

**ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL ACCIONAR  
RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
EN PROCURA DE LA OPERATIVIDAD  
DEL ORDEN SOCIOECONÓMICO CONSTITUCIONAL**

¡Viejos, son los trapos...!

Escribe: Eduardo Pablo Jiménez

“El máximo de los recursos disponibles es, por eso, un Standard que grava a los Poderes Públicos con el deber de destinar a los derechos sociales y a los condicionamientos que los hacen viables, una asignación de recursos y gastos de la mayor dimensión posible. No puede ser ése máximo un remanente o residuo que quede como sobrante después de anteponerle otras prioridades, seleccionadas por puros criterios de conveniencia financiera o fiscal, o de políticas evaluadas solamente por las técnicas económicas”

Germán J. Bidart Campos

**I**  
**“DERECHO CONSTITUCIONAL HUMANITARIO”**  
**¿O análisis económico del Derecho?**

Decía con acierto Germán Bidart Campos, que “(...) un derecho constitucional humanitario no es tributario de ningún sub.-sistema económico que delinea sus planes, reclusándose herméticamente en las cuentas, los números, la aritmética, los resultados fiscales y cuanta cosa parecida hay, porque el bienestar de los seres humanos (de todos) no se identifica con las cifras ni con los índices, sino con el modo real como conviven en el sistema político”<sup>1</sup>

Es que el querido maestro advertía, ya en el cenit de su existencia, que aquella idea de que la economía está al servicio del ser humano, es por lo general, completamente desvirtuada toda vez que los hombres y mujeres son habitualmente “estrangulados” a favor de ciertas modalidades de planificación económica que los segrega, los margina y los sumerge en el “malestar” en vez de emplazarlos en el contexto de la idea de bienestar general

Así, desde una propuesta teórica ideal<sup>2</sup> con la que nosotros no comulgamos, sugieren los cultores del denominado “análisis económico del derecho”, que ésta modalidad comprende, cuanto menos, dos géneros básicos de cuestiones: en primer lugar, aquellas *descriptivas*, o concernientes a la descripción de los efectos de las normas jurídicas sobre el comportamiento de los individuos y sus resultados.

En segundo término, también se ocupa de cuestiones *evaluativas*, que son aquellas que se vinculan a la deseabilidad social de los efectos de las normas jurídicas.-

Es entonces para responder a esta multiplicidad de planteos, que los analistas provenientes de éstas corrientes del pensamiento actual recurren al método usualmente utilizado por el análisis económico<sup>3</sup>

Lo que sucede en el contexto teórico de tal razonamiento, es que éste modelo sugiere la necesidad de efectuar “hoy” una serie de “ajustes” que se consideran imprescindibles para luego arribar al pretendido éxito económico de todos.

Frente a ésta tesis, destacó también Germán Bidart Campos que en realidad, el bien-estar general debe poder ser exigible para el ciudadano común hoy, ya, siempre, y no puede demorarse mientras supuestos planes económicos le antepongan una etapa previa de “mal-estar” sólo para algunos.-

Resulta claro entonces que para el constitucionalista Argentino, con cuyas conclusiones en éste punto nosotros coincidimos plenamente, el bienestar de los seres

<sup>1</sup> Bidart Campos, Germán “El Derecho Constitucional Humanitario” Edit. EDIAR, 1996, pag.19.-

<sup>2</sup> Seguimos aquí el diseño de Steven Shavell, explicitado en su artículo “El Análisis Económico del Derecho” (JA-Número especial Derecho y Economía, 2006-II, Pág.2).-

<sup>3</sup> El mismo asume, según así lo explica Shavell (Op. y pág. Citadas) “(...) que los individuos y las empresas actúan de modo racional, sobre la base de sus previsiones respecto del futuro, y adopta el marco general de la economía del bienestar para evaluar la deseabilidad social de los resultados de las normas o conjuntos de normas jurídicas que analiza”

humanos no puede constituirse en paradigma de un fin del Estado para el porvenir, sino - mas bien - para cada día de la vida biográfica de todas las personas<sup>4</sup>.-

Pero no es ésta la base de evaluación primordialmente utilizada por los cultores del “análisis económico del Derecho”, como se verá a continuación:

Sin considerar las variables fundadas en la idea de justicia correctiva o retributiva, estos autores son fecundos al abonar la tesis que propugna restarle importancia intrínseca a tales pautas de ajuste, ya que suponen que ellas no ingresan en forma directa en el contexto del bienestar de los individuos<sup>5</sup>.-

Con base en éste modo de pensamiento, la mayor parte de quienes abrevan en el análisis económico, sostienen una visión de la racionalidad del derecho, que si bien es rica en matices, entiende esencialmente que gran cantidad de normas jurídicas carecen de justificaciones económicas obvias, con tendencia a reducir el contexto de bienestar social que muchas veces propugnan.-

El próximo paso, para quienes arriban a éste punto, es el de intentar desacreditar al aporte del derecho como ciencia jurídica. Así, señala Horacio Spector<sup>6</sup>, abonando ésta tesis, en cuanto compara al derecho continental con aquel derivado del “Common Law”, que: “Durante el Siglo XIX el saber jurídico continental desarrolló una estructura teórica capaz de explicar y sistematizar un vasto cúmulo de hechos particulares y adoptó la práctica de someter sus proposiciones teóricas a alguna clase de constatación”. Estos dos rasgos dieron – según expone el autor citado, para explicitar ésa tendencia - alguna justificación para concebir a tal práctica como “ciencia”.-

Se señala a continuación, que los modos de exponer y justificar los conocimientos jurídicos, influyen ciertamente para generar un rechazo visceral por parte de muchos juristas, a lo que los cultores del “análisis económico del Derecho” exponen como una construcción teórica rígida, unívoca y de justificación unitaria, tributaria de la economía<sup>7</sup>.-

Y esta – así denominada - construcción económica, permite a sus cultores sugerir luego con énfasis, que en determinados casos “puede considerarse valioso apuntar a ciertos estados del mundo eficientes (o superiores a otros). Y con ello parece alcanzarles para sostener la importancia de estudiar las posibilidades de prever la influencia de las normas y decisiones jurídicas en la obtención de éstos estados de cosas”<sup>8</sup>

Se señala, también desde ésta perspectiva, que la economía ofreció una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento, en el sentido de evaluar el modo en que las sanciones lo afectan.<sup>9</sup>

Tal camino es, entonces, la vía de entrada o ingreso al paradigma de la “eficiencia” como versión deseable de una ciencia jurídica progresista, vinculada y aún condicionada por el ideario económico, más rígido al momento de elaborar modelos sociales “viables”

Este tipo de diseños, aunado al que ofrece una bienvenida irrestricta al paradigma de la globalización, sin matices ni prevenciones ningunas, nos enfrenta a una síntesis que nosotros estimamos realmente desalentadora, pues nos sitúa frente al desarrollo de espacios reales de un ámbito de desigualdad, que no tiene antecedentes en la historia reciente.-

<sup>4</sup> Lo que – por supuesto – no inhibe la idea de bregar en pos de la sustentabilidad en el desarrollo, pero según lo interpretamos nosotros, ello no puede acaecer a costa de aquellos sectores que el propio crecimiento de la actividad económica y sus desiguales concentraciones, margina “salvajemente” – si se nos permite ésa expresión-, sino con la debida inclusión de todos los sectores sociales involucrados. De allí la idea de proponer un contexto de desarrollo sustentable, pero necesariamente nutrido de justicia social.-

<sup>5</sup> Señala por ello Shavell (Op. cit. Pág.10), que estas posiciones suelen argumentar que “si se da por sentado que las nociones de justicia no elevan de modo directo el bienestar de los individuos, conceder a tales nociones un peso independiente en la evaluación, tendería a alterar las decisiones sociales en un sentido que desfavorecería el bienestar de los individuos”. Aún así, reconoce luego el autor que las nociones de justicia tienden a cumplir, al menos en algunos casos, un rol funcional deseable.-

<sup>6</sup> Spector, Horacio “El futuro de la ciencia jurídica en los países del Derecho continental” en “JA” Número especial de Derecho y Economía, 2006-II del 17/5/2006, Pág.15/16. Concluye éste actor su muy buen trabajo, destacando que tanto el derecho continental cuanto el derivado del “Common Law” poseen bases económicas y filosóficas, propugnando que los juristas de ambos espacios debieran incluir estos dos paradigmas en sus programas de investigación, para dar un nuevo giro a la naturaleza de la ciencia jurídica, como así sucedió con el advenimiento de la escuela del derecho natural.-

<sup>7</sup> Señalaba en éste sentido, Richard Posner, a modo de exposición paradigmática en Este sentido interpretativo, que “Para M<sup>a</sup>, el aspecto mas interesante del movimiento del derecho y la economía, ha sido su aspiración a colocar el estudio del derecho sobre una base científica, con una teoría coherente, con hipótesis precisas deducidas de la teoría, y verificaciones empíricas de las hipótesis. El derecho es una institución social de enorme antigüedad e importancia, y no puedo ver ninguna razón para que no sea susceptible al estudio científico. La economía es la mas avanzada de las ciencias sociales, y el sistema legal contiene muchos paralelos y se traslapa con los sistemas que los economistas han estudiado con éxito” (AAVV Michael Faure y Roger Van den Berg (compiladores) “Essays in Law and Economics”, 1989)

<sup>8</sup> Acciam, Hugo “El análisis económico del Derecho de Daños”. En “JA” citada “supra”, pag.34.-

<sup>9</sup> En Este sentido, expresan referentes paradigmáticos de esta posición, que “Generalizando, podemos decir que la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar como responderán los individuos ante los cambios de las leyes. Esta teoría rebasa la intuición, axial como la ciencia rebasa al sentido común” (Cfr. Robert Cooter y Tomas Ulen “Derecho y economía, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, Pág.14).-

Hemos de agregar a lo expuesto, que actualmente, si bien la humanidad en su conjunto es mucho más rica que en el pasado, también lo es mucho más pobre que antaño, si consideramos que existen masas inmensas y en constante aumento de personas insatisfechas, que si bien pueden hacer gala de un ideario racional de derechos fundamentales legalmente instituidos, exhiben desigualdades incomparables, en el terreno fáctico<sup>10</sup>

Y éste dilema no ha podido ser resuelto a partir de las ecuaciones provenientes del “análisis económico del Derecho, sino mas bien – tal lo entendemos nosotros -, profundizó su presencia con la aplicación y justificación de tales proyecciones.-

Adviértase que la protesta social, enfatizada por aquellos sectores marginales del pretendido desarrollo, y que aún pueden desplegarla, es creciente en el contexto de nuestras sociedades desigual e injustamente “desarrolladas”. Ya ha señalado en éste punto John Rawls que la cuestión de la obediencia al derecho “es problemática para las minorías que han sufrido la injusticia durante muchos años”<sup>11</sup>

Es que por una parte, esta idea – teóricamente expuesta – ofrece una clara formulación en el sentido de que al elegir vivir en un sistema constitucional, adoptando alguna de las formas posibles de la regla mayoritaria de convivencia y toma de decisiones, los grupos aceptan aquellos riesgos que implican sufrir los defectos del sentido de la justicia de los demás para obtener las ventajas de un procedimiento de confección del sistema normativo, cuanto menos, moderadamente eficaz<sup>12</sup>—

Pero frente a ello, es bueno enfatizar también que las sociedades actuales - particularmente las democráticas - expresan reales muestras de desconfianza y desaprobación cuando advierten que los gobiernos nacionales no controlan ya las claves de la situación económica de sus países.-

Se ha sostenido aquí con acierto, que en América Latina, durante los últimos veinte años “Se ha producido un cambio radical en las reglas de juego, cuando tras los primeros intentos de resolver la crisis de deuda mediante simples políticas de ajuste, se pasó a impulsar los programas de reformas estructurales según el llamado “consenso de Washington”. Ese cambio, supuso la aceptación de un nuevo modelo económico en el que el Estado ya no garantizaba protección frente a gran parte de los avatares del mercado, pero en el que, a cambio, los ciudadanos habían sido persuadidos de que el crecimiento económico sería mayor y más estable”<sup>13</sup>

Es entonces, al arribar a ésta “encrucijada”, donde comienzan a ponerse de manifiesto aquellas que Germán Bidart Campos ha calificado como “discapacidades sociales”, concebidas como todos aquellos déficit y minusvalías que impiden a determinadas personas instalarse y vivir en la sociedad y en el estado con el mínimo decoro que exige la naturaleza del ser humano.-

Señalan en igual sentido Abramovich y Courtis<sup>14</sup>, que “el debilitamiento de la distinción tajante entre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, pone también en cuestión la principal objeción que se apunta contra la caracterización de estos últimos como derechos exigibles. De acuerdo a esta objeción, la fuerza vinculante, la exigibilidad o bien la propia juridicidad de los derechos económicos, sociales y culturales resulta dudosa ya que la satisfacción de estos depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado”

De allí que nosotros, en seguimiento de esta corriente doctrinaria, nos oponemos a que esta pretendida subordinación, denominada “condicionante económico”, pueda ser manipulada para relativizar la idea de universalidad de los derechos fundamentales, lo que implicaría – en los hechos – relegarlos a una condición de “derechos de segunda categoría”

Así es que pese al el notorio contexto de deterioro social y económico que hoy transita nuestra República, la Constitución Nacional que la rige, reformada en 1994, instituye

<sup>10</sup> Así, señala Luigi Ferrajoli, en su “Democracia y Derechos Fundamentales frente al desafío de la globalización (“LL” del 6/12/2005, Pág.2), que “El “Tiempo de los derechos” – para usar la conocida expresión de Norberto Bobbio – es también el tiempo de su violación masiva y de la desigualdad más profunda e intolerable”

<sup>11</sup> Del autor citado “Teoría de la Justicia” Edit. Fondo de Cultura Económica, Madrid, Pág.395/96. Aunque se encarga luego de resaltar Rawls, que “En un Estado próximo a la justicia, existe normalmente el deber (y para algunos, también la obligación) de obedecer las leyes injustas mientras no excedan ciertos grados de injusticia” ello debido al natural deber de urbanidad que según expone el autor citado, supone aceptar estas “cargas” para poder trabajar entre los límites impuestos por las circunstancias de la vida humana. El problema surge, según nosotros lo interpretamos, cuando el accionar del derecho en un contexto socialmente altamente desfavorable, excede en forma notoria tales estándares de tolerabilidad.-

<sup>12</sup> Bien señala John Rawls en éste aspecto, que “No hay otro modo de producir un régimen democrático” (Autor y obra citada, Pág.395)

<sup>13</sup> Paramio, Ludolfo: Inseguridad Económica y Frustración Política” En Revista Iberoamericana de Análisis Político. Edit. Fondo de Cultura Económica, N ° 1, Año 1, pag.39/40, con cita a J. Williamson “What Washington Means by policy reform”, en: J. Williamson (Comp.) “Latin American Adjustment: how much has happened?, Washington, Institute for International Economics, 1990, pag. 5-38

<sup>14</sup> Víctor Abramovich/ Christian Courtis “Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles” en AAVV “La Constitución Real” Edit. La Ley, Alfredo Durante Coordinador, Pág.41.-

en forma paradigmática con su Art. 75 inciso 23, un peculiar programa con el que se ordena al Congreso de la Nación legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.-

Bien ha expuesto aquí Germán Bidart Campos, que para debilitar, superar y revertir las discapacidades sociales, no basta la ley del mercado y de la libre competencia, porque como él enfatizaba, “Las personas no somos objetos, ni productos, ni “bienes” que entran al mercado, que salen de él, que se cotizan en él”, agregándose luego, que “cuando esto ocurre, vemos que entran al mercado y que salen del mercado con discapacidad. Y la dignidad personal, no tolera ésa clase de intercambios, en los que quienes ganan son siempre otros, no los discapacitados sociales”<sup>15</sup>

Cabe resaltar entonces que las posibilidades de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, superan en los tiempos que hoy corren el acotado marco del Estado Nacional, y se sitúan en el plano de la cooperación internacional, lo que ha sido ratificado en forma expresa por el constituyente argentino de 1994, en cuanto definió la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluidos en el Art. 75 inc. 22 del texto fundamental.-

## II

### DERECHOS FUNDAMENTALES Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL (Enfatizando el paradigma de la dimensión sustancial de la democracia).

Ha dicho Luigi Ferrajoli, que “los derechos fundamentales – políticos, civiles, de libertad y sociales – han sido solemnemente consagrados en las constituciones de todos los países civiles como dimensiones sustanciales de la democracia, llamada por ello mismo “constitucional”, y han sido proclamados en las Declaraciones, Pactos y Convenciones Internacionales, hasta haberse vuelto la principal fuente de legitimación, y en caso de que sean violados, de deslegitimación de cualquier orden jurídico y político, tanto estatal como internacional”<sup>16</sup>

De allí deriva, y con razón, que a partir de la constitucionalización de tales prerrogativas jurídicas, han cambiado tanto la naturaleza del derecho cuanto la de la democracia, que ya no dependerán de su instalación formal, desde la sanción de los textos legales pertinentes, sino también de la calidad y sustancia de tales normas.-

Por ello es que cabe conceptuar sin temor a error a la democracia, como aquella forma de gobierno que sitúa realmente a la persona humana en modo acorde a su dignidad intrínseca, respetando y también promoviendo su libertad y sus derechos<sup>17</sup>

Resulta claro entonces que la democracia no es plena si se nutre sólo de la libertad e igualdad formales. Por ello, las necesidades básicas sociales no solo se abastecen a partir de admitir la libertad originaria de las personas. El Estado le debe a la sociedad la efectiva promoción de políticas activas que coloquen a todas las personas por igual, en situación o circunstancia de acceder a la real cobertura posible de sus necesidades. Volvemos entonces, a citar a Germán Bidart Campos, cuando sugiere, y con mucha razón, que “La libertad formal que proporciona la condición necesaria, no adjudica la condición suficiente”<sup>18</sup>

Con lo expuesto, estamos en condiciones de resaltar que aún desde la óptica de “cambio de paradigma” sugerido por Ferrajoli, lo cierto es que el ámbito de desigualdades y privaciones que ofrece el espacio de la democracia actual es notorio y angustiante.-

Ello debido – quizás – al hecho de que la denominada “globalización” en el mundo contemporáneo crea una nueva manera de dominación política, a través de la tecnología, que excede y supera las fronteras políticas de las Naciones del orbe. Es que la globalización “por franjas” crea un sistema de lealtades con consecuencias políticas totalmente diferentes a las antiguas dominaciones imperiales, con las que hoy, y pese a todo, aun convive y a las que en ciertas ocasiones, comienza a desafiar<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Bidart Campos, Germán: El Derecho Constitucional Humanitario, Edit. EDIAR, 1996, pag.224.-

<sup>16</sup> Ferrajoli, Luigi “Op. Cit.” Pag.1

<sup>17</sup> Señala por tal razón Germán Bidart Campos, con cita a Mario Bunge (El Orden Socioeconómico en la Constitución, EDIAR, 1999, Pág.92), que en el contexto narrado, “La libertad no es entonces, ni únicamente, una libertad “de”, sino además, una libertad “para”; no es sólo una libertad de impedimentos, obstáculos, intrusiones, violaciones, interferencias ú obstrucciones, sino también la libertad real y efectiva que coloca al ser humano en disponibilidad para elegir, optar, acceder al disfrute pleno de sus derechos, de todos sus derechos, también de los sociales”

<sup>18</sup> Bidart Campos, Germán, Op. Cit. En nota anterior, Pág.94. Allí añade que la mentada “condición suficiente” “debe ser arbitrada por una política socioeconómica idónea. Y el liberalismo capitalista no la asume ni la ejecuta”.-

En consecuencia, cabe apuntalar que existe hoy una “esfera” que involucra las cuestiones que ninguna mayoría puede soslayar – v.gr. - la lesión de los derechos de libertad, y otra que involucra aquello que ninguna mayoría puede dejar de decidir – v.gr-, la satisfacción de los derechos sociales.-

A ésta última es que nos referiremos en los párrafos que siguen

### **III**

## **HACIA LA DESACTIVACIÓN DE UN IDEARIO ECONÓMICO Y SOCIAL**

## **CONTRARIO AL DISEÑO CONSTITUCIONAL**

**(Demoliendo hoteles...)**

Abordando ahora la realidad argentina reciente, bueno es señalar que la década del '90 implicó la generación de una política económica y social que agravando la brecha ya existente entre nuestra Constitución Real” y la “Constitución Formal”, derivó finalmente en la nula o deficiente implementación del ideario constitucional propuesto e impuesto democráticamente con la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1994.-

Sin perjuicio del expreso programa constitucional elaborado en tal sentido, la dirigencia política nacional pareció empeñarse en elaborar a sus espaldas, o más propiamente “en su rostro”, un diseño diverso que, instrumentado a partir de leyes, decretos y resoluciones ministeriales, lo subvirtió alegando para ello los ya remanidos “estados de emergencia” que en sus formas reales o presuntas no hacen hoy otra cosa que desarticular las reglas de convivencia que suponen la plena vigencia de la democracia constitucional<sup>20</sup>

Arribados a éste contexto, solo le restan a la ciudadanía – que evidentemente, se vio objetivamente defraudada al no seguirse el modelo socioeconómico impuesto por la Constitución -, muy pocas posibilidades, entre las que se hallan las dos siguientes opciones:

La primera de ellas, y en la medida en que la omisión estatal en concederles el derecho que les asiste se encuentre causal y moralmente implicado en su sufrimiento, pasa por intentar ciertas formas de resistencia a la aplicación en su desmedro, del derecho ilegalmente diseñado por el complejo normativo infra -constitucional<sup>21</sup>

Claro es que esta posición puede justificarse – en nuestra interpretación - solo en circunstancias de carencia extrema, que evidentemente se dan, por ejemplo, en casos de pobreza que conllevan indigencia, o también, por no citar sino dos supuestos paradigmáticos, cuando se produce la reiterada y consciente desatención de la salud y calidad de vida de los jubilados del sistema<sup>22</sup>.

Es que en estos casos, los grupos excluidos de las bondades del sistema tienen serias dificultades para satisfacer sus necesidades mas básicas, para hacer conocer sus puntos de vista, para demandar en modo exitoso por la introducción de cambios en el derecho, o para reprochar las acciones y omisiones de sus representantes.-

Diremos además que en los supuestos en que la exclusión extrema involucra al denominado “sector pasivo”, es claro que se da el agravante de que los ciudadanos de la “tercera edad” no detentan – por lo general – el poder suficiente para generar modos de resistencia que sean realmente atendibles por parte del poder Público<sup>23</sup>.-

<sup>19</sup> Spota, Alberto A “Globalización y Gobernabilidad en el Estado de Derecho” en AAVV “La Constitución Real” Edit. La Ley, Pág.136.-

<sup>20</sup> Así, ha sostenido a su tiempo Carl Schmitt (Teología Política, 1922), que “es soberano aquel que decide sobre el estado de excepción”. Trasladando aquellas ideas – con las que definitivamente no comulgamos – a los tiempos recientes de la institucionalidad argentina, no podemos menos que asumir que la manipulación tan evidente de la idea conceptual de “emergencia” sitúa a quienes la utilizan en una incierta y ambigua franja entre lo político y lo jurídico, presentando entonces al estado de excepción como “la forma legal de aquello que no puede tener forma legal” (Cfr.Agamben, Giorgio “Estado de Excepción” Edit Hidalgo, Buenos Aires,2005, pag.24).-

<sup>21</sup> Bien se pregunta en éste punto Roberto Gargarella (Sobre el Derecho de resistencia en contextos de privaciones severas ¿Cómo debería reaccionar el Estado? En AAVV “El Derecho a Resistir el Derecho” Edit. Miño y Dávila, Pág.45) “...Es que, acaso, puede ‘proponerse’ que el Estado actúe de tal o cual modo, cuando se asume al mismo como un Estado fundamentalmente viciado?”. El autor entiende, como premisa fundante de su trabajo, que el constitucionalismo, desde sus orígenes, incluyo como uno de sus elementos básicos, el “derecho a resistir al derecho”, aunque acentuando sus prevenciones frente a la que denomina una “repentina ausencia del derecho de resistencia de los textos centrales del constitucionalismo moderno” (palabras preliminares, Pág.12/13).-

<sup>22</sup> Y aun Este premisa admite un importante grado de discusión y debate, omitido por el constitucionalismo actual. Bien admite a.C. Gargarella (Op. Cit., Pág.15), que “Una de las notas mas salientes del constitucionalismo contemporáneo tiene que ver con la falta de discusión en torno al derecho de resistencia, que durante mas de cuatro siglos fue considerado uno de los derechos centrales dentro del derecho”. Solo diremos a.C., que pese a la certera admonición de Este interesante autor, nosotros abordamos la problemática, aunque en forma general, en el segundo tomo de nuestro “Derecho Constitucional Argentino” (EDIAR, 2000, Pág. 198 y SS.)

<sup>23</sup> Quizás por ello, el constituyente reformador de 1994 haya impuesto al Congreso, en su Artículo 75 inciso 23, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos

La otra opción a seguir para el caso de no implementarse el modelo socioeconómico impuesto por la Constitución, es la que intenta articular la recuperación de los espacios institucionalmente perdidos, y requiere a tal fin producir planteos judiciales, esperando en tal contexto, un válido ejercicio del control de constitucionalidad, que – como es sabido – recién ofrece singularidades paradigmáticas, cuando es ejercido – al menos en un sistema jurídico como el nuestro – por la Alta Corte Nacional.-

Entendemos nosotros que resulta imposible la coexistencia – a largo plazo – de la democracia, en su etapa de completitud, con procesos económicos que acentúan las desigualdades, promueven la exclusión social y fomentan la marginación política<sup>24</sup>, y que conllevan así la grave consecuencia de dejar “afuera del sistema” a aquellos que las padecen.-

Es que se genera en tal contexto, la articulación de una modalidad de “sociedad cerrada” que uniforma las diversidades que no le satisfacen, estimula las tendencias al “autismo”, repele toda porosidad ú ósmosis que se suponga capaz de infiltrarle diferencias y cambios, por lo que necesita para ello de la acentuación de un “poder cerrado” que le evite las penetraciones indeseadas o indeseables en el proceso decisorio<sup>25</sup>

Creemos por ello que desde ése desolador contexto, debe comenzar a conceptualizarse en términos jurídicos, y no meramente éticos o morales, la situación de marginalidad o exclusión de los beneficios que el propio derecho fundamental ofrece a los ciudadanos, respecto de ciertos grupos sociales.-

Aquí podemos señalar entonces, sin temor a error, que la situación de marginación en términos de incumplimiento de programas de gobierno constitucionalmente adoptados, resulta ser aquí directa: es que en estos casos, el Estado incumple llanamente con la satisfacción de ésos derechos, o en términos de Christian Courtis, con las metas establecidas por la Constitución<sup>26</sup>

Así las cosas, los grupos sociales que padecen de tal grave marginación, tienen al menos una opción de instar el cumplimiento de la legalidad constitucional, a fin de que el orden legal que los excluye, adquiera potencialidad para asegurarles la protección jurídica debida.-

Y ello debe intentarse con la mayor convicción, pues caso contrario, las voces que se alzan evidenciando tal déficit, se presentarán como más que agoreras respecto de la potencialidad del sistema para dejar de excluir a ciertos sectores sociales en el contexto de su crecimiento económico. Bien se ha sostenido desde éste punto de vista, que “en la medida en que el derecho se encuentra causal y moralmente implicado en el sufrimiento de determinados sectores sociales, ciertas formas de resistencia al derecho deberían ser vistas, en principio como moralmente permisibles”<sup>27</sup>

Y no es éste el caso en que se controvierte al accionar de las Agencias Estatales, recriminándoles no haber alcanzado logros de imposible consecución.-

Estamos hablando entonces aquí, no de un supuesto en que el Estado omitió realizar los esfuerzos que le son requeridos constitucionalmente para la consecución de una política, o de que hubiese elegido medios inadecuados para realizar fines ya definidos constitucionalmente.-

Hablamos nosotros, a ésta altura de la exposición, de un Estado que desconoció el programa económico y social impuesto por la Constitución, implementando en cambio en forma ilegal, y aún inconstitucional, un diseño neo-conservador que lo desconoce y lo aniquila.-

Frente a ello, recurrimos nuevamente a las enseñanzas de Bidart Campos, al sostener que “Cuando afirmamos que la Constitución obliga a adecuar la realidad del orden socioeconómico a los cánones que ella establece, queremos significar que traza un marco o perímetro con pautas flexibles, abiertas, elásticas y globales para dejar espacio suficiente a diferentes variables aplicativas, según las circunstancias” “No se trata de un modelo rígido que solo admita una única modalidad de realización, porque – todo lo contrario – el modelo constitucional es adaptable a políticas múltiples. Agregó empero, el Maestro Argentino, que “Eso sí, lo que en ese espacio holgado de adaptabilidad no tiene cabida es una política violatoria del marco genérico”<sup>28</sup>

---

reconocidos por esta constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los ancianos (El artículo se refiere también a las mujeres, los niños y las personas con discapacidad)

<sup>24</sup> Amiune, Miguel “El desafío globalizador y el futuro de la democracia”, en AAVV, “Perspectivas de la democracia y sus problemas”, PRONDEC, Buenos Aires, 1997, Pág.5

<sup>25</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán “El Orden Socioeconómico en la Constitución” Edit. EDIAR, 1999, Pág.174.-

<sup>26</sup> Courtis, Christian “Marginación y Derechos Sociales” en AAVV “El Derecho a Resistir el Derecho”, Edit. Miño y Dávila, Buenos Aires, Pág.96.-

<sup>27</sup> Gargarella, Roberto Op. Cit. Pag.37.-

<sup>28</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán “El Orden Socioeconómico, la constitución y los Derechos Humanos” en “AAVV” La Constitución Real” citada, Pág.27

Es que no se puede hacer cualquier cosa – mucho menos cercenar derechos – en nombre de la eficiencia económica<sup>29</sup>

No desconocemos en éste punto, las argumentaciones desplegadas por una muy prestigiosa doctrina que cuestiona el modo en que los jueces han reaccionado en general frente a la articulación de posturas de “disenso” o la mismísima “protesta social”<sup>30</sup>. Aún así, y sin perjuicio de aceptar la argumentación inicial de ésta doctrina, no concordamos plenamente con sus derivaciones, ya que creemos que quienes adoptan decisiones judiciales no siempre se encuentran exentos de seriedad en su traza argumental, ni todos los jueces se apoyan en débiles argumentos para interpretar la vigencia de los derechos ciudadanos. Todavía pensamos que muchas de las razones que los jueces brindan al sentenciar son constitucionalmente atractivas<sup>31</sup>.

Diremos ahora, retomando la senda de la labor judicial en éste sentido, que el camino seguido por la Alta Corte de Justicia de la Nación, si bien ha sido aquí en principio cuanto menos ambiguo, o aún abiertamente consecuente con las antes referidas mandas inconstitucionales, los tiempos recientes permiten avizorar una interesante postura institucional, que cabe – nobleza obliga - resaltar y aplaudir, aún cuando la salutación propuesta sea inicialmente “tibia”, y pueda aún ser retirada en “cualquier momento”

Ello así, toda vez que como bien se lo ha señalado por parte de la más autorizada doctrina, las privaciones e injusticias socio-económicas sistemáticas socavan la legitimidad del orden social y de la ley misma<sup>32</sup>. Y el Poder Judicial, no se ha mostrado desde sus posturas históricas, al menos hasta el presente momento, como el más enfático “guardián de las garantías y derechos de la clase pasiva”

Por ello, nosotros creemos que la Alta Corte de Justicia, puede actuar en estos casos<sup>33</sup>, como un alto convalidador institucional de tal quiebre, que a la fecha es evidente y notorio.

Pero de igual modo, puede tornarse – por el contrario, y ello es lo que realmente deseamos - en un arma fundamental para la deseada recuperación de las instituciones de la democracia.-

Veamos, pues, cual ha sido la senda, cuyo tránsito por parte del Poder Moderador será objeto de nuestro siguiente análisis:

#### **IV** **EL ROL ARTICULADOR Y DESARTICULADOR** **DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** **(Te amo, te odio...dame más)**

No desconocemos, que en el pasado la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado desde sus silencios, o aún a partir de sus específicos pronunciamientos en causas sometidas a su arbitrio, la inadmisibles generación de políticas en materia de seguridad social, que tuvieron por base la denominada “Ley de Solidaridad Previsional”<sup>34</sup>, norma ésta que diseñaba una política social asistencial para el sector de la denominada “tercera edad”, abiertamente incompatible con el programa de la Constitución Nacional<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Expone aquí Roberto Gargarella en su “Carta Abierta sobre la Intolerancia” (Edit. “Club de Cultura Socialista José Aricó”, Buenos Aires, 2006, pag.19), luego de reconocer que la eficiencia económica es importantísima, aún para mejorar la protección y satisfacción de los derechos, que “ni siquiera en nombre de la eficiencia económica pueden removerse algunos derechos básicos”. Coincidimos plenamente con nuestro colega, en éste punto.-

<sup>30</sup> Así, señala Roberto Gargarella (Op. Cit. En nota anterior, pag.13), que “Como línea argumental, uno encuentra una gran debilidad en las argumentaciones judiciales dominantes, lo cual resulta muy preocupante (...) por la notoria pobreza que se observa en ése terreno, por la cantidad de reflexiones y discusiones que se echan en falta”. Enfatiza Gargarella entonces, que los jueces tienen una responsabilidad muy especial, que debería llevarlos a hacer un esfuerzo para respaldar sus decisiones en argumentos claros y persuasivos para cualquier ciudadano.-

<sup>31</sup> En éste sentido, creemos realmente que no resulta aventurado sostener judicialmente que los derechos pueden ser reglamentados por las leyes del Congreso, encontrando éstas últimas sus límites – y no los derechos – en la razonabilidad de la reglamentación, que no es otra cosa que la operativización del mandato constitucional de no inhibir al derecho reglamentado, para que todos puedan gozar razonablemente de él. Las argumentaciones que aparentemente expone en sentido contrario Gargarella “Carta Abierta...” citada) parecieran ser cuanto menos cuestionables

<sup>32</sup> Gargarella, Roberto “El Derecho de Resistencia en Situaciones de carencia extrema”. En AAVV “El Derecho...” citado en nota anterior, Pág. 45.-

<sup>33</sup> Así lo ha hecho en el pasado reciente de nuestra institucionalidad, como luego se verá.-

<sup>34</sup> Ley N ° 24.463 (ADLA LVC, 2913). Cuya denominación, y sin perjuicio de sus palpables efectos, ya implicaba un macabro eufemismo que pareció burlarse en forma anticipada de la suerte de sus destinatarios.-

<sup>35</sup> Tal el supuesto del precedente “Chocobar” con el que la Corte Suprema justificó una modalidad de movilidad de haberes provisionales abiertamente incompatible con la regla de progresividad en materia de derechos humanos, constitucionalmente jerarquizada por el Art. 75 inc. 22 CN.-

Es este, empero, un intento de rescatar un camino decisional reciente, desplegado por la CSJN, desarticulando – ello en cumplimiento de sus roles de control de constitucionalidad - ciertas disposiciones relativas al trámite procesal en materia de seguridad social, que retardaban ostensiblemente el libre, oportuno y adecuado acceso de los justiciables al goce de sus derechos provisionales, y que esencialmente se instituían en un valladar con consecuencias altamente negativas, y muchas veces irreparables para los beneficiarios del “sistema”<sup>36</sup>.-

Así, se ha señalado por parte de la doctrina, que “Decenas de miles de expedientes que debieron progresar en los reclamos que en ellos se ventilaban, terminaron siendo procesados fuera de toda lógica y razón”<sup>37</sup>

No hay duda alguna de que en el contexto del Estado de Derecho, cuando el servicio de justicia, particularmente en materia provisional - en que la totalidad de créditos bajo reclamo poseen carácter alimentario - se torna lento e ineficiente, tal rémora conspira de seguro contra la validación de su existencia.-

Aclarado lo que antecede, es bueno recordar que pese a los tibios recuperos antes narrados, en realidad el contexto habilitado a partir de la sanción de la Ley 24.453 fue hasta hace poco tiempo afirmado, y con ello, también la ideología totalitaria que implicaba su vigencia.-

Es que tal complejo normativo supuso la implementación de valladares procesales que alejaron en forma contundente a la ciudadanía de sus acreencias previsionales, sobre la base argumental de que el cumplimiento inmediato y eficiente, con seguimiento a los márgenes constitucionales que definían claramente la operatividad de las legítimas pretensiones de la clase pasiva, podía desequilibrar las cuentas fiscales públicas.-

Por ésta razón, la ley en cuestión habilitó a la Corte Suprema como tercera instancia ordinaria, con el – débil, creemos nosotros - fundamento consistente en que de ésta forma, se permitiría a la ANSeS una mejor defensa de los intereses estatales.-

La realidad señaló finalmente que el efecto generado por el cumplimiento de la norma en cuestión fue palmariamente contrario, ya que a partir de tal habilitación procesal, los legítimos derechos de una inmensa cantidad de jubilados del sistema, fueron postergados, con el riesgo que tal modo de postergaciones conlleva en la etapa final de la vida de una persona.-

El año 2005, ofreció empero el inicio de una etapa de cambio paradigmático, favorable a la real implementación de los derechos constitucionales de la clase pasiva. Ese tránsito obtuvo un comienzo enfático – aunque desde un modo de énfasis más declamado que real -, con el dictado por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del precedente “Itzcovich c/ANSeS”<sup>38</sup>.-

En éstos obrados, la ANSeS arriba a la Corte Suprema de Justicia por vía del ya mencionado recurso ordinario de apelación, recurriendo la Sentencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social, que había confirmado el fallo de 1<sup>a</sup> instancia, acogiéndose en ambas instancias el reclamo de reajuste de haberes previsionales pretendido por la actora.-

Al contestar agravios, la Sra. Itzcovich peticiona – como argumento central de su presentación - que se rechace “in límine” el recurso intentado, y se declare la inconstitucionalidad del Art. 19 de la Ley 24.463.-

El voto mayoritario del fallo, comienza el anunciado “viraje institucional” declarando que si bien la norma no era ostensiblemente incorrecta en origen, actualmente deviene indefendible toda vez que no se adecua a los fines que fueron tenidos en cuenta por el legislador al momento de su sanción<sup>39</sup>, agregando que en su aplicación práctica, ella compromete – a ésta altura – el rol institucional de la Corte Suprema, con generación de graves perjuicios a los justiciables.-

---

<sup>36</sup> Nos referimos aquí a los precedentes “Barry” (CSJN Fallos 319:2151) y “Otto Hussar” (CSJN, Fallos 319:2215) en que la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad del Art. 24 de la Ley de Solidaridad Previsional, en cuanto indicaba su aplicación inmediata a causas en trámite, toda vez que ello retardaba en forma inadmisiblemente el efectivo acceso a los derechos provisionales, por consideraciones de corte procesal, y con consecuencias muchas veces “irreparables” para el sector pasivo.-

<sup>37</sup> Cornaglia, Ricardo “La Ley de Solidaridad provisional y el Control de Constitucionalidad practicado por la Corte” “LL”, 7 de abril del 2005, Pág.5.-

<sup>38</sup> CSJN, 29/3/2005 “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS, “LL” del jueves 7/4/2005, con nota de Ricardo Cornaglia. Cabe recordar aquí que infortunadamente, y más allá de la importancia institucional de éste precedente, la peticionante falleció 10 meses antes de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación atiende su reclamo. Lo que en éste contexto, no configura una cuestión menor.-

<sup>39</sup> En realidad, nosotros creemos no solo que la norma fue ostensiblemente incorrecta en origen (inconstitucional, en realidad), sino que éstos diez años de vigencia de la norma, lamentablemente sostenida hasta ahora por nuestra jurisprudencia, han señalado la absoluta compatibilidad de los fines queridos por el legislador con el triste resultado de su vigencia

La Corte pone también de resalto en éste punto que éste tipo de reclamos, se encuentran vinculados a una etapa de la vida de la persona en la que la tutela estatal resulta imprescindible<sup>40</sup>.-

La idea del Superior Tribunal de la Nación pasa entonces en el voto mayoritario de éste precedente, por simplificar los trámites previsionales, eliminando ritualismos inútiles, y poniéndole necesarios límites temporales a la decisión final cuando se trata de contiendas de índole previsional. -

Es en éste contexto que desde el voto particular emitido por los Jueces Zaffaroni y Maqueda, se detecta que la norma impugnada violenta el Art. 16 CN y la regla de igualdad ante la ley que ella impone, colocando a los jubilados en notoria situación de desigualdad frente a otros justiciables, agregando éstos Magistrados que la vía recursiva adicional impuesta por la ley a los justiciables, en su mayoría ancianos de avanzada edad, obstaculiza la labor institucional de la Corte al expandir de éste modo su ámbito de competencia, postergando con ello derechos de carácter alimentario de aquellos litigantes.-

Concluyen sosteniendo estos dos Ministros del Tribunal, que en realidad la competencia legislativa asumida por el Congreso en ocasión del dictado de la ley cuestionada, si bien fue regular, no fue racional, al imposibilitar por sus efectos, el acceso a la justicia de éstos sectores de la sociedad.-

Contrariamente a lo dicho por la mayoría de sus colegas, el Ministro Belluscio en su voto disidente, admitió que la norma impugnada “rozaba los límites del absurdo”, pero sostuvo luego, diluyendo sensiblemente el efecto institucional de su anterior admonición, que era ésta una cuestión que debía ser reparada en el Congreso de la nación, ya que según lo sostuvo, los jueces no pueden invadir la esfera de acción del Poder Legislativo

A su tiempo, el Ministro Boggiano ofreció argumentos – cuanto menos controvertibles – para rechazar, también en minoría, el análisis efectuado por la jubilada.

Creemos nosotros que al desechar el planteo, ha efectuado- por la forma en que se propició el rechazo - un claro abuso de la aplicación de la cláusula del Art. 280 CPCN, que solo se presenta viable, aunque sea igualmente discutible su aplicación en éstos supuestos, para casos de planteo de Recurso Extraordinario Federal<sup>41</sup>. Máxime cuando Boggiano ha propiciado en éste caso la aplicación del Art. 280 del CPCN, invocando para ello la existencia de poderes implícitos del Poder Judicial.-

En cambio, aplaudimos el sentido del voto del Magistrado Lorenzetti, quien al fallar el caso en el sentido propiciado por la mayoría del Tribunal, expresó con toda claridad que la implementación de ésta modalidad de “tercera instancia” para contiendas en que litigan ciudadanos jubilados, es inconstitucional por la calidad de “grupo vulnerable” que ellos conforman<sup>42</sup>.-

Finalmente, y ostentando una posición cuanto menos “realista” sostuvo al fallar el caso según su voto la Jueza Carmen Argibay que el artículo 19 de la Ley 24.463, genera una expansión que puede considerarse cuantitativa y cualitativa de las cuestiones que debe resolver la Corte, dado que en vez de evitar un dispendio jurisdiccional, lo provoca en claro desmedro del derecho que todo ciudadano tiene a obtener una decisión judicial en tiempo razonable

Resaltó allí la Magistrado que el sistema impugnado propició la generación de una notable inadecuación de medios a fines, en particular en cuanto retarda en forma inadmisible el pago de lo debido a los jubilados del sistema.-<sup>43</sup>

Diremos aquí que – aun con sus errores – el buen fallo que comentamos pone de resalto una verdad evidente, consistente en el manifiesto divorcio existente entre el programa constitucional y el sistema previsional creado por la ley 24.453, que al generar un discurso desregulatorio y una legislación recesiva, acentuó los ya marcados bolsones de inseguridad jurídica, que al intentar ser salvada litigando, por parte de sus desprotegidos actores principales, promovió un gran aumento en la litigiosidad, que se tornó en irracional, como consecuencia del marcado autoritarismo estatal, alentado por la originaria indecisión, y luego fuerte acompañamiento del Poder Judicial a la generación de éstas políticas.-

Pero hubo también otros precedentes de la Alta Corte que apuntalaron el camino iniciado con “Itzcovich”.

<sup>40</sup> Resaltando que se dan aquí razones de celeridad que deben ser actuadas a favor del jubilado, máxime cuando existen aquí tribunales especializados, y existió debate en “doble instancia”.-

<sup>41</sup> Recordamos que en el caso, no se trató del planteo de un Recurso Extraordinario Federal, sino justamente una apelación ordinaria, permitida justamente por la norma que impugnaba la anciana apelante. Bien ha señalado en el punto, de todos modos la más prestigiosa doctrina, que un Tribunal que soslaye su obligación de fundar sus sentencias, patentiza el modelo de una organización burocrática” (Cfr. Ricardo Cornaglia, Op. cit. En notas anteriores)

<sup>42</sup> Lo que por otra parte, surge en forma expresa del Art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional

<sup>43</sup> Frente a votos como el de Carmen Argibay, puede inferirse claramente que éste fallo – sin perjuicio de su justicia intrínseca respecto del caso – tuvo claras motivaciones corporativas e institucionales, siendo evidente también que nuestra Alta Corte esperó la friolera de 10 años para resolver ésta clara cuestión, permitiendo con ello la acumulación de alrededor de 11.000 causas en el máximo tribunal. Más vale tarde que nunca...podríamos decir a modo de consuelo. Pero ello no termina de paliar tan tremenda injusticia hacia nuestra clase pasiva.-

En “Sanchez”<sup>44</sup> la Corte Suprema descartó las pautas de “Chocobar” para la actualización de haberes, con posterioridad al 31/3/91, alegando allí que las remuneraciones de los activos no fueron alcanzadas por la Ley de Convertibilidad, y por ello no es justificable retacear el traslado de esos ajustes a los haberes de los jubilados conforme Ley 18.037<sup>45</sup>

Si sumamos a lo expuesto, la contundencia conglobada de los precedentes “Baudou” dictado por la Alta Corte en primer término, y luego complementado con “Sánchez”, podemos derivar sin necesidad de incurrir en demasías interpretativas, que a partir de ellos, debe rechazarse cualquier postura interpretativa que implique por sus efectos, generar un congelamiento de los haberes provisionales fundado en la vigencia de la ley 23.929, determinándose en consecuencia la procedencia de la actualización, cuanto del recálculo de los haberes iniciales jubilatorios.-

Aún así, el Congreso de la Nación todavía adeudaba una Ley que establezca la movilidad de las prestaciones jubilatorias, ello salvedad hecha de aquellos casos dispuestos por el propio PEN. Respecto del grupo de beneficiarios más afectados, que eran aquellos que percibían montos mínimos de haberes provisionales

Cabe recordar en éste punto del análisis que la Corte Suprema, y también en consonancia con sus propios precedentes<sup>46</sup>, reafirmó que es el Congreso de la Nación quien cuenta con facultades legales y constitucionales para establecer los incrementos en las prestaciones, mediante el dictado de la Ley de Presupuesto Anual, aunque dejó a salvo también la posibilidad de declarar la inconstitucional del sistema propiciado por el Poder legislativo si es que puede demostrarse en juicio el perjuicio concreto ocasionado a un interesado concretamente individualizado

Así es que llegamos al dictado el caso “Badaro c/ ANSeS s/ Reajustes”<sup>47</sup>. Este caso es muy importante, ya que aquí sí se constata “en concreto” el agravio del impugnante – posterior a la crisis del 2001 -, pero además se pone expresamente de resalto la omisión en legislar al respecto, por parte del Congreso de la Nación, detectada por la Corte Suprema en once leyes de presupuesto, sin que allí se hubiesen señalado o aún justificado la existencia de graves razones que avalen tamaño accionar omisivo.-

Resaltó para bien fundar su decisorio la Corte Suprema, que los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Poder Ejecutivo de la Nación en éste punto, se refirieron a grupos de sector pasivo muy desfavorecidos, que percibían jubilaciones mínimas, pero no a casos como el del actor de éstos obrados

Es que según se desprende de ésta sentencia, la falta de corrección en las acreencias provisionales implica violación a lo dispuesto por el Art. 14 “bis” de la Constitución Nacional, pues no se trata en éstos casos de un mero “ajuste por inflación” sino que se pretende mantener una proporción razonable con los haberes que perciben los ciudadanos activos del sistema, con lo que se detecta la configuración de una modalidad de irrazonabilidad por el transcurso del tiempo<sup>48</sup> que los Poderes Públicos deben corregir en la esfera de sus propias competencias, haciendo prevalecer el espíritu protector que anima al precepto constitucional referido, dentro del marco que exigen las diversas formas de justicia<sup>49</sup>

Aún luego de lo expuesto, se encargó también el Tribunal de aclarar que no puede sin más, fijar “per se” las pautas de movilidad que deben ser estatuidas en éstos casos, aduciendo el hecho concreto y la trascendencia que implicaría dictar una resolución que fije expresamente la movilidad para los haberes del apelante, sin más, aclarando que ello “requiere de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer”<sup>50</sup>.-

De todos modos, no deja de resaltar la Corte que la fijación de la movilidad de los haberes provisionales no es solo una facultad sino también un deber del legislador, de raíz

<sup>44</sup> CSJN “Sánchez, M. c/ANSeS s/ Reajustes Varios”, Sent. 2578.XXXVIII. del 27/5/2005 y 28/7/2005 (Ver el Dial-AA2CIA)

<sup>45</sup> Cabe recordar aquí que al momento del dictado de “Sánchez”, ya Chocobar, había sido morigerado en sus efectos por otro precedente de ése Tribunal (Cfr. CSJN Autos “Baudou c/ Caja” del 31/3/1999). Señaló certeramente la Corte Suprema en “Sánchez”, que “La Constitución Nacional exige que las jubilaciones y pensiones sean móviles” (Considerando 4°).-

<sup>46</sup> Cfr. CSJN Fallos 322:2226 Autos “Heit Rupp” Considerando 5 °.-

<sup>47</sup> CSJN Autos “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes Varios”, dictado el 8/8/2006. Recordamos que ya en “Heit Rupp c/ ANSeS” (CSJN Fallos 322:3226) la Alta Corte había reafirmado las potestades del Congreso para establecer el incremento de las prestaciones mediante ley del Congreso, pero dejando a salvo la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del sistema si se demuestra un “perjuicio en concreto”.-

<sup>48</sup> Así, hemos sostenido nosotros antes de hoy, que a partir del análisis del “test de razonabilidad” que propone el juego armónico de los Art. 14 y 28 del texto fundamental (razonabilidad normativa, técnica o aun axiológica), estos supuestos pueden ser unificados en el criterio que indica que una norma pudo haber sido razonable al momento de su dictado, pero dejar de serlo cuando cambian las condiciones socio económicas y políticas de su dictado (irrazonabilidad sobreviviente) (Cfr. Mi “Derecho Constitucional Argentino, T ° II, EDIAR, pag. 74/75, con cita a Néstor Sagüés).-

<sup>49</sup> Cfr. Considerando 15 del fallo. Con cita a precedentes del propio Tribunal: CSJN Fallos 301:319; 320:2212 y causa V.967.XXXVII “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA SA. s/ Despido”, del 14/9/2004.-

<sup>50</sup> Considerando 16 del fallo.-

constitucional, teniendo en cuenta la protección que en particular la Carta Fundamental brinda a los derechos económicos, sociales y culturales<sup>51</sup>

En tal contexto, es que desarrolla una solución “intermedia” a partir de la cual, y sin salir de su propio cauce institucional o interferir, supliendo roles que incumben a otros Poderes de Estado, aunque adelantando su rol ulterior de control, hacer saber a las autoridades que tienen asignadas las atribuciones para efectuar las correcciones necesarias, que la omisión de disponer un ajuste por movilidad en el beneficio del actor ha llevado a privarlo de un derecho conferido por la ley Fundamental.-

Consecuencia de ello es que difiere el dictado del pronunciamiento sobre el período cuestionado, por un plazo que resulte suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes, disponiendo en suma comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación, el contenido de la sentencia a fin de que en un plazo razonable, adopten las medidas aludidas en el fallo, que fue firmado por los siete Magistrados que a la fecha integran el Tribunal<sup>52</sup>.-

## **VI**

### **NUESTRA VISIÓN DE LO RESUELTO EN “VADARO”**

**“Lejos de casa, no tengo nadie que me acompañe a ver la mañana”**

Desde ya que entendemos el problema que se suscita a los magistrados judiciales, cuando la cuestión a resolver radica en atender a las potestades que pueden ser ejercidas cuando el conflicto constitucional se encuentra en la omisión legislativa – esto es – cuando la norma necesaria para resolver el conflicto planteado no se sanciona, y ni siquiera se cuenta con una deliberación parlamentaria que visualice el interés por ella.-

Entendemos, con Osvaldo Gozaíni<sup>53</sup>, que aquí “no se trata de integrar con la función jurisdiccional cualquier olvido, sino de actuar ante la deliberada (intencionada) omisión en cumplir con la obligación que desde la norma suprema se indica”.-

Ello así, toda vez que “La idea de plazo razonable para obrar está implícita en la consideración del asunto, porque no cualquier tardanza tolera la integración judicial, sino aquella que por la propia inactividad provoca el acto lesivo constitucional”

En tal contexto, nosotros asumimos que tratándose particularmente de derechos económicos, sociales y culturales, los jueces, en su rol de garantes constitucionales del sistema, tienen el deber de preservar el cumplimiento y realización de la norma fundamental, proveyendo cuando ello corresponde, lo conducente para superar la inactividad del legislador a partir del control de constitucionalidad.-

Aún con lo expuesto, reconocemos que debe ser cuidadosamente definido aquí también, cual será el límite de la intervención que la justicia constitucional amerita en éstas cuestiones<sup>54</sup>.-

En éste sentido, y teniendo presente que a la fecha el Congreso de la Nación no ha ofrecido la solución que le fue requerida por la Corte Suprema<sup>55</sup>, creemos nosotros que el Poder Judicial se encuentra habilitado a adoptar, ínterin ello ocurra, algún tipo de solución de carácter provisional y excepcional, que no implique desconocer las atribuciones y obligaciones del Poder Legislativo en la materia, y que por el contrario, resulta una expresión cierta de los

---

<sup>51</sup> En éste sentido, señala en considerando 17 del fallo, y con cita al precedente “Sánchez” del propio Tribunal, que los Art. 75 incisos 19 y 23 “Imponen al Congreso proveer lo conducente para el desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos”

<sup>52</sup> No desconocemos el marco de inseguridad institucional que a la fecha ofrece la circunstancia de que nuestra Alta Corte de Justicia no esté totalmente integrada, pues existe hoy una importante demora por parte del Poder Ejecutivo en definir si nominará a los dos candidatos faltantes o propiciará el dictado de una ley que disponga su reducción a siete miembros, con lo que no serían necesarias éstas nominaciones. Desde ya que éste estado de cosas permite inferir que en determinados pronunciamientos no se logre fácilmente la mayoría de cinco miembros que toda resolución del Tribunal hoy requiere para exhibir una mayoría que torne indiscutible el sentido del fallo. Por suerte en éste caso, todos los jueces hoy integrantes del Cuerpo Colegiado –Zaffaroni, Maqueda, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Lorenzetti y Argibay -, han votado en igual sentido. Ello más allá de las críticas que el mismo pueda suscitar.-

<sup>53</sup> Gozaíni, Osvaldo “Introducción al Derecho Procesal Constitucional” Edit. Rubinzall Culzoni, pag. 160.-

<sup>54</sup> Aunque éste interesante debate excede los confines de ésta presentación. Puede profundizarse el tema en la obra de Gozaíni “Introducción al Derecho Procesal Constitucional” citada, pag159 y ss, con sus citas. También en la obra de Germán Bidart Campos “Las Obligaciones en el Derecho Constitucional”, EDIAR, 1988.-

<sup>55</sup> Adviértase que el Congreso Nacional sólo ha ofrecido luego de acusar recibo de la comunicación de la Corte Suprema de Justicia, un paliativo consistente en un aumento general de haberes jubilatorios que involucra a todos los sectores, aunque sin expedirse respecto de la problemática de la “movilidad”.-

deberes que los Poderes Públicos tienen en relación al efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos.-

Así, ha sostenido en éste punto Germán Bidart Campos que “Los Jueces no quedan eximidos de tomar muy en cuenta la orientación de la cláusula programática, cuando dictan sentencias en las que tal cláusula es apta para resolver la causa” y que “(...) una cláusula programática carente de ley reglamentaria, no pierde aptitud de funcionamiento por falta de reglamentación legal, en cuanto reviste idoneidad para la interpretación judicial en los casos sometidos a proceso”<sup>56</sup>

Desde éste lugar institucional, y avanzando respecto de lo resuelto por la Alta Corte en Autos “Badaro”, la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social dispuso una modalidad de solución provisoria en tanto el Congreso de la Nación no legisle sobre el punto, determinando la movilidad de prestaciones provisionales reajustando semestralmente haberes jubilatorios desde enero del 2002 según determinados índices, lo que nos parece muy bien<sup>57</sup>.-

## **VII** **BREVES CONCLUSIONES** **“Cada vez que pienso en vos, fue amor...”**

No hay duda de que la jurisprudencia reciente, antes narrada, ofrece una agradable sensación de “aire fresco” que merece ser destacada.

Véase que el propio caso “Itzcovich”, se fundó no solo en principios constitucionales sino también en disposiciones de la CADH y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>58</sup>, y de él derivó la derogación, por parte del Congreso de la Nación, de la norma allí declarada inconstitucional<sup>59</sup>

Aún así, estimamos que la problemática de fondo aún no ha sido definitivamente abordada por la autoridad con competencia constitucional para ello.-

El Estado sigue - en cierta forma – proponiendo ciertas pautas presuntamente eficientistas para resolver el problema de las legítimas acreencias adeudadas a nuestra clase pasiva, y en el camino, los jubilados del sistema continúan pagando muy altos costos, pese a las “acciones de salvataje constitucional” que efectúa el Poder Judicial.-

Es que aún partiendo de la indudable premisa de que el factor económico incide fuertemente en el régimen sociopolítico, no puede dejarse de lado que si alguna forma digna de ética social no humaniza a la economía, los derechos fundamentales corren el riesgo de quedar atrofiados en sus exigencias primarias<sup>60</sup>

Ello así, pues los Estados democráticos, tienen una obligación mínima: la de asegurar la satisfacción de por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos sociales<sup>61</sup>, y ello en el contexto de la noción de progresividad que impone el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos sociales supone una cierta gradualidad<sup>62</sup>, aunque ello no puede en modo alguno tergiversarse, privando a ésta obligación de todo contenido significativo.-

No hay duda de que el mecanismo derivado de la aplicación conglobada de éstos principios supone la existencia de recursos limitados, y la consabida dificultad para las gestiones de gobierno, para asegurar la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales.-

<sup>56</sup> Cfr. Germán Bidart Campos “Las Obligaciones...” citada, pag. 39.-

<sup>57</sup> Así, siguiendo ésa línea jurisprudencial, ha dispuesto la CFASS en Autos “González, Elisa Lucinda c/ ANSeS s/ Ajustes varios” del 16/6/2005 reajustes semestrales de haberes en cuanto el incremento de salarios según el índice allí individualizado (índice de salarios-nivel general-confecionado por el INDEC tomando como base 100 el cuarto trimestre del año 2001), exceda el 15% a partir de lo que se considera confiscatorio, incrementándose en la misma proporción en que lo haga el referido índice, y todo ello de que los haberes reajustados no deberán exceder las limitaciones consignadas en Autos “Villanustre, Raúl Félix” (CSJN V.30.XXII).-

<sup>58</sup> Caso “Las Palmeras” fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 12/06/2001.

<sup>59</sup> Cfr. Ley 26.025.-

<sup>60</sup> Y ése nuevo “núcleo duro” ha sido expresamente instalado – aunque con cierto desorden sistemático, reconocemos, y consiste en la imposición de los siguientes principios: el de “economía de mercado”, el de “regulación estatal”, el de “desarrollo humano”, el de un “adecuado nivel de vida” y el de “orientación de la actividad financiera” (Cfr. Nuestro “Derecho Constitucional Argentino” Edit. EDIAR, 2000, T° II, pag. 360, con cita a Andrés Gil Domínguez).-

<sup>61</sup> Cfr. Abramovich, Victor y Courtis, Cristian “El Umbral de la ciudadanía/ El significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional” Edit. Del Puerto, pág.55. Agregan los autores citados que “Se trata del punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia su plena efectividad. En algunos casos, esto implicará adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen los mínimos exigibles”

<sup>62</sup> Esto implica, en términos de Courtis y Abramovich (Op. cit. Pag. 58), que la plena realización de los derechos sociales no podrá lograrse completamente en un período corto de tiempo.-

Empero, y como bien lo sostuvo en vida Germán Bidart Campos, el derecho internacional de los derechos humanos impone moverse tan rápida y efectivamente como sea posible para arribar a su real consecución<sup>63</sup>, debiendo partirse de la base de que los derechos sociales son también derechos humanos, y como tales, gozan de una prioridad imperativa y exigible, que implica el deber de asignarles el máximo posible de recursos, no determinado por un tope arbitrariamente impuesto, sino con el que una escala axiológica señala como necesaria y debida, dentro de lo disponible y posible.-

Por ello sostuvimos oportunamente y ahora volvemos a enfatizar, que la hoja de ruta ha sido trazada por el constituyente de 1994, pero el camino solamente lo andaremos los ciudadanos, en la medida en que decidamos, como sociedad, que es bueno cumplir con nuestros propósitos constituyentes, lo que no implica otra cosa que equiparar sus oportunidades, garantizando cuanto menos, condiciones de vida dignas para ellos, lo que concita relevancia al momento de evaluar la redistribución de los ingresos públicos, de acceso a los servicios que el Estado provee, o el establecimiento de impuestos o tasas, ya que éstos se constituyen en medios para impedir que los destinatarios de la redistribución sean quienes no lo necesiten.-

Y nuestros jubilados “tienen derecho” a que se cumpla lo imperativamente dispuesto por la Constitución Nacional, que dispone además, la generación de “políticas preferenciales” en su favor<sup>64</sup>, entre las que se encuentran aquellas presunciones, reglas de protección o interpretación a favor de la parte considerada “débil” o en situación de desventaja<sup>65</sup>

Caso contrario, si no se impone con vigor institucional, lo que Germán Bidart Campos denominó “El derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa”<sup>66</sup> ésta ambiciosa reforma constitucional de 1994, que algunos catalogaron como “evanescente”, y otros calificaron como “obesa”, demostrará al fin que su fuerza solo estuvo constituida sólo por las buenas intenciones de una mayoría circunstancial que debió haber germinado un poco más su voluntad de cambio.-

Eduardo Pablo Jiménez

---

<sup>63</sup> Así, señalaba el maestro (“El Orden Socioeconómico en la Constitución”, EDIAR, pag.343), que “Es verdad que no se puede marcar rígidamente con una cifra inamovible el máximo de recursos disponibles. Lo que sí se puede y se debe es presuponer que el máximo “disponible” es el máximo que razonablemente surge de una evaluación objetiva, con la que al distribuir los ingresos y los gastos de la hacienda pública se prioriza lo más valioso y se escalona, a partir de allí, lo menos valioso”

<sup>64</sup> A modo de acciones positivas, tal lo dispone el Art. 75 inciso 23 CN.-

<sup>65</sup> Señalan en el punto Courtis y Abramovich (Op. cit., pag.76), que “la reglamentación de los derechos sociales se caracteriza por cláusulas favor débiles, es decir, cláusulas que se inclinan en principio a favor de la parte que se considera menos favorecida en una relación”

<sup>66</sup> Del autor citado “El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa” Ediar, 1995. Recomendamos la integra lectura de ésta obra capital del maestro.-