el derecho a la salud, presentándose una *homogeneidad fáctica y normativa* que hacía razonable la articulación de la acción en defensa de los intereses de todos los afectados y justificaba el dictado de *un pronunciamiento único con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado*. Ello, siguiendo la línea que la Corte trazara en la conocida –y ya citada a pie de página– causa Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/ Amparo Ley 16.986.<sup>76</sup>
- Aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el *incuestionable contenido social del derecho involucrado* que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser *objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad* (cfr. CN, art. 75, inc. 23).
- A los efectos de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un *colectivo altamente vulnerable*, no solo por la discapacidad que padecen sus integrantes sino también por su delicada situación socioeconómica, cabe reconocer legitimación a las asociaciones que iniciaron la acción de amparo contra el INSSJP con el objeto de que *se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones* en favor de aquellas, máxime si se repara

---

fin de asegurar la eficiencia práctica del Registro Público de Procesos Colectivos, creado por medio de la citada Acordada 32 de 2014.

<sup>75</sup> Fallos, 338:29. Votaron los ministros Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

<sup>76</sup> Muy sintéticamente, ya desde el perfil de las *omisiones absolutas inconstitucionales*, en “Halabi”, la CSJN detectó la existencia de una *mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las “acciones de clase”, que a criterio del tribunal surgían del artículo 43, párrafo 2.º, de la CN y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el Congreso, *definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza* que se dedujeran en dicho lapso temporal. Hasta el momento de escribir estas líneas, y sin perjuicio de la existencia de varios proyectos, aún no se había dictado la ley ordenada por la Corte.

El caso fue resuelto por mayoría, la que estuvo compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta se pronunciaron los ministros Petracchi y Argibay, y en disidencia parcial individual lo hizo el juez Fayt.

que con la pretensión procesal deducida se procura garantizar el acceso, en tiempo y forma, a prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas.

- Estableció que la admisión de las *acciones colectivas* requiere, por parte de los magistrados, la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho y la constatación de que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo que el ejercicio individual no aparecería plenamente justificado, sin perjuicio de lo cual, la acción 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.*

## 7. Acercamiento crítico a un fallo de la Corte Interamericana contra Argentina relativo a los derechos a la seguridad social y la salud

### 7.1. El Caso Furlan y Familiares vs. Argentina

En este asunto,<sup>77</sup> la Corte IDH condenó al Estado por la violación en perjuicio de Sebastián Furlan (S.F.), entre otros, de: el plazo razonable en un proceso civil por daños, y los derechos a la protección judicial y a la propiedad privada, incumpliendo la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal. Paralelamente, el tribunal lo consideró internacionalmente responsable por la violación del derecho a la integridad personal y el derecho al acceso a la justicia de los familiares de S.F., concretamente, su padre, madre, hermano y hermana.

A pesar de no decirlo expresamente, en el asunto que debía resolver la Corte IDH subyacía una importante cuestión vinculada a *los derechos a la salud de un niño, y posteriormente adulto, con discapacidad y a su derecho a la seguridad social*. Las autoridades judiciales argentinas no habían dado respuesta oportuna al proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuyo desenlace dependía el tratamiento médico de S.F. El tribunal interamericano constató el daño producido en perjuicio de este por la demora en el proceso que impidió que accediera a los tratamientos médicos y psicológicos que podrían haber tenido un impacto positivo en su vida. Asimismo, verificó la afectación producida al núcleo familiar de S.F.

Efectuó además una nutrida alusión a varios instrumentos internacionales vinculados, por ejemplo, con la discapacidad y los derechos a la salud y a la rehabilitación.

---

<sup>77</sup> Corte IDH, Caso Furlan y familiares vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 246.

Entre otras cosas, se refirió a los alcances del derecho a la rehabilitación en los términos del derecho internacional, mencionando el artículo 25 de la CDPD, vigente desde el 3 de mayo de 2008, acerca del derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por razones de discapacidad y la obligación de adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluida la rehabilitación relacionada con esta. Hizo lo propio respecto del artículo 23 de la CDN, en relación con las medidas que deben adoptar los Estados acerca de los niños y las niñas con discapacidad.

Asimismo, citó los siguientes principios rectores en la materia, fijados en el artículo 3 de la CDPD: (i) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; (ii) la no discriminación; (iii) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; (iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; (v) la igualdad de oportunidades; (vi) la accesibilidad; (vii) la igualdad entre el hombre y la mujer, y (viii) el respeto por la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (párr. 131).

Concretamente, determinó que el Estado debía proporcionar a las víctimas que así lo pidieran la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, por medio de sus instituciones públicas de salud especializadas; configurar un grupo interdisciplinario, el que, tomando en consideración la opinión de S.F., estableciera las medidas de protección y asistencia más apropiadas para su inclusión social, educativa, vocacional y laboral; y adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento en que una persona fuera diagnosticada con graves problemas o secuelas relacionados con discapacidad, se entregara a ella o a su grupo familiar una carta de derechos que resumiera en forma sintética, clara y accesible los beneficios que contempla la normatividad argentina.

## 7.2. Las posibilidades de *enforcement* de los DESC que ofrece el artículo 26 de la CADH

A los fines de sentar la posición que defenderemos, es preciso efectuar una referencia al voto concurrente de la entonces jueza Margarette May Macaulay (hoy miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).<sup>78</sup> Allí planteó una cuestión de gran relevancia y con la que no podemos sino concordar, diseñando una aguda línea interpretativa que la aleja positivamente de la visión mayoritaria: *la justiciabilidad directa de los DESC por medio del artículo 26 de la*

---

<sup>78</sup> Margarette May Macaulay fue jueza de la Corte IDH entre 2007 y 2012. El 16 de junio de 2015 fue elegida por la OEA como miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por un periodo de cuatro años que se inició el 1 de enero de 2016 y finalizará el 31 de diciembre de 2019.

CADH y, en particular, la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social (que estaban en juego en el caso), “con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema” (párr. 1.º de su voto). Por último, determinó que el Estado argentino había vulnerado el artículo 26 de la CADH en relación con los artículos 5 y 1.1, *ibid.*, en perjuicio de S.F., propuesta que lamentablemente no fue escuchada por la posición triunfante.

El punto de vista propiciado resulta muy útil y adecuado a la directa y autónoma justiciabilidad de los DESC sobre la base del artículo 26 de la CADH, partiendo de una interpretación evolutiva y actualizada de dicha norma, y teniendo en cuenta la afirmación de la propia Corte IDH en el Caso Acevedo Buendía vs. Perú (y sus citas), respecto a que en función de los términos amplios en que está redactada la CADH *es plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en esta* (párrs. 16 y 97), lo que obviamente comprende los derechos económicos, sociales y culturales capturados por la normatividad de tal artículo 26.

Dicho de otro modo, y como venimos insistiendo desde hace tiempo, los DESC a que se refiere el citado artículo 26 de la CADH están sujetos a las obligaciones generales contenidas en sus artículos 1.1 y 2, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25, *ibid.*, tal como el propio tribunal interamericano razonó en el párrafo 100 del aludido Caso Acevedo Buendía vs. Perú. En este fallo indicó contundentemente que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (*ibid.*, art. 62.1) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del *derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción* (párr. 16); además de que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que *la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones (idem.)*, y para *analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en aquella* (párr. 97).<sup>79</sup>

Resumiendo, coincidimos plenamente con la Corte IDH en cuanto a que la solución ineluctable era condenar al Estado argentino. Sin embargo, discrepamos de la decisión mayoritaria en cuanto a la selección de (parte) de la normativa utilizada para dar sustento a tal condena, pues el artículo 26 de la CADH cobija adecuadamente a los DESC, entre ellos, a la salud y la seguridad social, los que debieron ser aplicados y no circunvalados para emplear en su reemplazo el derecho a la integridad personal.

Para cerrar este punto, y dar paso a las observaciones finales del trabajo, vemos que habrá que aguardar la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en el delicado tema aquí presentado, a partir de la renovación parcial de los miembros que asumieron a comienzos de 2016<sup>80</sup> (en los casos en que estén habilitados para

<sup>79</sup> Ver Víctor Bazán, “Un desafío fundamental para el sistema interamericano de derechos humanos: la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, 2015, pp. 61-98.

<sup>80</sup> Para el año 2017, la Corte IDH está integrada de la siguiente manera: Roberto F. Caldas (presidente), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (vicepresidente), Humberto Sierra Porto (juez),

intervenir).<sup>81</sup> De cualquier modo, no parece probable que en el corto plazo pudiera originarse algún cambio sustancial en la postura que viene sosteniendo la mayoría del tribunal, que se muestra relictante a reconocer la justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH.<sup>82</sup> Solo se mantiene firme en la posición contraria el vicepresidente Ferrer Mac-Gregor, quien propugna la viabilidad de la aplicación directa a los DESC de tal norma convencional.<sup>83</sup>

---

Eduardo Vio Grossi (juez), Elizabeth Odio Benito (jueza), Eugenio Raúl Zaffaroni (juez) y Patricio Pazmiño Freire (juez).

<sup>81</sup> Conforme a los artículos 54.3 de la CADH, 5.3 del Estatuto de la Corte IDH y 17.1 de su Reglamento, “los jueces cuyo mandato se haya vencido continuarán conociendo de los casos de los que ya hubieren tomado conocimiento y se encuentren en estado de sentencia”. Por esa razón es que en *Yarce y otras vs. Colombia*, fallado el 22 de noviembre de 2016, los jueces Ventura Robles, García-Sayán y Pérez Pérez (todos con mandato vencido y reemplazantes designados) participaron en la deliberación y firmaron el decisorio (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 325).

El fallo cuenta con un extenso voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, quien –entre otras apreciaciones– expresó que la decisión adoptada por la Corte IDH pudo haber comprendido una interpretación evolutiva y dinámica del artículo 26 de la CADH, lo que hubiera permitido visualizar un tema que de alguna forma ha sido ignorado dentro del sistema interamericano de derechos humanos: *el derecho a la vivienda*. O sea, puso de relieve la legítima posibilidad interpretativa de derivar este último derecho de las normas contenidas en la Carta de la OEA, pudiendo declarar la violación del aludido artículo 26 de la CADH, y no solo reconducir la violación vía conexidad con el derecho a la propiedad contenido en el artículo 21, *ibid.* Subrayó la convergencia de una particularidad del derecho a la vivienda, el que (aparentemente) ha sido olvidado en los propios instrumentos interamericanos, incluso en el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), enfatizando que tal derecho adquiere en el caso una especial importancia si se considera la labor de los defensores de derechos humanos y la pérdida de la vivienda en los contextos de desplazamiento forzado interno (incluso de carácter intraurbano).

<sup>82</sup> De hecho, en un caso reciente, *I.V. vs. Bolivia* (Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 329), el fallo fue firmado por todos sus actuales integrantes (ver nota 77), contando solo con un breve voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, quien dejó en claro que el asunto involucra el *derecho a la salud*, por lo que pudo haberse analizado a la luz del artículo 26 de la CADH en aplicación del principio *iura novit curia*; en lugar de subsumir dicho derecho en otros preceptos de la Convención declarados violados en la sentencia. Manifestó también que esta visión tradicional de subsumción de derechos por la vía de la conexidad no abona a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales, especialmente en los tiempos actuales de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Dijo además que basta una lectura cuidadosa del decisorio para advertir que en realidad el derecho a la salud (sexual y reproductiva) constituyó uno de los aspectos torales del caso, tal como se advierte en las múltiples referencias que se hacen tanto en las consideraciones como en los resolutivos del fallo.

<sup>83</sup> Para compulsar los desarrollos argumentales de las posiciones en contra y a favor de la justiciabilidad directa de los DESC sobre la base del artículo 26 de la CADH, pueden verse los respectivos votos concurrentes de los jueces Sierra Porto y Ferrer Mac-Gregor en el Caso Gonzales Lluy y otros *vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 298.

## 8. Reflexiones finales

a) Es imposible desconocer la potente influencia que la innovación constitucional de 1994 ha generado en el área de los derechos humanos en el escenario jurídico argentino. Esa impronta puede verificarse tomando en cuenta, por ejemplo: la adjudicación de jerarquía constitucional originaria a un nutrido conjunto de instrumentos internacionales sobre la materia, además de los beneficiarios *ex post* de tal valía, todos lo que, junto con la Constitución documental, forman el bloque de constitucionalidad; la reafirmación del principio *pro persona* y sus derivados; la configuración de una dimensión sustancial, complementaria de la formal, en torno al principio de igualdad, exigiéndosele al Estado una búsqueda isonómica por medio de acciones positivas; la literalización en la Constitución de los procesos constitucionales de amparo, *habeas corpus* y *habeas data*<sup>84</sup> para resguardar derechos fundamentales; y la incorporación al texto constitucional de derechos que no estaban expresamente consagrados, además del acrecentamiento de derechos implícitos de fuente internacional.

b) Desde el punto de vista de la judicialización del *derecho a la seguridad social*, el sistema jurisdiccional ofrece un grado de protección adecuado y sustentable. Su oportuna actuación, con la CSJN a la vanguardia, ha posibilitado tutelar aspectos básicos de tal potestad.

Las sentencias que pronunciara en Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo y Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ Amparo, solo por citar como ejemplo dos casos, brindan valiosos insumos analíticos y muestran orientaciones decisionales atinadas en torno al derecho a la seguridad social (también al derecho a la salud), que presenta una matriz vital y alimentaria.

c) Si bien la *performance* protectora del máximo tribunal argentino acerca del derecho a la seguridad social arroja un saldo positivo, no se puede ocultar que el mayor déficit se localiza en las esferas de la planificación y la apropiada ejecución de políticas sociales. Este es el costado más endeble y complejo del problema: la *ausencia de un sistema consistente, coordinado y estructurado de políticas públicas en el campo de la seguridad social* articulado por los poderes Ejecutivo y Legislativo, y cabalmente monitoreado.

---

Antes de ese fallo es posible examinar referencialmente las visiones antitéticas que sobre el particular postularon el entonces juez Pérez Pérez en su voto razonado y el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente en el Caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Sentencia de 21 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 261.

<sup>84</sup> Como mencionábamos, en el texto de la Constitución no se utiliza explícitamente la denominación *habeas data*.

Ello, más allá de que se aprecien algunos esfuerzos laudables de la gestión presidencial actual (iniciada en diciembre de 2015), por ejemplo, mediante el dictado de la Ley 27.260 que implementó el Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados.

- d) En el Estado constitucional y convencional, la creciente *interrelación de derechos y políticas sociales* deviene indisputable. En ese punto, con ser muy apreciable la labor de *defensa* de los derechos humanos, en la hora actual ella por sí sola se revela exigua (y en consecuencia ineficaz) si no se la acompaña con una tarea *proactiva de fiscalización de las políticas públicas para enfocar los inconvenientes estructurales que subyacen a las violaciones concretas de aquellos derechos* (en la franja de la seguridad social), para procurar *incidir en la formación o la corrección de tales políticas*, sustentadas en valores como la equidad social y la solidaridad.
- e) La satisfacción del derecho a la seguridad social demanda del Estado *obligaciones de talante positivo*, y no simples deberes de abstención. Así, las *medidas de acción positiva* que la Constitución le encomienda en el ámbito del remozado paradigma del principio de igualdad son un buen ejemplo de la textura jurídica y axiológicamente preceptiva que recae sobre aquel. Ello, para satisfacer *inter alia* las premisas preambulares de *promover el bienestar general y afianzar la justicia* y también las demandantes consignas que obran en el artículo 75, inciso 19, *ibid.*, en torno a proveer lo conducente al *desarrollo humano y al progreso económico con justicia social*.
- f) Convergentemente, es preciso atender el encargo que el artículo 75, inciso 23, *ibid.* dirige al Congreso de la nación en orden a legislar y promover *medidas de acción positiva* que garanticen la *igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*, en particular respecto de *niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad*, al tiempo de prescribir el cumplimiento de la obligación de *dictar un régimen de seguridad social especial e integral* para la protección del *niño* en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y de la *madre* durante el embarazo y el tiempo de lactancia.
- g) En el Estado constitucional y convencional actual el respeto y la realización de los DESC en general, y del derecho a la seguridad social en particular, exigen poner en marcha los requerimientos de una *progresividad sustentable* y desactivar cualquier intento de *regresividad injustificada*, quedando en todo caso habilitados los controles jurisdiccionales de constitucionalidad y de convencionalidad de cualquier medida que pudiera resultar arbitrariamente *involuntiva*.
- h) No parece factible pensar que en el corto plazo pudiera producirse alguna modificación hermenéutica radical en el acervo jurisprudencial de la Corte

IDH, en la línea de sentido que en varios votos concurrentes postula el juez Ferrer Mac-Gregor (que compartimos), es decir, la justiciabilidad directa de los DESC (entre ellos, los derechos a la salud y a la seguridad social) por vía del artículo 26 de la CADH<sup>85</sup> y sin necesidad de recurrir discursivamente, por ejemplo, al artículo 5.1, *ibid.*, que consagra el derecho a la integridad personal.

- i) En el cumplimiento de sus respectivos mandatos y funciones, las autoridades pertinentes en el plano interno, y los órganos internacionales competentes no pueden prescindir de una directriz axiológicamente relevante: *los derechos humanos son reflejo directo de la dignidad humana*, sean ellos civiles y políticos; ambientales; o económicos, sociales y culturales, ámbito este último al que adscribe el derecho a la seguridad social.
- j) Precisamente, los derechos sociales (entre ellos el de la seguridad social) deben visualizarse como derechos *a priori*, e incluso como precondiciones para el ejercicio de no pocos ni insignificantes derechos civiles y políticos. Correlativamente, el fortalecimiento de la democracia depende –entre otros factores– de la intensidad cualitativa y cuantitativa de la protección, la realización y la justiciabilidad de los derechos, en pro de honrar principios y valores esenciales como la dignidad humana y la justicia social.

En suma, el Estado constitucional y convencional no puede ni debe perder de vista su condición de Estado de justicia porque, como se ha puntualizado, “la justicia –y la justicia social muy especialmente– es el eje conformador de lo entitativo del Estado”<sup>86</sup>.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert, “Prefacio”, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2008.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BAZÁN, Víctor, “El imperativo preambular histórico de ‘afianzar la justicia’, su vigencia y algunos desafíos y exigencias que impone a la Corte Suprema de Justicia”, en AA.VV., *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, pp. 303-336.

---

<sup>85</sup> Sobre este y otros temas relativos a los DESC, ver Víctor Bazán, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 1-167.

<sup>86</sup> Consejo de Redacción, “Crisis económica y derechos sociales irreductibles. Valor de la dignidad humana como criterio para los derechos sociales”, Editorial, *Revista de Fomento Social*, núm. 68, 2013, p. 181.

- \_\_\_\_\_, “La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006, pp. 257-287.
- \_\_\_\_\_, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Víctor BAZÁN y Luis JIMENA QUESADA, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp.1-167.
- \_\_\_\_\_, “Un desafío fundamental para el sistema interamericano de derechos humanos: la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, 2015, pp. 61-98.
- \_\_\_\_\_, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 19, 2015, pp. 25-70.
- \_\_\_\_\_, “Los derechos sociales en épocas de emergencias y crisis económicas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. XXII, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2016, pp. 571-600.
- \_\_\_\_\_, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y Ediciones Nueva Jurídica, 2017.
- BERMÚDEZ, Ismael, “Reparación histórica: ya ajustaron el haber de más de un millón de jubilados”, *Clarín*, Buenos Aires, 7 de mayo de 2017. Disponible en: [https://www.clarin.com/ieco/economia/reparacion-historica-ajustaron-millon-jubilados\\_o\\_ry3DE76y-.html](https://www.clarin.com/ieco/economia/reparacion-historica-ajustaron-millon-jubilados_o_ry3DE76y-.html).
- COMANDUCCI, Paolo, “Democracia y derechos fundamentales”, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, CEPC, 2010.
- CONSEJO DE REDACCIÓN, “Crisis económica y derechos sociales irreductibles. Valor de la dignidad humana como criterio para los derechos sociales”, *Revista de Fomento Social*, núm. 68, 2013, pp. 179-201.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011.
- GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- JÁUREGUI, Guillermo J. *et al.*, “La movilidad previsional legal y la movilidad judicial. Algunas incoherencias”, *Revista de Jubilaciones y Pensiones*. Disponible en: <http://www.rjyp.com.ar/jau128.html>.
- LAHERA PARADA, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, “Breviarios”, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2004.

LORENZETTI, Ricardo, “Salud mental, legislación y derechos humanos en Argentina”, en Hugo COHEN (comp.), *Salud mental y derechos humanos: vigencia de los estándares internacionales*, núm. 65, Buenos Aires, Organización Panamericana de la Salud, 2009.

NINO, Carlos S. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

SALVIA, Agustín (coord.), “Tiempo de balance: deudas sociales pendientes al final del bicentenario. Necesidad de atender las demandas del desarrollo humano con mayor equidad e inclusión social”, *Barómetro de la deuda social argentina*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Educa, 2016. Disponible en: <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2016-Observatorio-Barometro-Deuda-Social.pdf>.

STANG, Silvia, “La sostenibilidad del sistema jubilatorio, un debate muy próximo”, *La Nación*, Buenos Aires, 6 de enero de 2017. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1973493-la-sostenibilidad-del-sistema-jubilatorio-un-debate-muy-proximo>