

**INTERPONE ACCION DE AMPARO – PLANTEA INCONSTITUCIONALIDAD -
SOLICITA MEDIDA CAUTELAR – RECUSA CON Y SIN CAUSA**

Señor Juez:

Facundo Fernández Pastor, abogado, Tº 86, Fº 106 del CPACF, CUIT Nº 20-26550127-4, en mi carácter de apoderado del Dr. Miguel Ángel Fernández Pastor, Abogado, Tº 54 Fº 474 del C.P.A.C.F., CUIT 20-07867917-5, titular del beneficio de PBU-PC-PAP Nº 15-0-9370172-0, con domicilio real en Avenida Santa Fe 2664, Piso 4º, Departamento “A”, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y constituyendo domicilio legal en la calle Santiago del Estero 112 piso 3º Of. “7”, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y denunciando IEJ (Identificación Electrónica Judicial) Nº 20265501274, a V.S. me presento y respetuosamente digo:

I.- PERSONERÍA:

Que, como surge del poder, que se acompaña en original e identifica como Anexo 1, el Dr. Miguel Ángel Fernández Pastor me ha otorgado mandato suficiente para que obre en su nombre y representación, el cual declaro bajo juramento, se encuentra vigente en todos sus términos.

II.- OBJETO.

Que en ejercicio del derecho que le confiere a mi mandante la Constitución Nacional (art. 43) y concordantes de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina), y conforme a la personería invocada, vengo en legal tiempo y forma a interponer **ACCIÓN DE AMPARO**, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27426 y del Decreto 1058/17, cuya vigencia

viola palmariamente los artículos 14 bis; 16, 17, 28, 31 y 75 de la Constitución Nacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (ley 26.061), de la CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, los derechos consagrados en el art. 17 de la CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES (ley 27.360) como así también por los derechos consagrados en la DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y leyes concordantes, complementarias y correctoras.

Esta acción se dirige contra la Administración Nacional de la Seguridad Social ANSES, con domicilio en la Av. Paseo Colón 329, CABA, toda vez que es el órgano de aplicación al ley 27.426 que aquí se denuncia a efectos de llevar adelante la vulneración de los derechos afectados.

Asimismo, y como medida cautelar se solicita la suspensión de las normas impugnadas, en tanto su aplicación generan a mi mandante graves e irreparables daños, encontrándose reunidos los extremos que habilitan su procedencia.

Esto así, de conformidad con los fundamentos que a continuación se exponen.

III.- COMPETENCIA

SS resulta competente para entender en los presentes, en razón de tratarse de vulneraciones a los derechos de la seguridad social, materia que la Ley 24.655 atribuyó de manera exclusiva en los Juzgados Federales de Primera Instancia de la Seguridad Social (Art. 1º Ley 24.655).

Así lo explica el Dr. Walter F. Carnota, refiriéndose a la mentada normativa: ***“...Art. 1.- Créase la Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social, que en la Capital Federal estará integrada por diez juzgados federales de Primera Instancia de la Seguridad Social, con la dotación de personal que se indica en el anexo I que forma parte integrante de la presente.*** [...] *La fractura de esta norma es, en términos generales, bastante encomiable, ya que desplaza dos ejes negativos que contenía la Ley de Solidaridad Previsional y los sustituye por otros dos mucho más aceptables para el desarrollo jurisdiccional del Derecho de la Seguridad Social [...] Recuérdese, en primer lugar, el excesivo énfasis en la subjetividad del órgano demandado (eje subjetivo) que ponía la ley 24.463. En efecto, la federalización de la temática previsional (arts. 10, 15 y 18), la limitación de recursos (art. 16), la apelación ordinaria ante la Corte (art. 19), el acatamiento vertical y horizontal de las decisiones en ese terreno (arts. 19 y 20), los constreñimientos en el cumplimiento de sentencias (arts. 22, 23 y 25), la famosa “conversión” procedimental (art. 24) son en gran medida explicables a partir de la premisa de que el Estado es quien es parte demandada en esta clase de litigios. Sin que se haya abandonado ese andamiaje por completo dado que la inmensa mayoría de esas normas aún se encuentran subsistentes y, por ende, vigentes dentro del ordenamiento procedimental previsional, se alcanza a vislumbrar en la disposición en estudio una mayor preocupación por la materia de la seguridad social (eje objetivo). Ese giro, de concretarse con fidelidad por los operadores judiciales, hará mucho por consolidar la seguridad social como área específica, con ribetes que la singularizan, dentro del mapa jurídico...”*¹.

Sobre la competencia en razón de la materia, el Profesor Enrique Lino Palacio, ha sostenido con notable claridad que: *“...La extensión de territorio, la diversa índole e importancia de las cuestiones que se ventilan en los procesos, y*

¹ CARNOTA, Walter F.; *PROCEDIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL*; Editorial Depalma; Buenos Aires, 1998; Págs. 67 a70.

la posibilidad de que los asuntos sean examinados en sucesivas instancias, imponen la necesidad de distribuir el ejercicio de la función judicial de manera tal que cada órgano, o grupo de órgano, cumpla aquella función de forma compatible con la existencia de las referidas circunstancias. Tal necesidad de repartir la labor judicial determina la aplicación del concepto competencia, a la que cabe definir como la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones respecto de una determinada categoría de asuntos o durante determinada etapa del proceso. De allí que se exprese, corrientemente, que la competencia es la “medida” de la jurisdicción. [...] La competencia puede calificarse sobre la base de tres criterios fundamentales: el territorial, el objetivo y el funcional. [...] El criterio territorial se vincula con la circunscripción territorial asignada por la ley a la actividad de cada órgano judicial. [...] El criterio objetivo atiende a la naturaleza y al monto de las causas, y a él corresponden, respectivamente, la competencia en razón de la materia y del valor. [...] El criterio funcional, finalmente, toma en cuenta la diversa índole de las funciones que deben cumplir los jueces que intervienen en las distintas instancias de un mismo proceso [...] **La competencia ordinaria de los tribunales de la Capital Federal se halla fundamentalmente dividida en cinco materias: civil, comercial, laboral seguridad social y penal. El conocimiento de los asuntos vinculados a las tres primeras corresponde, respectivamente, a los juzgados de primera instancia y cámaras de apelaciones en lo civil, en lo comercial y del trabajo, en tanto que el de los asuntos relacionados con la seguridad social compete exclusivamente a la cámara respectiva...**² (El resaltado me pertenece).

También se ha referido a la temática el Dr. Bernabé L. Chirinos, quien sostuvo: “...Competencia en razón de la materia [...] Fallo “Instituto Municipal de Obra Social c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, del 4/10/1999, sala III, CFded. Seguridad Social [...] Entre las distintas facetas y variantes en torno al

² PALACIO, Lino Enrique; *Manual de Derecho Procesal Civil*; Editorial Abeledo-Perrot; Ciudadela, 2011, Págs. 159 a 166.

*concepto de competencia judicial falta dirimir los conflictos planteados, resalta el de la potestad en razón de la materia. Es un modo de posibilitar un mejor servicio de justicia a través del pronunciamiento de jueces especializados. En esta tesitura se ha expresado que la competencia del tribunal creado por la ley 23.473 y federalizado por la ley 24.463, se irradia más allá de lo estrictamente previsional, proyectándose a toda la seguridad social. Ello no sólo por la nomenclatura del órgano, sino además como tribunal específico encargado de judicializar las disputas fundadas en el art. 14 bis, tercer párrafo de la CN' (cfr. CARNOTA, WALTER, 'Integración de normas competenciales de la Constitución', nota al fallo de la CSJN, del 28/11/1995, en autos 'Techint Cía. Técnica Internacional SA c. Instituto de Servicios Sociales para el Personal de la Industria de la Construcción y otro', La Ley del 16/8/1996)". [...] A nuestro juicio, este fallo es verdaderamente determinante del concepto de autonomía del derecho de la seguridad social en cuanto introduce en su aspecto decisorio no solamente lo que fue abanderado del fuero la Previsión Social, sino todo el objeto del derecho de la seguridad social. [...] **Toda cuestión vinculada al derecho de la seguridad social debe ser ventilada en el fuero de la Seguridad Social...**"³ (El resaltado me pertenece).*

Aunque SS, a esta altura, no debería tener duda alguna sobre su competencia en razón de la materia, haremos nuestras las palabras del Sr. Fiscal Gabriel de Vedia, Titular de la Fiscalía Federal de la Seguridad Social Nº 1, en los Autos: "PROVINCIA DE CORDOBA c/ CAJA COMPLEMENTARIA DE PREVISION PARA ACT. DOCENTE s/ NULIDAD DE RESOLUCION ADMINISTRATIVA", Dictamen Nº 34108/13, quien sostuvo que: "...Liminarmente cabe recordar que es criterio unánime y reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que para la determinación de la competencia corresponde principalmente atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace al demandar, y en segundo lugar, y sólo en la medida en que se acude a ellos, al derecho invocado,

³ CHIRINOS, Bernabé L.; *Derecho Previsional Argentino*; Editorial La Ley, Tomo I; Buenos Aires 2016; Pág. 423.

pues los primeros animan al segundo, y por lo mismo, son el único sustento de los sentidos jurídicos particulares, que les fuesen atribuibles (CSJN, 26.04.84, C.N.Civ. Sala C, 22.9.87, LL. 1987, E, 305; CSJN 16.06.87, JA, 1987-IV, 208; C.N. Cont. Adm. Sala II, 04.03.86 "Rep. JA." 1987-148; C.N. Civ. Sala E, 06.05.80, "Rep. JA" 1981-108). [...] Desde esta perspectiva, es necesario poner de resalto que la competencia atribuida a estos Juzgados Federales de Primera Instancia se encuentra determinada en los seis incisos que conforman el art. 2do. de la ley 24.655. Si bien la Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente no se encuentra comprendida en los supuestos enumerados en dicho artículo, a falta de una norma que determine el tribunal con competencia para conocer en los recursos de apelación interpuestos contra sus decisiones, habida cuenta de que ella administra un régimen de previsión de alcance nacional, **considero que resultan de aplicación al sub-lite por analogía, los citados preceptos legales que atribuyen jurisdicción a los Juzgados de la Seguridad Social dado su especialidad en asuntos similares al presente (conf. Dictamen del Sr. Procurador General en autos "García, Inés Rosario c/ Caja Complementaria para la Actividad Docente s/ Reintegro de Aportes, 14-12-97)..."**⁴ (El resaltado me pertenece). Es dable tener presente aquí –en consonancia con lo dictaminado por el Sr. Fiscal- que, todas las cuestiones referidas a la movilidad de las prestaciones, inconstitucionalidad de las leyes que violenten las garantías constitucionales que la garantizan, el carácter sustitutivo del haber reconocido por la CSJN en su pacífica jurisprudencia, los tratados internacionales que reconocen la garantía de progresividad de los derechos sociales, la desigualdad ante la ley y demás cuestiones planteadas en el presente, SS se ha declarado competente.

⁴ En el mismo sentido: Fiscal Gabriel de Vedia, Titular de la Fiscalía Federal de la Seguridad Social N° 1, Dictámenes N° 240342/14; 247650/14; 280702/16 y 285073/16.

IV.- HECHOS.

Que, con fecha 19/12/14, mi mandante inició en la UDAI Floresta su trámite para obtener el beneficio de PBU-PC-PAP, el que se caratuló bajo el expediente N° N° 024-20-07867917-5-004-1 y, por una cuestión de Stock, tramitó en la Unidad de Resolución de Trámites Centralizados “C”.

Que, contando con con 37 años, 4 meses y 24 días de servicios con aportes reconocidos en el expte. N° 024-20-07867917-5-118-1, el Dr. Dr. Miguel Fernández Pastor decidió hacer uso de la facultad instituida por el Art. 1º Ley 25.321, para los períodos aportados en carácter de autónomo, con posterioridad a la fecha de realización del reconocimiento de servicios.

Que, la Unidad de Trámites Centralizados “C”, en una arbitraria e irracional interpretación de la norma respecto de la probatoria de los aportes autónomos, rechazó la solicitud realizada por mi representado, mediante resolución de fecha 16/10/15.

Que, atento la arbitrariedad manifiesta de la resolución dictada por la Unidad de Resolución de Trámites Centralizados “C”, mi mandante acudió por apelación ante la Comisión Revisora de la Seguridad Social (CARSS), quien con fecha 23/11/15, ratificó la denegatoria de la Unidad de Resolución de Trámites Centralizados “C”, mediante expediente N° 024-20-07867917-5-837-1.

Que la falta de resolución motivó que se acudiera a la Secretaría de la Seguridad Social, a los fines que, como superior de la demandada –Conf. Decretos 2741/91 y 357/02-, se abocara a la cuestión y resolviera el asunto.

Que, con fecha 11/04/16, La SSSN emitió el Dictamen N° 15.683 – obrante a fs. 28/41 del expediente N° 024-20-07867917-5-837-1 en el cual, en su parte pertinente sostiene que: “...I.- Liminarmente corresponde señalar que el Decreto N° 357 –publicado en el Boletín Oficial con fecha 21 de febrero de 2002-, y sus modificatorios, estableció los objetivos de las unidades organizativas de

las distintas jurisdicciones ministeriales. Respecto a ésta cartera del Estado, se fijaron las competencias de la Secretaría de Seguridad Social, estableciéndose como objetivos de la misma, entre otros, “4. Ejercer el control de gestión de las actividades atinentes a las prestaciones de la seguridad social y regímenes de riesgos del trabajo, evaluar su desarrollo y resultados, efectuar o proponer las correcciones permitentes”. Asimismo, estableció como objetivo de la Subsecretaría de Coordinación de los Regímenes de la Seguridad Social “1. Entender en todo lo relativo a la actividad jurídico normativa de la Seguridad Social, a fin de perfeccionar las normas y disposiciones de los diferentes subsistemas de la Seguridad Social”, entre otros. [...] el Decreto 2.204, de fecha 30 de diciembre de 2010, asignó a la Dirección de Programación Normativa dependiente de la Subsecretaría de Coordinación de los Regímenes de la Seguridad Social, entre otras acciones, la de “2. Asistir en la elaboración de la normativa referida a los distintos regímenes vigentes de la Seguridad Social y en la interpretación de su legislación con alcance nacional, regional e internacional”. [...] entendemos que la consulta se circunscribe a si puede denegarse un beneficio en los términos de la resolución D.E.A. Nº 296/93 por falta de reliquidación de SICAM, cuando el error es detectado en el mismo es un error material involuntario que no tiene efectos jurídicos en la determinación del derecho. [...] En el presente caso, el error detectado es que no coinciden los datos del Padrón Único de Contribuyentes con la liquidación del SICAM en un período determinado, conforme se analizará más adelante. [...] Tramitó un pedido de reconocimiento de servicios del titular, presentando tanto servicios en relación de dependencia como autónomos. [...] con fecha 19/09/2008 se dicta resolución automática de reconocimiento de servicios Nº 3611735 [...] Con fecha 19/12/14 el titular solicita el beneficio de jubilación, caratulado prestaciones PBU, PC, PAPA Ley 24241. [...] A fs. 5 obra el cómputo ilustrativo, idéntico al de fs. 68 del expediente de reconocimiento de servicios [...] A fs. 10 y s.s. se adjunta liquidación de SICAM (impresión 15/1/2015) [...] A fs. 30 obra nuevo cómputo ilustrativo donde consta ya nueva fecha de solicitud 15/01/2015, coincidente con

la fecha de nueva liquidación de SICAM. En dicho cómputo, se advierte claramente que el período liquidado es coincidente con el efectuado en el expte. De liquidaciones de servicios: Esto es del 7/96 al 6/2004 respecto del cual se aplicó el art. 1º Ley 25.321, y por lo tanto no se consideró para determinar el derecho, toda vez que para el mismo período se declaró servicios en relación de dependencia, a saber: [...] Del 01/01/94 al 31/01/2000 en la H.C.D.N. y [...] del 24/01/2000 al 30/11/2007 en ANSES. [...] En total en el cómputo se le reconocen 38 años 9 meses y 6 días [...] A fs. 56 obra notificación de acuerdo de beneficio de fecha 8/7/2015, en la que pone en conocimiento que "...por Resolución de Acuerdo Colectivo Nº 1234 de fecha 1/09/2015 se otorga el beneficio" ... al cual se le asigna el Nº 15-0-7196216 0 0. [...] A fs. 62 vuelta del formulario de "Supervisión Operativa" obra observación del área Supervisión Operativa en la que se señala que "no coincide liquidación SICAM con los datos del PUC" [...] A fs. 66 obra Resolución de fecha 16/10/2015 por la cual UDAI Trámites Complejos deniega el Beneficio jubilatorio solicitado por el titular. [...] La denegatoria se funda en la Res. DEA Nº 296/93. [...] A fs. 1/6, obra la presentación formulada por el causante ante la Comisión Administrativa de Revisión de la Seguridad Social –en adelante la C.A.R.S.S.-, por la cual recurre la Resolución UTC-C-3372 con fecha 16/10/15 y registrada en el T1 F114 [...] emitida en el expediente 024-20078679175-004-1, y por medio del cual se ha denegado el beneficio de jubilación ordinaria en los términos de la Ley Nº 26.425 [...] A fs. 23/24, obra la Resolución de la Comisión Administrativa de Revisión de la Seguridad Social de ANSES, en la cual confirma la Resolución denegatoria UTC-C-3372 del 16/10/15 [...] Análisis Legal [...] A falta de una norma expresa en la Ley 24.241, el Decreto Nº679/95. Reglamentario del artículo 19 de la Ley 24241, establece que la Prestación Básica Universal se devengará desde la fecha de solicitud del beneficio, siempre que a dicha fecha el afiliado fuere acreedor a dicha prestación [...] la Resolución Conjunta de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS Nº 1616 Y ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 1415 de fecha 22 de diciembre de 2003 estableció: "La fecha de generación de la

liquidación será considerada como fecha de pedido de la prestación previsional, en la medida que se cancele el saldo deudor en concepto de aportes omitidos, previstos por el Artículo 11 y concordantes de la Ley Mº 24.241...” [...] Es por ello que las normas de acreditación de servicios y circulares de ANSES, establecen que se deberá tomar como fecha inicial de pago la última presentación formal por la totalidad de los servicios necesarios exigidos por las normas aplicables, siempre que, además, a esa fecha se encontraren reunidos los restantes requisitos establecidos por las normas previsionales para acceder al beneficio.[...]

no podemos soslayar que todos estos recaudos y exigencias están dirigidas no sólo al contribuyente (asegurado que solicita el beneficio) sino también al Organismo, que tiene la obligación de asesorar al solicitante al momento del turno –servicio de orientación-, para rechazar o advertir los errores con inmediatez, a efectos que el asegurado pueda rectificarlo sin dilaciones que le impliquen perder la fecha inicial de pago de su beneficio, en el caso que tuviere que reliquidar el SICAM mucho tiempo después de solicitado el beneficio [...]

Tampoco podemos soslayar que las normas deben interpretarse según la finalidad que persiguen, ello a los efectos de evitar que un exceso de rigor formal termine desnaturalizando su sentido y, en consecuencia, concluya con la negación de un derecho fundamental como es la jubilación. [...] cuando se produce un error material involuntario, que en nada afecta la liquidación de la deuda en tanto no se liquidó deuda “in peius” para el fisco, no hay fraude, y el error no incide en la determinación del derecho, entendemos que o podemos aplicar una norma más allá de lo que la misma norma persigue, pues allí es donde el Organismo no solo tiene la responsabilidad de verificar y controlar los recaudos al amparo del principio de inmediatez, sino también la posibilidad de merituar la relevancia del error detectado, respecto a si incide o no en la determinación del derecho. Así pareciera entenderlo también la AFIP al incluir la leyenda que surge al pie de la impresión declaración situación de revista (fs. 18 del expte. 024-20078679175-004-000001). [...] Tal es el caso de autos, donde el error consistente en la falta de coincidencia de la liquidación SICAM con los datos

del PUC en un período determinado, es un error sin relevancia en la determinación del derecho por haber aplicado a todo el período en cuestión la prescripción autorizada por el artículo 1º de la ley 25.321. Es decir la reliquidación del SICAM no tendría ningún efecto jurídico más que coincidir “formalmente” el período en PUC del 7/96 al 6/2000 con el del liquidado en SICAM que el titular erróneamente extendió hasta el 6/2004. [...] Además, en el mismo período de la liquidación de SICAM el titular tiene servicios acreditados en relación de dependencia, con lo cual se evidencia la irrelevancia y no intencionalidad del error, dado que ese período lo tiene cumplimentado con servicios en relación de dependencia de tal manera que solicitar su rectificación a expensas de modificar la fecha inicial de pago con un nuevo SICAM sería un exceso rigor formal, reñido con la finalidad de las normas previsionales. [...] Estimamos que no pudo haberse denegado el beneficio jubilatorio al amparo de la resolución D.E.A. Nº 296/93, menos aún si no se ha dejado sin efecto la resolución que otorgó el reconocimiento de servicios mencionada ut supra. [...] En este sentido, no corresponde la denegación del beneficio con invocación de la resolución D.E.A. Nº 296/93, máxime si se tiene en cuenta que, en el caso, la administración puede y debe resolver sobre la base de las constancias agregadas a la causa, en la cual está acreditado el cumplimiento en exceso de los requisitos para acceder al beneficio, con más de 37 años de aportes reconocidos. [...] La situación es más compleja aún cuando se advierte que, entre la fecha de solicitud y la detección del error, no hay inmediatez, lo cual hace perder ingresos a los futuros jubilados, ingresos que tienen un carácter alimentario. En el caso de marras transcurrieron 7 meses, con lo cual la reliquidación del SICAM implicaría la pérdida de esos ingresos por 7 meses. [...] Entendemos que las facultades conferidas a la Administración para actuar impulsando las actuaciones de oficio, obligan a buscar criterios razonables dejando de lado la rigidez de procedimientos operativos que pueden generar litigiosidad autoinducida, cuando la aplicación automática y generalizada de pautas de trabajo o normas internas no permitan merituar, con sana crítica, el grado de incidencia de los

errores en la determinación del derecho, culminando en una denegación del mismo. [...] En este orden de ideas, y conforme las facultades de esta Secretaría, entendemos que corresponde recomendar a la Administración Nacional de la Seguridad Social para que adecúe la normativa interna las consideraciones aquí vertidas, propiciando normativa y pautas de trabajo que ponderen la incidencia de los errores de la liquidación de SICAM en la determinación del derecho (esto es los requisitos para acceder al beneficio), sin que ello implique afectar la fecha inicial de pago, de tal manera que no concluyan en la denegatoria lisa y llana del beneficio jubilatorio. [...] en relación al caso en análisis, teniendo en cuenta que no obra constancia que la resolución de la CARSS se encuentre fehacientemente notificada, corresponde remitir las actuaciones a dicho órgano, a sus efectos. [...] Con el dictamen técnico que antecede, que el suscripto comparte, se devuelven las presentes a sus efectos [...] Fdo: Juan Carlos Paulucci Secretario de Seguridad Social MTEySS...”.

Sin embargo, con fecha 27/09/16 la Unidad de Trámites Centralizados C creó un expediente identificado como 024-20-07867917-5-299-1, en el cual dictó una resolución inusitada y, a todas luces, contraria a derecho, ordenando la “reapertura de un nuevo expediente de PBU-PC-PAP” y, desconociendo el Dictamen SSS Nº 15.683 y, que a fs. 43 del expte. 024-20-07867917-5-4-1, esa Unidad de Trámites Centralizados C solicitó dictamen de la Gerencia de Previsional, qué cómo se verá más adelante conforme Res. DEA 442/97, es obligatoria para quien la solicita, sobre del dictamen de la SSN, respecto de la cual, la Dra. María Ofelia Di Leo, dispone que se “...adopten las medidas operativas administrativas a los efectos de que se adopten las medidas operativas conducentes a dar efectiva aplicación al Dictamen técnico Legal precitado y se reconozca en su plenitud el derecho a la prestación previsional jubilatoria solicitada por Don. Miguel Ángel FERNANDEZ PASTOR (DU Nº 07.867.917) en los términos en él expresados...”.

Como queda de manifiesto, mi mandante tuvo que recorrer un largo trecho para obtener su beneficio de PBU-PC-PAP, el cual, incluso, fue otorgado violando la orden del superior jerárquico.

Pero cuando la cosa no podía ser peor, porque ya obtuvo su beneficio bajo el régimen de la Ley 24.241, sus modificatorias y complementarias, se dictaron la ley y el decreto que la presente acción de amparo vienen a impugnar.

El presente amparo se interpone ante el envío por el Poder Ejecutivo Nacional del “Proyecto de Ley de Reforma Previsional” ingresado por mesa de entradas del Senado de la Nación según el sello de recepción el día 17/11/2017 y consignado en el sistema informático como el 21/11/2017 que a su vez le asignara el Número 391-17, y que fuera aprobada el día 23/11/2017 según el orden del día N°939/17.

El Poder Ejecutivo Nacional ha decidido modificar el modo en que se calcula la actualización de las jubilaciones y otras prestaciones de la seguridad social en perjuicio de sus beneficiarios presentando un proyecto de ley inconstitucional al Senado de la Nación.

Según surge de la profusa información relevada por los distintos medios de comunicación esta es la respuesta a la necesidad imperiosa de cumplir las recomendaciones del FMI y de la OCDE.

Como ha sido también incansablemente informado por los medios de comunicación la ley ... fue dictada con el claro objeto de “disminuir el déficit fiscal” en ese sentido se han conocido distintos cálculos en lo que se estima cual será el “ahorro fiscal”: así el diario Clarín estimó que serían \$100.000 millones, el Ministerio de Hacienda que serían \$70.000 millones y un informe de CEPA que se adjunta e identifica como Anexo 3 lo estima en \$ 75.000 millones. Tenga razón quien la tenga, hay una cuestión objetiva, **que la aplicación de le ley en cuestión**

significará una pérdida de recursos para repartir entre los distintos beneficiarios de la seguridad social y entre ellos, del de mi mandante.

Otra cuestión que objetivamente clara resulta ser que se verán afectados los derechos de:

1. los jubilados y pensionados,
2. titulares de pensiones no contributivas (discapacitados, madres de siete o más hijos, personas en estado de vulnerabilidad social)
3. quienes perciben las asignaciones familiares,
4. beneficiarios de la Asignación Universal por Hijo
5. todo trabajador activo que inicie su jubilación a partir de la promulgación de la ley que se impugna.

Es decir que en términos inmediatos los más de 18 millones de beneficiarios de la seguridad social, como mi mandante, verán restringida la capacidad adquisitiva de su prestación. Mientras que en forma mediata el conjunto de los trabajadores y las trabajadoras se verán, como en su momento se explicará más afectado su derecho

Para evitar un paso parlamentario:

En los últimos días asistimos a un espectáculo grotesco, debido a que el oficialismo y sus aliados no lograron quórum el Poder Ejecutivo resolvió “complementar” la ley con un Decreto, a la sazón el Decreto 1.058/17 en el que se otorga un bono **para algunos y solo para algunos de los perdedores de esta ley**. No están allí los que ganan más de \$10.000, ni los titulares de asignaciones familiares, ni los veteranos de la guerra de Malvinas. Pero aun entre los que están hay una clara discriminación, tanto la ley como el decreto diferencia como Jubilados de Primera: “quienes tienen aportes”, que cobrarán \$750 y de segunda “quienes no tienen aportes” que cobrarán \$300, bueno es recordar que **todos**

cumplieron con los requisitos según la ley vigente al cese tal cual establece la ley y la refirma una profusa jurisprudencia pacífica. Resulta obvio que el Decreto 1058/17 es inconstitucional por ser no solo desigual ante la ley, sino palmariamente discriminatorio.

Es además inconstitucional por incumplir el procedimiento que nuestra Carta Magna ordena para el dictado de las leyes. Ha sido reiteradamente dicho por los miembros del Gobierno y los representantes parlamentarios del oficialismo que este Decreto se dicta para lograr que algunos diputados de la oposición tengan argumentos para “sentarse en sus bancas” y dar el quórum necesario, pero que ello no obligue a modificar el dictamen que viene del Senado. En otras palabras, se dicta un Decreto modificando el mismo día una ley, con el único objeto de evitar que vuelva al Senado. Si esto no es violar el capítulo quinto de la CN “*de la sanción y formación de las leyes*” que el futuro nos guarde...! Si esto no es que el Poder Ejecutivo se atribuye “*facultades extraordinarias*” cuál es el límite que aun no restará traspasar...! Cuáles serán las “*circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes*”(art. 99 inciso 3 CN), cuando tres días antes de la sanción de la ley se sabía que se dictaría el DNU, ¿qué impedía incorporar esa cuestión en la ley?

Análisis de los puntos más cuestionables de la ley 27426

I.- Artículo 1 y 2

“Artículo 1°.- Sustitúyese el artículo 32 de la ley 24.241 y sus modificaciones, el que quedará redactado, de la siguiente forma:- 'Artículo 32.- Movilidad de las prestaciones. Las prestaciones mencionadas en los incisos a), b), c), d), e) y f) del artículo 17 de la ley 24.241 y sus modificaciones, serán móviles. La movilidad se basará en un setenta por ciento (70%) en las variaciones del Nivel General del Índice de Precios al Consumidor Nacional elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) y en un treinta por ciento (30%) por el

coeficiente que surja de la variación de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (RIPE), conforme la fórmula que se aprueba en el Anexo I de la presente ley, y se aplicará trimestralmente en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de cada año calendario. En ningún caso la aplicación de dicho índice podrá producir la disminución del haber que percibe el beneficiario.”

La nueva fórmula estipula que la movilidad se basará en un setenta por ciento 70% por el índice de precios al consumidor determinado por el INDEC y el 30% restante por el coeficiente que surja de la variación de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables RIPE. Esta nueva fórmula es más perjudicial para los beneficiarios que la norma anterior y, entre ellos, para se encuentra mi mandante.

La aplicación de la formula prevista en la ley 26417 elevó en términos reales muy fuertemente el haber mínimo jubilatorio, así lo determinan los periodistas económicos Javier Lewkowicz y Alfredo Zaiat cuando explican que si en vez de aplicar los aumentos de la ley de movilidad se hubiera aplicado índices de consultoras privadas, el IPC de la Ciudad de Buenos Aires y el Indec desde 2009 a 2017, el haber mínimo jubilatorio sería de \$ 5.470 en vez de los \$7.246 actuales. Pero eso no es todo, la cuestión es aun más grave ya que en los 21 primeros meses de este Gobierno el RIPE creció el 59,08% mientras que en el mismo período la inflación alcanzó el 71,3%.

Pero en la práctica para graficar el cambio hay que decir que, mientras la movilidad de la ley anterior de marzo rondaría los 14,6%, la nueva fórmula significará un incremento de solo el 5,7%, por lo que los beneficiarios del sistema de seguridad social perderemos en marzo del año que viene el 8,9%.

Tiene dicho la SCJN, respecto de los conflictos en los que se ven envueltos derechos de la seguridad social que, la solución no puede resolverse

sobre conjeturas (Conf. “Heit Rupp, Clementina c/ Administración Nacional de la Seguridad Social” Fallos: 322:2226). El menoscabo en los derechos patrimoniales y de la seguridad social de mi mandante resultan evidentes y palmarios. Aquí no hay conjeturas, se trata de un hecho fáctico que se puede comprobar con un simple cálculo matemático.

“Art. 2°- La primera actualización en base a la movilidad dispuesta en el artículo 1° de la presente, se hará efectiva a partir del 1° de marzo de 2018 y, por única vez, contemplará las variaciones experimentadas por el Nivel General del Índice de Precios al Consumidor Nacional (IPCN) elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) y por la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE) para el segundo semestre del año 2017, según la fórmula que se aprueba en el Anexo II de la presente ley. A partir de 1° de junio de 2018, la movilidad se aplicará trimestralmente conforme la fórmula aprobada en el Anexo I de la presente ley hasta tanto se discuta el dictamen de la Comisión de Sustentabilidad Previsional, creada por Ley 27.260, con respecto a una fórmula definitiva, lo que deberá suceder antes del 31 de diciembre de 2018.”

Del texto del artículo 2° transcrito surge que la nueva ley deroga en forma retroactiva la ley 26417. Hay que tener en cuenta que la movilidad prevista en dicha ley se devenga en el semestre julio/diciembre, en consecuencia ya se devengaron cinco meses y 20 días. Sin embargo, el proyecto de ley prevé que en marzo del 2018 ya no se aplique la ley anterior y se aplique el nuevo índice, a pesar de que como se dijo, en los pocos días de diciembre se habrá devengado en su totalidad el reajuste previsto en la ley anterior. Cabe recordar que en nuestro sistema jurídico las leyes no pueden ser retroactivas excepto que así lo diga la propia norma (en ningún caso dicha retroactividad puede ser implícita) y en el proyecto nada se dice respecto de la retroactividad.

II.- Artículo 3°

“Art. 3°- Sustitúyese el artículo 2°de la ley 26.417 el que quedará redactado de la siguiente forma: 'Artículo 2°.- A fin de practicar la actualización de las remuneraciones a las que se refiere el artículo 24, inciso a) y las mencionadas en el artículo 97 de la ley 24.241 y sus modificaciones, se aplicará un índice combinado entre el previsto en el inciso b) del apartado I del artículo 5° de la ley 27.260 y su modificatorio y el índice establecido por la Remuneración Promedio de los Trabajadores Estables.”

En este artículo se establece una novedad de enorme trascendencia para los trabajadores activos, cual es, que los salarios con que se efectúa el promedio salarial del que surgirá el haber inicial de los futuros jubilados ya no se efectuará por la ley de movilidad, sino por un índice combinado igual al aplicado para la actualización de las sentencias en la ley de reparación histórica (inciso b, artículo 5 ley 27260) que, como es reconocido por el propio gobierno, implica una quita muy importante.

En el mencionado artículo segundo se especifica que la actualización de los salarios se efectuará por el RIPTE “Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables que es el cociente entre las remuneraciones imponibles con destino al SIJP. ¿Qué significa esto? que si los salarios van a la baja todos los trabajadores que quieran jubilarse tendrán un haber inicial más bajo del que tendrían si se siguiera aplicando la ley de movilidad. Un ejemplo aclara la cuestión: mientras la inflación de diciembre de 2015 a septiembre de 2017 fue del 71,3% el RIPTE fue 59,08% es decir 12,22% menos en solo dos años.

Pero más allá del resultado final de cuanto es la pérdida hay una cuestión muy clara, **la palmaria desigualdad ante la ley** ya que mientras a los trabajadores activos se los trata de una forma a los trabajadores pasivos se los trata de otra, cuando la razonabilidad de la cuestión indica que corresponde una solución idéntica en ambos casos.

Si el cambio de la movilidad jubilatoria por el ajuste por inflación significa una pérdida del 8,9% del salario real de los jubilados como lo es mi mandante y a los futuros jubilados se les disminuye el haber en un 12,22% respecto de la inflación, la quita final de pasar de la movilidad jubilatoria al RIPE resulta del 19,25% es decir que el gobierno hace los deberes tal cual como se lo pidió en FMI. También con esta decisión se pone en línea con lo que le requiere la OCDE para incorporar a nuestro país a esa organización, privilegio que en América Latina solo gozan México y Chile curiosamente aquellos que tienen sistemas previsionales basados en la capitalización individual y que ostentan los haberes jubilatorios más bajos de la región.

- EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos** se ha convertido en una referencia clave en el debate ético-político actual, y el lenguaje de los derechos se ha incorporado a la conciencia colectiva de muchas sociedades. El objetivo de esta declaración es el establecimiento de estándares internacionales mínimos para la protección de los derechos y libertades fundamentales del individuo, y en un sentido amplio están considerados como el pilar básico de una legislación internacional común que no requiere de su suscripción o ratificación por parte de ningún Estado.

En relación a la seguridad social, el artículo 22 señala que ***“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”***.

De esta forma, establece que toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, entendiéndola como la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas

públicas contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así provocarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.

En ese sentido, la comprensión del **DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL** como un **DERECHO HUMANO** implica que:

- Es un **derecho inherente a todo ser humano**, a su dignidad, donde la persona es el titular del derecho.
- Es un **derecho universal**, ya que pertenece a toda persona humana
- Es un **derecho fundamental**, donde su naturaleza fundamental se desprende del carácter indispensable de su contenido para el desarrollo pleno del ser humano.
- Es un **derecho subjetivo**, es decir, un derecho jurídicamente exigible desde la Constitución por los medios y mecanismos previstos en el Derecho.
- El bien jurídico inherente al derecho es la seguridad, toda vez que si se presentan ciertas contingencias debe encontrarse la protección necesaria para amortiguarlas. La denominación seguridad social responde a dos motivos: a) esa seguridad es ofrecida por la sociedad en su conjunto al individuo, y b) si bien se trata de una seguridad individual, todos gozan de ella como miembros de la sociedad, ya que la seguridad social se apoya en la solidaridad
- Es un **derecho individual de carácter social**, ya que la única forma de satisfacerlo es con la participación de todos a partir del ejercicio de la solidaridad social. El bien jurídico se satisface mediante una responsabilidad compartida, entre el individuo y la sociedad, pero debe quedar muy claro, que sin la solidaridad social es imposible para la mayoría (por no decir para todos) satisfacer el bien jurídico de este derecho fundamental. Por esa razón, la atención de dichas necesidades pasaron además (porque no excluye la responsabilidad individual) a ser responsabilidad social. Por otro lado, las

contingencias, nunca dejarán de presentarse por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad. La sociedad es incapaz de evitar la contingencia, pero sí es capaz de remediar sus consecuencias

- Es un **derecho de naturaleza prestacional**, ya que se materializa en la provisión de prestaciones dinerarias o en especie como en el caso de los servicios de salud. Las prestaciones pretenden satisfacer una serie de necesidades que se consideran ineludibles para el desarrollo de una vida digna. El contenido de la prestación debe responder a la dimensión de la necesidad que la contingencia ocasiona. La relación prestación-necesidad se rige, entre otros, por los principios de: integralidad (se trata de una prestación integral, idónea para satisfacer la necesidad) y dignidad (la dignidad es la base y el límite de la prestación, por tanto, la prestación debe ser aquella que no lesione la dignidad de la persona). La clave de las necesidades a las que responde el derecho es que son insoslayables y no son intencionales. Por regla general, nadie elige enfermarse o la vejez, los accidentes de trabajo, la enfermedad profesional, la invalidez y mucho menos la muerte; son contingencias que acontecen de manera involuntaria, por esa razón la necesidad que deviene de su acaecimiento es también involuntaria. En segundo término, la necesidad que la contingencia genera, de no ser satisfecha adecuadamente, repercutirá directamente en la calidad de la vida de quien la sufre. Su no satisfacción le impedirá a la persona realizar su plan de vida .

- Es un **derecho complejo**, ya que abarca a un conjunto de derechos vinculados: el derecho a la seguridad social abarca al derecho a la salud, a la atención médica, a la protección contra accidentes laborales, a la pensión o a la jubilación.

- Es un **derecho exigible** frente al Estado, ya que corresponde a este actuar con objetividad los intereses generales o públicos. Si el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental, inherente a todo ser humano, el cual solo puede ser satisfecho con el concurso de todos, implica que el Estado está obligado a satisfacerlo independientemente de que alguno de esos derechos concretos puedan exigirse a otros sujetos jurídicos, públicos o privados .

- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE RESPETAR Y HACER
RESPETAR EL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

En este marco, se entiende a los derechos humanos como el conjunto de características y atributos propios del individuo derivados de su dignidad, por lo que no pueden ser afectados o vulnerados. Sin ellos, las personas no pueden existir ni llevar una vida propiamente humana, por tanto, es imprescindible que los Estados y sus leyes los reconozcan, los difundan, los protejan y los garanticen.

Cuando se habla de derechos se debe estar consciente de que todo derecho implica un deber u obligación. Por tanto, los individuos al gozar de derechos humanos también tienen deberes y, en este sentido, se considera el más importante el de *hacer el bien a los demás* y *hacer bien* la tarea que tiene encomendada. Es decir, que todo individuo debe tener una disposición para dar, hacer o no hacer alguna cosa; de otro modo, el derecho sería un concepto vacío. Son los Estados quienes asumen los deberes de respetar y garantizar estos derechos.

La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. Por ejemplo, no pueden privar de la vida a una persona ni someterla a torturas o tratos crueles. La obligación de garantizar su cumplimiento exige que los Estados deban prevenir su violación, investigar si los derechos son quebrantados y, en consecuencia, castigar a los culpables. Si la violación tiene lugar, toda la maquinaria del Estado debe actuar para que esta conducta no quede impune.

El Estado de Derecho está formado por dos componentes: el Estado (como forma de organización política) y el Derecho (como el conjunto de

normas que rigen el funcionamiento de una sociedad). En estos casos, por tanto, el poder del Estado constituye la auténtica expresión de la idea de Derecho vigente en la sociedad. Este Estado de Derecho no se da por generación espontánea ni depende solo de la voluntad o decisión de algún actor político en particular. Su construcción es un proceso que involucra a todos los actores políticos relevantes y a la ciudadanía, y no se agota en la edificación de un sistema jurídico o constitucional. El Estado de Derecho se expresa y realiza en la norma legal, pero también en la definición y el funcionamiento efectivo de las instituciones, así como en la cultura y las prácticas políticas de los actores.

En la actualidad, el derecho a la seguridad social es uno de los que tiene mayor reconocimiento por la comunidad internacional, en virtud de que ha sido incluido en las Cartas Magnas de la mayoría de los Estados, con lo cual, además de tratarse de un derecho humano fundamental, se le ha dado también el valor de mandato constitucional. Por esta razón, corresponde al Estado la responsabilidad de vigilar su respeto y efectivizar su cumplimiento.

Un mandato constitucional, de acuerdo con el Diccionario Universal de Términos Parlamentarios, es “todo encargo o comisión: actuar en representación de alguien, en general orden o disposición imperativa”. Si atendemos a su etimología latina, proviene de *mandare*, verbo mandar, que significa encomendar, encargar, poner en manos de o dar órdenes. Tiene su fundamento en el sistema representativo, en el que el pueblo se gobierna por medio de sus elegidos.

En el Estado de derecho en que vivimos, donde la puja distributiva es la moneda corriente, cada sector económico y social estructura distintos modelos de proteger sus derechos. Así los empresarios arman corporaciones, se unen en uniones empresarias de distinta naturaleza, en nuestro país la Unión Industrial, la Sociedad Rural, etc. Estas estructuras a su vez efectúan diferentes modos de presión sobre el Estado o sobre los medios de difusión. Los

trabajadores se defienden conformando gremios, preparando periodistas especializados, movilizándose, haciendo medidas de fuerza etc. Pero los jubilados y pensionados, la parte más importante de los titulares del derecho humano a la seguridad social, solo tienen para defender sus derechos a la Justicia Argentina. **Siendo el Estado el responsable de otorgar las prestaciones, solo el amparo judicial puede poner equilibrio y freno a los abusos estatales.**

- LA SOLIDARIDAD SOCIAL COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA SEGURIDAD SOCIAL:

La solidaridad social es el vínculo social entre el individuo y la sociedad. Un consenso nacional, una conciencia colectiva, una voluntad general vinculan al individuo con la sociedad en su conjunto, por medio de organizaciones e instituciones interrelacionadas. A su vez, constituye el principio fundante de la Seguridad Social, excediendo el alcance acotado que algunos autores quieren darle cuando la asocian exclusivamente a las pautas de financiamiento fijadas en los esquemas de cobertura. Su proyección excede lo financiero, ya que la solidaridad social es una manifestación de la fraternidad entre los hombres, que impone que quienes convivan en una sociedad, se presten ayuda recíproca.

Vivimos actualmente en una contradicción dolorosa. Mientras que los avances tecnológicos facilitan y prolongan la vida de miles de ciudadanos, el reparto desigual de los beneficios económicos y sociales del mismo condena, a una porción cada vez mayor de personas, a una situación de exclusión inalienable. Las oportunidades se condensan cada vez más en las mismas afortunadas personas, mientras que el resto ve pasar su vida en una interminable sucesión de restricciones y carencias.

En el Diccionario de la Real Academia Española, solidaridad se define como la “adhesión circunstancial a la causa o empresa de otros”. La raíz etimológica de la palabra hace referencia a comportamientos *en solidum*, es

decir que se unen los destinos de dos o más personas, lo cual deja implícito un cierto grado de compromiso entre ellas. Es decir, la solidaridad está dada por una adhesión ilimitada y total a una causa, situación o circunstancia, que implica asumir y compartir por ella beneficios y riesgos.

En la sociedad, la solidaridad tiene lugar como consecuencia de la adhesión a valores comunes, los cuales llevan a compartir creencias relacionadas con los aspectos fundamentales de los planteamientos políticos, económicos y jurídicos de los grupos sociales. Su aplicación entraña un concepto positivo, un valor enaltecido asociado con conceptos de justicia e igualdad. La solidaridad es una palabra de unión. Es la señal inequívoca de que todos los hombres, de cualquier condición, se dan cuenta que no están solos, ya que la naturaleza social del hombre hace que éste no pueda prescindir de sus iguales: no puede alejarse de las personas e intentar desarrollar sus capacidades de manera independiente.

El sentido teleológico de la palabra solidaridad se encuentra inmerso en el sentimiento altruista del ser humano, y dependerá de cuán adentrado esté ese sentimiento en él para que su esfuerzo y su entrega hacia el prójimo sea mayor o menor. La decisión de colaborar, ayudar o participar en el conjunto social está en él y sólo en él, representando un compromiso individual. En este sentido, el término solidaridad se asocia más al término filantropía, ya que representa una versión particular, individual y privada de un interés legítimo por el bienestar de los demás.

Por otro lado, la solidaridad social no es ya una actitud individual sino una construcción colectiva, y a partir de allí la participación del ciudadano pasa a ser obligatoria e incluso, a veces, hasta compulsiva. Representa una forma de expresión colectiva, particularmente aquella que remite al interés de los individuos para la promoción de bienes públicos o por el bienestar de los otros. La solidaridad social no dependerá, entonces, sólo de sentimientos, sino que se verá complementada por métodos contruidos por la sociedad, de la que el

individuo es sólo una parte, permitiendo la resolución de los problemas que crea la convivencia con otros. Esta convivencia con otros conlleva la existencia de desventajas comparativas, las llamadas contingencias sociales, que es necesario resolver para hacer más razonable la vida del conjunto. En ese marco, el ejercicio de la solidaridad social parecería demandar la universalización de los derechos democráticos y una concepción inclusiva de la ciudadanía.

Al respecto, cabe señalar que las cartas magnas constitutivas de casi todas las naciones democráticas establecen como principio fundamental la igualdad entre los hombres que la integran. Esta igualdad es una derivación directa e innegable de la verdadera dignidad del ser humano, que pertenece a la realidad intrínseca de la persona, sin importar su raza, edad, sexo, credo, nacionalidad o partido político. La dimensión democrática de la solidaridad social recrea los ideales de fraternidad e igualdad originados en la Revolución Francesa, los cuales proclamaban la inclusión como ciudadanos libres e iguales a personas y grupos de personas hasta ese momento excluidos como tales.

- **REGRESIVIDAD Y PROGRESIVIDAD EN LOS DERCHOS SOCIALES**

1.- De la indivisibilidad de los derechos humanos

La doctrina constitucional distingue los derechos individuales tradicionales - derechos de protección del ciudadano frente a acciones del Estado, es decir derechos sobre acciones negativas u omisiones del Estado -, de los derechos económicos, sociales y culturales, que son, principalmente, derechos a acciones positivas del Estado, dentro del cual se identifica el derecho a la seguridad social. La clásica distinción entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, y la contraposición entre obligaciones negativas y obligaciones positivas, contribuyó históricamente a disminuir el reconocimiento por los poderes públicos de los derechos sociales no sólo en cuanto a su naturaleza sino, también, en cuanto a las posibilidades de

tutela judicial. La existencia de dos pactos internacionales en lugar de uno revela su distinto tratamiento, como dos “categorías” diferentes de derechos, dotados de medidas de implementación distintas: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de 1966.

En relación a la Constitución argentina, en el texto de 1957, bajo la forma del artículo 14 bis, se han incorporado importantes derechos a prestaciones, luego ampliados y fortalecidos en 1994 por la recepción, con jerarquía constitucional, de los tratados internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, a pesar de la riqueza de las normas constitucionales e internacionales vigentes, los derechos sociales no son considerados por los jueces, en numerosos casos, como derechos subjetivos exigibles sino más bien como normas programáticas, sujetas a su configuración legal. El cumplimiento de las cláusulas constitucionales implica dar respuesta a las demandas de la sociedad mediante prestaciones estatales, tal lo señalado por el artículo 75 de la Constitución, en el cual se consignan las atribuciones-deberes del legislador ordinario con una fuerte orientación social. En este marco, si el legislador omitiera o restringiera de manera arbitraria, sin razones objetivas, el cumplimiento de ese deber de realización, cualquier persona estaría en condiciones de exigir su concreción en el caso concreto. Sin embargo, en los derechos sociales es donde se evidencia el nivel más bajo de realización y, simultáneamente, el mayor grado de intervención del legislador y de la Administración. Se torna evidente que la temática contiene ribetes de mayor complejidad, excediendo lo estrictamente jurídico para acercarse a la necesidad de resolver cuestiones vinculadas a la redistribución de la riqueza, haciéndose patente su impacto político.

Ferrajoli⁵ asevera que la carencia de límites para el poder económico y para el poder político contradice hoy el paradigma del Estado constitucional de derecho y se traduce en un regreso a la ley del más fuerte. Por un lado, se señala que en el mecanismo de producción las leyes son descalificadas como trabas inútiles al decisionismo gubernativo y al desarrollo productivo y, por el otro, el “absolutismo de la mayoría y absolutismo del mercado, al sumarse a la descalificación de la política, de la esfera pública y del Estado social, se resuelven en una ruptura del pacto constitucional fundado en la tutela de la igualdad y en la satisfacción de los derechos vitales de todos y en particular de los sujetos más débiles”.

Tal como señala Horacio Gonzalez⁶ *“Uno de los principales argumentos a favor de los derechos sociales es el argumento de la libertad. Es suficientemente conocida la expresión de que la libertad jurídica sin la libertad fáctica carece de todo valor, pero también que numerosos titulares de derechos sociales no encuentran respuesta a sus necesidades en el mercado y dependen para su goce de acciones estatales. De ahí la importancia que asume en la concreción de los derechos la jurisprudencia de los tribunales. Tanto cuando exigen el cumplimiento de las obligaciones del Estado frente al ataque a los derechos individuales, como cuando tienen que resolver la operatividad de derechos sociales y exigir la ejecución de acciones positivas de los poderes públicos. Se considera que los derechos constitucionales pueden ser materia de restricciones por la existencia de normas de nivel constitucional o*

⁵ Ferrajoli, Luigi, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, en Ibáñez, Perfecto Andrés (comp.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, p. 22

⁶ Gonzalez, Horacio, *Ni un paso atrás – La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (comp.), CELS – CEDAL – Edición Del Puerto, CABA, 2006, p. 196

infraconstitucional. Así, en nuestro sistema constitucional, los jueces han declarado reiteradamente que no existen derechos absolutos, todos los derechos pueden ser materia de restricciones en tanto no excedan el límite de lo razonable. Los derechos sociales se han visto amenazados no sólo por el accionar de los particulares y la omisión de los poderes públicos, sino también por las necesidades del propio Estado. En esa situación no han tenido una protección judicial adecuada frente a la legislación de emergencia dictada en beneficio del Estado. Durante el predominio del neoliberalismo y el “fundamentalismo” del mercado, el trabajador y sus derechos dejaron de tener el carácter de sujetos de preferente atención. Los derechos sociales han sufrido un doble embate. Por un lado, los jueces se limitan a un reconocimiento formal de su existencia y, por el otro, el legislador omite su reglamentación positiva y cuando interviene lo hace para poner vallas o bloquear su progreso.”

2.- El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales y la prohibición de regresividad

El artículo 14 bis de la Constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos imponen una función rectora al Estado en materia de derechos sociales. A partir de la reforma constitucional de 1994, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos adquieren jerarquía constitucional por lo que la prohibición de regresividad pasa a formar parte del derecho constitucional argentino.

Conviene aclarar en este punto, dos campos de aplicación posible de la noción general de regresividad para una mejor comprensión de la temática. Tal como lo desarrolla Courtis⁷, la regresividad se manifiesta en *los resultados de una política pública* (regresividad de resultados) cuando los resultados de la

⁷ Courtis, Christian, Horacio, *Ni un paso atrás – La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Christian Courtis (comp.), CELS – CEDAL – Edición Del Puerto, CABA, 2006, p. 3 y subsiguientes

política pública desarrollada por el Estado empeora la situación de las personas en relación con el estado de las mismas en un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas. De esta manera, la noción de regresividad puede ser aplicada a cada indicador empleado en particular, o bien a la evaluación conjunta de varios indicadores que permitan una consideración general de los resultados de una política pública. Asimismo, la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas, es decir a la extensión de los derechos concedidos por una norma, estando en este caso frente a una regresividad normativa. En este sentido –no empírico sino normativo–, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior.

Ambos sentidos de la noción de regresividad pueden desprenderse de la noción de “progresividad” adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, órgano que el 7 de junio de 2005 aprobó las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador”. En los informes nacionales previstos por el Protocolo de San Salvador –semejantes a los establecidos por el sistema universal– los Estados deben dar cuenta de las medidas progresivas adoptadas “para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo protocolo”. El artículo 5.1 de estas normas define la noción de progresividad del siguiente modo: *“a. los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural”*. Para ello, el artículo 5.2 requiere el empleo de *“indicadores de progreso”*, cuya justificación es la siguiente: *“Un sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El*

progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil". Por un lado, se alude al "nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad", que es el ámbito en el que pueden emplearse indicadores o referentes empíricos referidos al nivel de satisfacción de derechos tales como el acceso a servicios de salud, el acceso a servicios educativos, a pensiones y jubilaciones, etcétera, y la calidad de esos servicios o políticas en términos de resultados, por ejemplo, mortalidad infantil en materia de salud, eficiencia terminal en materia educativa, nivel de cobertura previsional, entre otros. Por otro lado, el mismo párrafo del artículo 5.2 de las "Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador" reconoce una dimensión normativa, al identificar entre los aspectos en los que se refleja el cumplimiento de la obligación de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "la recepción constitucional, el desarrollo legal e institucional y las prácticas de gobierno de los Estados". La nota al artículo 11 define las medidas regresivas que, aclara el artículo, "en principio, son incompatibles con la vigencia plena del Protocolo": "**por medidas regresivas se entienden todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido**".

Nuevamente, esta definición de regresividad involucra las dos nociones señaladas, toda vez que son regresivas: a) las disposiciones normativas que impliquen un retroceso en la extensión concedida a un derecho, y b) las políticas que impliquen un retroceso en los resultados, medible a través de indicadores o referentes empíricos.

La prohibición de regresividad también se encuentra presente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 2.1 del PIDESC establece que *“cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”*. La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta gradualidad. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa en su Observación General 3 que *“el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2 del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes”*. *“Sin embargo –continúa la Observación General–, el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo”*.

Se trata por un lado de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la *raison d'être* del Pacto, es decir, el establecimiento de obligaciones claras a los Estados Parte al respecto de la plena realización de los derechos en cuestión. Por ende, impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta” (párr. 9). De allí que la noción de

progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos sociales y culturales. El Comité recalca al respecto que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos *“deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto”* (Observación General 3, párr. 2). Esta interpretación es abonada por el sentido de una de las cláusulas claves del PIDESC, su artículo 11.1. La disposición establece que *“Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”*. El artículo 11.1 resume en gran medida el significado de los derechos sociales: la garantía de un nivel de vida adecuado y la identificación de los componentes mínimos a tener en consideración para dar sentido a esa noción de adecuación. Adicionalmente, **el Pacto requiere la mejora continua de las condiciones de existencia, es decir, la progresividad en el sentido de progreso, o ampliación de la cobertura y protección de los derechos sociales. De esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden extraerse algunas obligaciones concretas. La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes.**

Respecto de la prohibición de regresividad en los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos, dos instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos incluyen cláusulas similares a la del artículo 2.1 del PIDESC, de modo que la prohibición de regresividad también está incorporada a estos instrumentos, puntualmente en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es la norma de ese instrumento dedicada a los derechos económicos, sociales y culturales.

Cabe señalar que la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad tienen exactamente el mismo basamento textual en el artículo 2.1 del PIDESC que en el artículo 26 de la Convención Americana. Más aun, la Comisión Interamericana parece compartir esta postura toda vez que en su análisis sobre el principio de progresividad del artículo 26 de la Convención, afirma expresamente: *“El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos”*

Luego, los retrocesos en materia de derechos económicos, sociales y culturales pueden configurar una violación, entre otras disposiciones, a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana”.

Conforme el bloque constitucional vigente (texto de la Constitución más los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional), cuando el Estado sanciona una legislación o reglamentación que avanza sobre el núcleo esencial de un derecho, o tiene carácter regresivo de los derechos reconocidos a las personas, los jueces deben aplicar criterios de control más estricto. La prohibición de regresividad, contemplada en los tratados internacionales de derechos humanos y el principio de razonabilidad, junto con la escala de valores, fijada por los mencionados

documentos internacionales, deben tenerse en cuenta por el juez al analizar la naturaleza constitucional de una intervención u omisión en el cumplimiento de los derechos a prestaciones. En la doctrina constitucional alemana (Kruger, Durig, Stein) se elaboraron las ideas del contenido esencial de los derechos fundamentales. El contenido esencial de un derecho es aquel más allá del cual se hace irreconocible el tipo de derecho protegido, al faltarle sus caracteres mínimos definitorios. El legislador ordinario no puede, al regular las instituciones de la seguridad social y el reconocimiento de sus derechos, actuar en forma tal que desborde su contenido esencial.

La prohibición de regresividad puede ser entendida, en este contexto, como una veda a las normas y medidas estatales que, por debilitar o retraer el nivel de protección otorgado, reinstauran obstáculos para la satisfacción de sus necesidades básicas, o, en términos más amplios, hacen renacer obstáculos de carácter económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas, e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social de un país. En este sentido, la prohibición de regresividad opera como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte de los poderes políticos, del mandato del Estado social –o bien de las cláusulas de pactos internacionales de derechos humanos que imponen al Estado obligaciones en materia social–. Dado que el contenido de las necesidades consideradas básicas, las posibilidades de desarrollo de las personas y las áreas de participación se amplían con el tiempo y con el progreso material y científico de nuestras sociedades, el umbral de protección –y por ende, las posiciones consolidadas insusceptibles de derogación o supresión– también tienden a ampliarse progresivamente.

En efecto, la obligación de no regresividad implica un control “agravado” del debido proceso sustantivo: de acuerdo a la concepción tradicional de la razonabilidad, el parámetro al que quedaban sujetos el legislador y el Poder Ejecutivo se vinculaba exclusivamente con criterios de

racionalidad –por ejemplo, la no afectación de la sustancia del derecho, el análisis de la relación medio/fin que propone la norma, el análisis de proporcionalidad, etcétera–. Evidentemente, un mismo derecho puede ser pasible de varias reglamentaciones razonables, de modo que el principio de razonabilidad excluye las reglamentaciones irrazonables, pero permite que el legislador o el Poder Ejecutivo escojan dentro de las opciones razonables, la más conveniente de acuerdo a su apreciación política. La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con la racionalidad, **otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal o histórica: aun siendo racional, la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce.** De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posibles, los poderes políticos tienen, en principio, vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales y culturales vigentes. En este sentido, la prohibición de regresividad agrega un nuevo estándar de análisis al concepto de razonabilidad de la ley.

Corresponde a quienes tienen la tarea de actualizar la Constitución –tanto los órganos de gobierno como la sociedad– ampliar la protección de los derechos cuando las limitaciones alcanzan a sectores de la sociedad cuyos derechos básicos no son respetados por el Estado. El Estado Parte del PIDESC no puede justificar su intervención en los mencionados derechos mediante afirmaciones genéricas sobre necesidades del Estado, fiscales, económicas o financieras. Debe probar que otros derechos previstos en el PIDESC se vieron favorecidos por la medida interventora. Tampoco puede hacerlo en su exclusivo interés, sino que la medida debe estar en armonía con el desenvolvimiento de los restantes derechos. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpreta que el PIDESC establece una prohibición absoluta

de medidas regresivas respecto de cualquier derecho comprendido en el Pacto. El dictado de normas que vulneren el contenido mínimo esencial de esos derechos implica violar el Pacto. Ya hace treinta años la Corte Argentina sostenía que, en materia de derechos sociales, rige la regla *in dubio pro justitia socialis* a la que le asignó naturaleza constitucional.

El principio de no regresividad, el estándar de razonabilidad y la regla *in dubio pro justitia socialis* fijan claros límites a la actividad del Estado. La norma nacional es regresiva cuando la efectividad del derecho social que se reglamenta es menor que el que había alcanzado antes de la sanción de la norma. El juicio de comparación, en el caso de los derechos sociales, permite desarrollar una serie de principios que son aplicables para establecer el carácter regresivo o no de la nueva norma respecto de la anterior. La denegación o la violación de los derechos económicos, sociales y culturales pueden materializarse de diferentes formas y alcanzar distintos grados de intensidad. La pobreza extrema en que cayó más del cincuenta por ciento de la población argentina, a principios del presente siglo, es un claro ejemplo de ello. Esta pérdida de vigencia alcanzó a todos los derechos sociales, en un contexto de pronunciada regresividad, violando el principio de indivisibilidad de los derechos humanos. Las leyes 24.241 y 24.463, que introdujeron reformas estructurales al sistema previsional argentino, fueron un claro ejemplo de normas regresivas de los derechos y garantías judiciales de los beneficiarios del sistema.

3.- De la acción y responsabilidad del Estado

El sistema constitucional consagra la seguridad social como un derecho y, también, como garantía institucional. Se trata de organizar un régimen público cuya preservación es indispensable para asegurar los principios y derechos constitucionales conformando un núcleo irreductible para el legislador. La seguridad social en su desenvolvimiento histórico ha desarrollado determinados rasgos que le son propios y que la hacen reconocible como tal. Los

distintos subsistemas que integran el sistema de la seguridad social tienen por finalidad dar respuesta adecuada a estados de necesidad esenciales para la vida y dignidad de las personas y, por ende, deben contar con una fuerte protección que la libre de alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia. Es por ello, que el legislador ordinario no puede por su propia decisión modificar la naturaleza de la seguridad social transformándola en otra cosa.

Es función del Estado organizar y financiar la seguridad social, de carácter público y obligatoria para cubrir las necesidades y contingencias de todas las personas. Es el Estado el encargado de garantizar y “otorgar” los derechos a la seguridad social, siendo las personas sus beneficiarios, pero no alcanza sólo con su actividad, sino que se requiere de la organización de la sociedad, del ejercicio activo de los derechos colectivos de “participación” por parte de los ciudadanos en la vida económica y social, tipificados, entre otros derechos, en la libertad política y sindical, el derecho de huelga, la negociación colectiva, autonomía económica y financiera de las entidades nacionales o provinciales de la seguridad social, administración por los interesados con participación del Estado de las personas públicas no estatales, iniciativa legislativa y consulta popular. En el nivel del desarrollo actual de los contenidos sociales y democráticos del Estado de derecho, los derechos sociales son una parte inescindible de los derechos humanos fundamentales del hombre. El principio rector, para tomar posición a favor o en contra de la exigibilidad de los derechos a prestaciones, pasa por reconocer, como dice Alexy⁸, que *“los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no-otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”*. La Constitución marca, entre otros fines a conseguir, la

⁸ Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997,

p. 432

universalidad (integralidad), en sus aspectos objetivo y subjetivo, de la seguridad social. Para su logro deben tenerse en cuenta las circunstancias económicas, los recursos disponibles y las necesidades sociales. Su evolución puede ser más rápida o más lenta, pero no admite retrocesos significativos.

Para hacer efectivos los derechos vinculados al desarrollo integral de la persona, y poder cumplir con las directivas fijadas en el artículo 75, incisos 19 y 23, de la Constitución nacional, la asignación de recursos pasa a ser una directriz fundamental. Desde una perspectiva asistencialista “focalizada”, no acorde con el criterio de reconocimiento universal de los derechos, sólo el grupo de personas vulnerables merecen ayuda; desde una interpretación amplia de los derechos humanos, todas las personas, de acuerdo al texto de los tratados, pueden exigir la concreción de medidas positivas, que aseguren el derecho al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social. La lectura de los tratados internacionales de derechos humanos, incorporados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) permite sacar algunas conclusiones sobre la aplicación del criterio de los recursos disponibles. Así, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Parte se han comprometido a *“lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”* (art. 26), en la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, que los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para darle efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, *“hasta el máximo de los recursos que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”* (art. 4). Pero es en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (PIDESC) donde el tema aparece tratado con mayor claridad y amplitud, estableciéndose el

compromiso de los Estados Parte de hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto, en forma progresiva *“hasta el máximo de los recursos de que disponga”* (art. 2.1). La pauta *“hasta el máximo de los recursos”* no admite dudas, ni interpretaciones regresivas. Los derechos sociales tienen por principal función asegurar la participación en los recursos sociales de los distintos miembros de la comunidad. Es un requisito necesario para asegurar condiciones de libertad e igualdad. Los derechos a la seguridad social son derechos humanos fundamentales y como tales gozan de una preferencia que implica el deber de los gobiernos de asignarles el máximo de recursos disponibles para su realización. Todo ello, luego de una evaluación objetiva, de tal manera que al distribuir los ingresos y gastos del presupuesto se coloquen, en primer lugar, el cumplimiento de las necesidades insatisfechas más valiosas y a partir de allí, en un sentido descendente, los menos valiosos. En el sistema político, la actividad financiera pública es un instrumento para hacer efectivas las instituciones constitucionales. La Constitución establece algunos principios constitucionales financieros: no hay ingresos ni gastos sin ley, e igualdad, equidad y solidaridad (arts. 4, 16, 75, inc. 2, 8, 19, 22 y 23 de la Constitución nacional). La actividad financiera del Estado no puede contradecir el fin que le es propio: darle efectividad a los derechos y a las instituciones en el marco del principio de razonabilidad (arts. 28 y 33 de la Constitución nacional).

4.- De los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

Tal como se ha mencionado, la Convención Americana, en su artículo 26, al referirse a los derechos económicos, sociales y culturales, señala el compromiso de los Estados Parte de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. A su vez en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *“Protocolo de San Salvador”*, se establece la

obligación de los Estados Parte de adoptar medidas *“hasta el máximo de los recursos disponibles”* a fin de *“lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”*, no pudiendo *“restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”* (art. 4), ni establecerse restricciones y limitaciones *“al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”* (art. 5). A esta disposición de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador se suma el artículo 4 de la Convención sobre Derechos del Niño, que expresamente establece que *“en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptaran esas medidas (para dar efectividad a los derechos) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...”*. La resolución de las situaciones de crisis económicas y sociales debe hacerse dentro del Estado de derecho, sin lesionar los derechos de los ciudadanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que, si bien la suspensión de garantías constitucionales constituye una situación excepcional, ello no significa que la misma *“comporte la supresión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad, a la que en todo momento deben ceñirse”*, y que *“el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derecho son inseparables”*. En ningún caso los problemas vinculados con la vida económica o social del país pueden justificar la suspensión de derechos. En el PIDESC, que cuenta con jerarquía constitucional, no existe norma alguna sobre estados de excepción. Es concluyente la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sentido de que un *“Estado Parte no puede nunca, ni en ninguna circunstancia, justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables”*.

Por consiguiente, existe un núcleo duro de los derechos que no puede ser alterado por la emergencia.

5.- ¿La norma atacada es regresiva?

Corresponde ahora desentrañar si la ley que aquí se cuestiona “restringe o menoscaba alguno de los derechos reconocidos o vigentes en la República Argentina.

En primer lugar, la ley 27426 modifica a la ley 26.417 de movilidad jubilatoria, creando una nueva fórmula.

La ley 26417 significó un trascendente avance en materia de derechos sociales, lo queda graficado palmariamente en el trabajo de los periodistas económicos Javier Lewkowicz y Alfredo Zaiat cuando explican que si en vez de aplicar los aumentos de la ley de movilidad se hubiera aplicado índices de consultoras privadas, el IPC de la Ciudad de Buenos Aires y el Indec desde 2009 a 2017, el haber mínimo jubilatorio sería de \$ 5.470 en ves de los \$7.246. En consecuencia la aplicación de la formula prevista en al ley 26417 elevó en términos reales muy fuertemente el haber mínimo jubilatorio, pero también significo un incremento similar para el resto de las prestaciones de la seguridad social. De hecho esta norma permitió que nuestro país ratificara el convenio 102 de la OIT sin objeciones de ninguna naturaleza, un hecho inédito hasta ese momento. Pero fundamentalmente esta norma fue en términos de los convenios analizados una norma de claro sentido “progresista”.

La nueva ley por el contrario, pareciera ser una ley con un alto contenido fiscalista y dictada con un único objeto: “generar un fuerte ahorro fiscal” y por ende darle un claro mensaje a los “mercados” y a los organismos internacionales: FMI, BM y OCDE. El contenido fiscalista se visualiza en que todos los trabajos y comentarios referidos a esta norma están dirigidos a determinar

cual es el “alivio de las cuentas fiscales”. Veamos algunos de ellos surgidos en los diarios del día domingo 17 de diciembre:

- Clarín económico Título **Jubilaciones: están en juego no menos de \$72.000 millones**. En dicha nota el prestigioso periodista Ismael Bermudez detalla:
 - *“la nueva formula el Fisco tiene una **ganancia** de 0,6% del PBI”*
 - *“...IARAF calcula que el ahorro fiscal en 2018 sería de 72.000 millones equivalente al 0,6% del PBI”*
- Otra nota del diario Clarín (pagina 14) bajo el titulo: **Cambiamos defendió el bono a los jubilados y la oposición dijo que es una “limosna”**, refiriéndose al DNU resalta: *“es un bono compensatorio para empezar a resolver esta cuestión más compleja”*
- La Nación, Título **El efecto del cambio varía según el tipo de haberes**. Allí se lee: *“En el empalme entre ambas modalidades de actualización es donde estaría el mayor efecto fiscal, como contracara de una caída en el nivel de la suba que recibirían los jubilados, al menos respecto de lo que estaba previsto”*
- Página 12 Título **Ahora sí van por la plata de los jubilados**. El prestigioso periodista Alfredo Zaiat describe: *“la resistencia social y política para detener el asalto a los ingresos de los jubilados y de la asignación universal por hijo pretende ser neutralizada con el anuncio de un bono compensador. Iniciativa que deja al descubierto el **carácter regresivo** de la reforma” “el costo fiscal de ese bono será apenas 4.000 a 5.000 millones de pesos, cuando el ahorro total en seguridad social por el cambio de la formula de movilidad está estimado en 100.000 millones de pesos”*
- El CEPA estima el ahorro en 75.000 millones de pesos y el bono un costo fiscal de algo más de 3.666 millones de pesos, por lo que el ahorro neto sería del orden de los 71.300 millones de pesos

Entiendo que a esta altura ninguna duda queda que la ley que se impugna representa un “ahorro fiscal” de entre 70.000 y 100.00 millones de pesos según quien haga el cálculo, pero todos coinciden en que a partir de la aplicación de la ley y el DNU “complementario” habrá una fuerte disminución de los ingresos de los beneficiarios de la seguridad social, como es el caso de mi mandante. En consecuencia esa disminución del poder adquisitivo del haber de las prestaciones del conjunto de los beneficiarios y, entre ellos de mi mandante, representa un claro retroceso y **representa una clara violación del principio de progresividad previsto en los pacto internacionales suscriptos y ratificados por nuestro país. La respuesta al interrogante del título del acápite no deja duda la nueva formula de movilidad es regresiva y en consecuencia inconstitucional.**

- **PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El Poder Ejecutivo Nacional no puede dictar decretos de necesidad y urgencia, ni el Poder Legislativo puede sancionar leyes que alteren los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, constituyendo la legalidad y la razonabilidad límites infranqueables en el Estado de Derecho.

Partimos de la base de que vivimos en un Estado de Derecho, que se caracteriza por el sometimiento de los Poderes Constitucionales, a la Constitución Nacional y a la Ley. Este sometimiento no es un fin en sí mismo, sino una técnica para conseguir una determinada finalidad, que en nuestro sistema político-jurídico consiste en el sometimiento del Estado al “bloque de legalidad” (Leyes, reglamentos, principios generales, precedentes, tratados internacionales, Constitución Nacional, etc.) y, consecuentemente, el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de los medios necesarios para su defensa. Someter al Estado al bloque de la legalidad es someterlo al derecho, y, por ende, servir a la defensa de la igualdad, de la libertad, y del respeto a los derechos adquiridos.

Una de las principales funciones es poner al accionar arbitrario provenga de donde provenga, por ello si el Poder Judicial, bajo el pretexto de no entorpecer al Poder Ejecutivo no pone límites, de ese accionar se deriva una grave consecuencia, al dar como cierta la maquiavélica frase de que “el fin justifica los medios”. Si lo esencial pasa a ser “no entorpecer” al Ejecutivo, dejando de lado el juzgamiento de la constitucionalidad de una decisión o una medida y sólo se limita a valorar su conveniencia para el Poder Ejecutivo, todo el sistema de legalidad entra en crisis. Sobre dicho peligro alertó Germán J. Bidart Campos al decir que “juzgar la constitucionalidad de una medida no es juzgar su conveniencia”. (Dr. Pedro J. Kesselman, Revista del C.P.A.C.F., Agosto 2001, nº48).

Una norma tiene la fuerza de su legitimidad. Pero indefectiblemente pierde esa fuerza cuando, sin respetar la legalidad, se la utiliza exclusivamente con fines económicos. Entonces la medida nace herida en su legitimidad. Esto ocurre cuando pasa por encima de los derechos y garantías reconocidos, convirtiéndose en un mero instrumento de decisiones ignorantes de las consecuencias que sus avasallamientos provocan.

- PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

La garantía de razonabilidad debe estar siempre presente en los actos del Estado a tenor del artículo 28 de la Constitución Nacional.

Los derechos subjetivos que nos da la Constitución Nacional pueden ser reglamentados (art. 14 y 28 C.N.). Esta debe ser realizada por ley formal del Congreso de la Nación. Esa ley debe ser razonable, o sea, no puede alterar el derecho que regula.

El art. 28 de la Ley Superior establece que *“los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos **no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio**”*.

No podemos dejar de lado lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia en varias causas en las que le tocó decidir sobre el interrogante de qué se entiende por lo razonable. Y al respecto éste tribunal ha dicho que la razonabilidad consiste en *“la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motivan y a los fines que se procura alcanzar con ellos”*.

La razonabilidad impone un límite que, si se traspasa, se cae en la zona opuesta, es decir lo irrazonable o de lo arbitrario, y esto es lo que ha ocurrido con las normas que se impugnan en el presente amparo.

Si bien es cierto que la misión más delicada de la Justicia es saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, de allí no cabe derivar que el Poder Judicial pueda abstenerse de ejercer el control de razonabilidad. Lo contrario, deja de lado garantías que hacen a la esencia de nuestro sistema Republicano de Gobierno, cuya integridad pretende resguardarse por medio, entre otros, de la subsistencia de dichas garantías.

El principio de razonabilidad, que dimana del artículo 28 de nuestra Constitución Nacional y que tiñe todo el sistema jurídico argentino, ha sido considerado por la Corte Suprema en reiteradas oportunidades, indicando que *“...La Carta Fundamental en su art. 28 ha dicho categóricamente que, so pretexto de reglamentar, la ley no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la CN, pues no puede destruir lo mismo que ha querido amparar”* (Fallos: 199-145) *“...las disposiciones constitucionales deben ser razonables, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionada a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad”* (Fallos 312-496; 308-418). *“...Todo derecho constitucional no es absoluto, sino que debe adecuarse de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio,*

las cuales, a su vez, no pueden alterarlos, lo que sucede cuando sus previsiones resultan irrazonables, o sea, cuando no se adecuan al fin que requirió su establecimiento o incurren en manifiesta iniquidad” (Fallos: 325-645).

Linares Quintana, respecto del principio de razonabilidad, afirma *“...Toda actividad estatal, para ser constitucional debe ser razonable. Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido: con arreglo a lo que dice el sentido común. El Congreso, el Poder Ejecutivo, los jueces, cuando actúan en el ejercicio de sus funciones específicas, deben hacerlo de manera razonable. Todo acto gubernativo debe resistir la prueba de la razonabilidad.”* (Tratado de Interpretación Constitucional", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, págs. 224/25).

A la luz de la trascendencia ética del principio de razonabilidad que impregna todo nuestro derecho, corresponde valorar las cuestiones que agravan a mi parte de la Ley 27426 :

- Altera gravemente el poder adquisitivo de la prestación jubilatoria de mi mandante.
- Aplica retroactivamente la nueva fórmula de cálculo del reajuste jubilatorio.
- Produce un retroceso de derechos y garantías de mi mandante que viola los pactos internacionales de derechos económicos sociales y culturales ratificados por nuestro país.
- Aplica en forma discriminatoria el Decreto 1058/17

Respecto del principio en análisis explica el Dr. Joaquín V. González que: *“...LIMITACIONES POR LAS LEYES.- Éstas limitaciones tienen su origen en el artículo 14, que empieza diciendo que el goce de los derechos debe ser conforme las leyes que reglamenten su ejercicio, invistiendo al Congreso con*

la potestad de dictar todas las restricciones que nacen de la misma naturaleza de la sociedad, de los principios eternos de la justicia y la moral ...Pero ese poder del Congreso, o de la ley, no es tampoco absoluto. Puede limitar el uso de los derechos, pero sin desconocerlos ni alterarlos en su esencia. Así dice el artículo 28: Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Este artículo debe ser encordado con el artículo 14, para la exacta interpretación de éste. Su propósito es de principios de experiencia, de reconocimiento de la integridad de los derechos, y de defensa contra las invasiones del Poder Legislativo en la esfera reservada de la soberanía nacional, no conferida a los Poderes del Gobierno. Pero no solo puede haber en los pueblos presidentes o reyes que se hagan tiranos, sino también legislaturas o parlamentos que conviertan sus potestades de dictar leyes en un verdadero despotismo o den leyes injustas...” Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, Ed Estrada, Buenos Aires 1983; páginas 110 y 111.

- DERECHO DE PROPIEDAD

La Normas impugnadas también son inconstitucionales por que afectan el derecho de propiedad de mi mandante.

Como explica el Dr. Bidart Campos (Tratado de Derecho Constitucional TOMO I Pág. 480), **“nuestro derecho constitucional enfoca la *propiedad en el aspecto de propiedad adquirida*”** y la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que “propiedad” desde un punto de vista constitucional, ***es todo interés apreciable en dinero que los hombres tienen, fuera de su vida y de su libertad.***

Esa ***propiedad***, está protegida por la Constitución Nacional de distintas maneras: el **art. 14** dice que **“todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos.....de usar y disponer de su propiedad”**; el **art. 17** dice que **“la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley.”**

Es evidente entonces, que la ley 27426 y el Decreto 1058/17 son discriminatorio y es arbitrarios, atentatorios de derechos subjetivos, y por lo tanto, inconstitucional.

Todos los constitucionalistas están de acuerdo en que ninguno de los derechos subjetivos que la Constitución Nacional nos concede en forma expresa o implícita, es absoluto. Esto significa que nadie puede pretender ejercer los derechos subjetivos que le reconoce el orden jurídico en forma ilimitada, y también significa que las normas pueden reglamentarlos o ponerles límites.

Pero esa potestad de limitación es lo que se conoce como “reglamentación de los derechos” y no puede ser ejercida por el poder público de manera arbitraria, es decir, de tal forma que torne ineficaz el derecho o las libertades que protege la propia Constitución.

Los Poderes políticos alteran los fundamentos del constituyente que motivara el contenido a la norma jurídica, no puede desoír mediante su potestad la ratio legis, ni el sentido que estuvo en la intención del legislador constituyente.

Probablemente los poderes políticos consideren, aunque no lo han dicho expresamente en las normas dictadas, que las mismas no son otra cosa que el ejercicio de su potestad, *una potestad que les es propia*. No hace falta una gran agudeza jurídica para calificar a este argumento, al menos, de endeble: ¿por qué? **porque en materia de ejercicio de facultades no está implícita la autorización de aniquilar derechos subjetivos.**

El concepto genérico de propiedad constitucional, que engloba todas sus formas posibles, ha sido acuñado por la Jurisprudencia de la Corte Suprema al señalar que el término propiedad utilizado por la Constitución comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de

propiedad (conf. Bidart Campos, Germán, Manual de la Constitución Argentina, Tomo II, pág. 118, Ediar, Argentina, 1997).

Esta concepción del derecho de propiedad se ha reiterado en forma indirecta en el inciso 19 del artículo 75, que dispone que el Congreso de la Nación debe proveer lo conducente al progreso económico con justicia social, por lo cual se indica la necesidad de correlación entre ambos preceptos tendientes a lograr el bienestar general.

El artículo 17 de la Constitución Nacional establece el carácter de inviolable, no sólo del derecho de propiedad, sino de todos los derechos individuales, en la interpretación que tanto la doctrina como la jurisprudencia han hecho del principio. Ni el Estado ni los particulares pueden privar a una persona, sea ésta física o jurídica, de tales derechos arbitrariamente o restringirlos más allá de lo razonable, de forma tal que, en los hechos, signifique una anulación o alteración del derecho en cuestión.

- PRINCIPIO DE IGUALDAD

Las Normas impugnadas son inconstitucionales por que afectan el principio de igualdad en materia de derechos subjetivos

Resulta sencillo convenir que igualdad ante la ley en términos de derechos significa que la ley no establece distinciones individuales respecto de aquellas personas de similares características, ya que a todas ellas se les reconocen los mismos derechos y las mismas posibilidades. Todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción de credos, razas, ideas políticas, posición económica, etc. Este sentido de la igualdad, que ha constituido un ideal logrado a través de ingentes luchas, se ha visto vulnerado con el dictado de las normas recurridas.

En ese sentido, el Profesor Bidart Campos, sostuvo que: “...La constitución argentina consagra en su art. 16 la igualdad “ante la ley” [...] La reforma constitucional de 1994 ha avanzado en las formulaciones de la igualdad, superando la igualdad formal con claros sesgos de constitucionalismo social, y

completando las normas de la constitución histórica. [...] Así: a) el inc. 23 del art. 75 adjudica al congreso la competencia (para nosotros de ejercicio obligatorio) de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato [...] b) la misma norma añade que esa legislación y esa promoción mediante acciones positivas debe enderezar al pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos [...] añade que todo lo enunciado en los incisos a) y b) ha de particularizarse respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados...” En la página siguiente, aclara Bidart que, “...acciones positivas significan prestaciones de dar y de hacer a favor de la igualdad [...] el verbo promover (en el art. 23 del art. 75) implica adoptar y ejecutar políticas activas que den impulso al acceso a la igualdad real y efectiva [...] a) la igualdad exige que se trate de mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones [...] b) por eso, implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias...” Claro está, como bien lo sostiene que: “...el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen un trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea razonable [...y que...] las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores, o privilegios, etc...” en GERMAN BIDART CAMPOS, MANUAL DE LA CONSTITUCIÓN REFORMADA, EDIAR, Buenos Aires, 1998, Tomo I, Pags. 530 a 533.

El Congreso de la Nación al sancionar la ley 27426 y el Decreto 1058/17 es consciente de las consecuencias que esa decisión traerá a la ciudadanía.

No escapaba a su saber y entender que estaba alterando el principio de buena fe, ya que es imposible la aplicación y cumplimiento literal de los términos de la ley sin afectar el sistema de la seguridad social.

Los legisladores fueron conscientes de que el cambio que estaban produciendo provocaba desigualdades. De su tratamiento y de lo debatido en comisiones surge claramente que conocían el caos que estaban pariendo.

Por ello, y ante la existencia de la ley 27426 y el Decreto 1058/17 y demás normas complementarias y correctoras, es imperioso que la Justicia intervenga en circunstancias extraordinarias como la presente que afecta a toda una categoría de ciudadanos.

La ley 27426 altera y vulnera el concepto teleológico de que la seguridad social es el camino idóneo para lograr una justa distribución de la riqueza y creación de una sociedad con justicia social.

Por lo tanto aquello que la única garantía de futuro para millones de beneficiarios, pasa ahora a poder usarse para cualquier cosa que se le ocurra al burócrata de turno.

El principio de igualdad ante la Ley que consagra el artículo 16 de la Constitución Nacional, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. Si bien el principio aludido no tiene carácter absoluto, las excepciones o trato diferencial lo son para situaciones diferenciables, y no para marcar la desigualdad entre los iguales.

Las Normas impugnadas cometen un evidente e indisimulable acto de discriminación, toda vez que deja en inferioridad de posibilidades a unas personas contra otras en idéntica situación actual.

Es inaceptable que quien reposó su confianza en el país vea hoy que, según condiciones totalmente antojadizas, hacen desaparecer el fruto de su trabajo.

Este hecho debe ser tratado con igualdad y equidad, figuras éstas que han quedado al desamparo con el dictado de las normas impugnadas.

Resulta entonces que el equilibrio de las prestaciones, por aplicación de la ley, se distorsionarán, entonces, la equidad y la justicia requieren que V.S. restablezca el equilibrio, impidiendo toda desigualdad y discriminación.

- **IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES Y LOS DERECHOS ADQUIRIDOS**

La jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal ha forjado un principio rector en la materia, el cual expresa que: “El principio de que las leyes no son retroactivas emana solamente de la propia ley –el Código Civil- y carece, por ende, de nivel constitucional; pero cuando la aplicación retrospectiva de una ley nueva priva a alguien de algún derecho ya incorporado a su patrimonio, el principio de la irretroactividad asciende a nivel constitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, consagrada en el artículo 17”. (C.S.J.N. Fallos 137:47, Consid.XIII).

Por ello, si bien la ley puede ser retroactiva sin ofender a la Constitución Nacional, nunca podría respetarla si dicha retroactividad cercena un derecho incorporado al patrimonio, enervando así el derecho constitucional mencionado. Como enseña Bidart Campos: “...el derecho constitucional se preocupa por descubrir cuándo la retroactividad se torna inconstitucional, para prohibirla o enervarla, y no sólo respecto de las leyes, sino de cualquier norma o acto” (Tratado de Derecho Constitucional, Tº 1, Ed. Ediar, 1995).

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, los derechos y obligaciones emergentes de los contratos integran uno de los contenidos del derecho constitucional de propiedad, y se resguardan en la inviolabilidad consagrada en el artículo 17 de la Carta Magna.

Las leyes no pueden privar derechos ya incorporados al patrimonio (derechos adquiridos). Allí radica el principal reproche atento que tal ley priva de la propiedad adquirida a los beneficiarios del sistema.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que si en virtud de una ley se ha adquirido un derecho, ese derecho es intangible frente a la sanción de nuevas leyes que posteriormente lo desconozcan, lo agraven o puntualmente lo aniquilen.

El Alto Tribunal en el fallo “Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c/ Pcia. de Bs.As. s/ Daños y Perjuicios” de fecha 12/09/1996, expresó que ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatarse o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, pues en este caso el principio de irretroactividad dejaría de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema.

A esta altura está claro que el artículo 2° de la ley 27426 Cuando establece *“La primera actualización en base a la movilidad dispuesta en el artículo 1° de la presente, se hará efectiva a partir del 1° de marzo de 2018”* lo que está haciendo es anular el período julio/diciembre de 2018 ya virtualmente devengado en casi su totalidad, que debe abonarse en marzo y reemplazándolo por la nueva fórmula que involucra en dicho período el tercer trimestre del corriente año. **En definitiva lo que hace es generar de hecho una retroactividad legal violando claramente el principio de *“irretroactividad de la ley”***

Coincidentemente con lo expuesto, recientemente la Excm. Cámara Federal de la Seguridad Social ha sentado una pacífica doctrina jurisprudencial contraria a la aplicación retroactiva de la ley en materia de seguridad social. Así, la Sala II en autos: “DI MARIO CARMELO c/ ANSES s/REAJUSTES VARIOS” (26/02/2017) y “AYBAR RAMONA DEL VALLE c/ ANSES s/REAJUSTES VARIOS” (14/08/2017); y la Sala III en autos: “GEUNA ALBERTO ALFREDO c/ ANSES s/REAJUSTES VARIOS” (18/08/2017).

La afectación de los derechos de mi mandante con la aplicación retroactiva de la nueva fórmula de movilidad tampoco es una conjetura Conf. “Heit Rupp, Clementina c/ Administración Nacional de la Seguridad Social” Fallos: 322:2226), es otra cuenta matemática simple.

V. - PROCEDENCIA DE LA ACCION DE AMPARO

La acción de amparo que promovemos es procedente ya que se dan todos los requisitos dispuestos por el artículo 43 de la Constitución Nacional (*“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrá interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.”*); para ello a saber:

1) Existe **un acto** de las autoridades públicas, lesivo de derechos constitucionales adquiridos, que se materializa con el dictado de la ley 27426, su promulgación y publicación;

2) Esa lesión **es inminente**, puesto que la norma ya ha sido publicada y en forma actual amenaza la existencia de circunstancias que ponen en real y efectivo peligro el pleno ejercicio de nuestro derecho a los beneficios de la Seguridad Social.

3) La lesión se produce con **ilegalidad y arbitrariedad manifiesta**. La comprobación de la ilegalidad manifiesta, y la consecuente lesión

de los derechos constitucionales (presupuestos de la procedencia de la acción incoada), requiere de una actividad probatoria mínima y elemental y no requiere un debate que exceda de los límites del amparo. En consecuencia, para arribar a una sentencia que se pronuncie sobre la procedencia de la pretensión deducida, el procedimiento de la acción de amparo resulta suficiente y adecuado, para garantizar la defensa en juicio de las partes en el marco de un proceso justo.

4) La norma **discrimina** cercenando a mi mandante de la libre disposición de beneficios jubilatorios.

5) **No existe un remedio judicial más idóneo** para pedir protección al derecho subjetivo mencionado, teniendo en cuenta que resulta indispensable la declaración de inconstitucionalidad de las normas antes citadas para salvaguardar los derechos de mi mandante.

En este sentido, qué consecuencias traería la utilización de la vía ordinaria, aún en el supuesto de alcanzar una sentencia de primera instancia favorable: un proceso lento y engorroso que podría durar años y que se devoraría la pretensión procesal. En este sentido, en la causa *“Mases de Diaz Colodrero A. C/ Provincia de Corrientes”*, L.L. 1998-B-321, la Corte Suprema de Justicia de la Nación enunció: *“Que los agravios del apelante justifican su examen en la vía intentada, pues si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar los medios ordinarios para la solución de las controversias (...) su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias”*.

1) **Innecesaridad de Reclamo Administrativo Previo**

La jurisprudencia del fuero ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los efectos que ha tenido la Reforma Constitucional de 1994 sobre los requisitos procesales del amparo.

Como V.S. bien lo sabrá, la interpretación mayoritaria sostiene que la Reforma Constitucional no ha producido una derogación en bloque de la

ley de amparo, sino sólo de aquéllas normas incompatibles con las nuevas disposiciones constitucionales. Pues bien, desde esta perspectiva, los tribunales se han pronunciado claramente por la no subsistencia del requisito que estamos considerando:

1º) *Sala I de la CNFed. Contencioso administrativo: "...hoy, frente al texto del nuevo art. 43 - parte 1ª- de la Carta Magna, no puede sostenerse ya como requisito de procedencia de este remedio sumarísimo y excepcional la inexistencia de vía administrativa idónea para la tutela del derecho que se invoca como conculcado" ("Aydin S. A. c. Secretaría de Medios de Comunicación de la Presidencia de la Nación"; considerando II.2; Fallo de May/22/1996, pub. en LL-1997-D- 694).*

2º) *Sala III de la CNFed. Contencioso administrativo: "...el texto constitucional en vigor no establece que la existencia de un recurso o remedio administrativo pueda ser obstáculo para la admisibilidad de la pretensión (Schroeder, Juan c/Estado Nacional s/amparo ley 16.986", pub. en LL-1994-E-449).*

Lo mismo ha sido sostenido por importante doctrina nacional, como puede apreciarse en la opinión de Rivas, quien afirma que el art. 43 de la CN produce "...un vuelco drástico y trascendente en el sistema vigente: la garantía obrará sin impedimentos ni otros condicionamientos que no sean los que el propio texto constitucional establece"; agregando que: "...se han suprimido las referencias de la ley 16986 a los recursos y remedios administrativos, cosa que importa permitir un directo acceso a la justicia" (Rivas, Nestor; "El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina"; en LL-1994-E-1224).

VI.- DERECHO.

Fundo el derecho que me asiste en los Artículos 14, 14 bis, 16, 17, 28, 31, 33 y 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, Artículos XIV, XVIII, XXIII y XXIV

de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, artículos 8, 17, 22, 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículos 8, 21, 25 y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos , leyes concordantes, complementarias y correctoras de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos, ley 26854, doctrina y jurisprudencia aplicable al caso. En los pactos internacionales ratificados por nuestro país: la CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, los derechos consagrados en el art. 17 de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES (ley 27.360) como así también por los derechos consagrados en la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y leyes concordantes, complementarias y correctoras.

VII.- LA MEDIDA CAUTELAR QUE SE SOLICITA.-

Por las razones expuestas, y debido a la existencia de una lesión actual al derecho que me asiste, se solicita a V.S. con carácter urgente dicte como medida anticipatoria cautelar – que se solicita tramite inaudita parte - ordenar a la demandada se abstenga de aplicar la ley 27426 y mantenga la vigencia de la ley 26417, hasta tanto se expida sobre el fondo de la pretensión deducida.

El presente pedido se funda en el peligro que implica que durante el transcurso de tiempo que demande la resolución definitiva del presente, los legítimos derechos constitucionales de mi mandante, que dan base a esta acción, resulten burlados por la aplicación de las normas que por la presente acción se impugnan.

La precedente relación de los hechos abona con suficiente elocuencia la verificación en el caso, de los requisitos exigidos por la doctrina y jurisprudencia en torno a la admisibilidad de una medida cuya eventual

denegatoria traduciría un agravio claramente irreparable. (conf. acerca de la procedencia de las medidas cautelares. Barra, Rodolfo "efectividad de la tutela judicial frente a la administración. ED. 107, 419, del mismo modo, Beltran Gambier y Zubiaur.).

Se reclama la urgente tutela de esos derechos constitucionales afectados, atento el alto grado de verosimilitud en el derecho invocado y la existencia de un irreparable perjuicio en ciernes.

La medida cautelar tiene por objeto la defensa y protección de los derechos sociales e individuales de los que es titular mi mandante, los que se verían perjudicados por el accionar ilegal, inconsulto y desmedido de la demandada en un tema tan sensible como lo es la Seguridad Social, en general y el sistema Previsional en particular.

Por su parte, el presente pedido cautelar desde el punto de vista fáctico tiene su fundamento en el alto grado de probabilidad que se cause un perjuicio irreparable. Tal como se acredita en el presente escrito, con la medida cautelar solicitada se trata de evitar que resulten burlados derechos, por el irrazonable y antijurídico accionar de la ANSES, aplicando una ley que está viciada de aspectos a todas luces inconsistentes, irrazonables, sin fundamento legal, y sin el más mínimo respeto a la Constitución Nacional.

Se reclama la urgente tutela de los derechos legales y constitucionales afectados, atento la fuerte probabilidad de la existencia de un irreparable perjuicio en ciernes. Ello en base a los hechos del caso y el derecho invocado.

La nota característica de la cautelar solicitada es la provisoriedad, la cual subsistirá hasta el momento del dictado de una sentencia sobre el mérito que confirme o ratifique lo que haya avanzado desde la perspectiva precautoria.

Como toda decisión judicial, la medida solicitada se encuentra sujeta a la regla *rebus sic stantibus*, es decir puede modificarse si se modifican las circunstancias tenidas en cuenta para otorgarlas.

La Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *“como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético dentro del cual asimismo agota su virtualidad”*, conf. C.S.J.N. in re “Evaristo Ignacio Albornoz v. Nación Argentina – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/ Medida de no innovar”, rta. El 20/12/84 (Fallos 306-2060); todo ello en razón de que *“la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido”* (CS – 4/07/991 LL-1992 – A-110; Estado Nacional vs. Provincia de Río Negro).

Con respecto a la viabilidad de la medida cautelar solicitada, la doctrina nacional recomienda la mayor flexibilidad en su otorgamiento para que éstas cumplan sus fines en forma satisfactoria, sin ocasionar perjuicios que pueden evitarse.

La medida que se requiere importa un verdadero anticipo de la garantía jurisdiccional que se otorga, con el objeto de impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener pierda virtualidad durante el plazo que transcurra entre la articulación del proceso y el pronunciamiento definitivo.

Así la doctrina nacional viene sosteniendo que: “... se ha abierto camino una tendencia amplia y flexible, que ha terminado por prevalecer,

porque tanto o más que al interés privado del solicitante, interesa al orden público que la justicia no fracase por la inevitable lentitud de su actuación, motivo por el cual se viene resolviendo que es preferible un exceso en acordarlas que la parquedad en desestimarlas, ya que con ello se satisface el ideal de brindar seguridades para la hipótesis de triunfo” (Morello, Passi Lanza, Sosa, Berizonce, Códigos procesales, ed. 1971, v.III.).

Son reconocidas las presunciones de ejecutoriedad y legitimidad del acto administrativo, sin embargo, *“(I) a supervivencia de la ejecución forzosa del acto administrativo – como regla general – difícilmente pueda convivir mucho tiempo más con el principio de “tutela judicial efectiva”, el cual excluye la posibilidad de ejecutar coactivamente el acto impugnado antes de su juzgamiento por el poder judicial”* (Juan Carlos Cassagne, Efectos de la Interposición de los Recursos y la Suspensión de los actos Administrativos, E.D. 153,995.).

Asimismo, esta presunción de legitimidad del acto administrativo, no significa que éste sea válido, sino que simplemente se presume que ha sido emitido conforme al ordenamiento jurídico. *“Indiscutiblemente es una presunción legal relativa, provisional, transitoria, calificada como presunción iuris tantum, que puede desvirtuar el interesado demostrando que el acto controvierte el orden jurídico. Tal presunción no es un valor consagrado, absoluto, iure et de iure, sino un “juicio hipotético”, que puede invertirse acreditando que el acto tiene ilegitimidad”* (Tomás Hutchinson, Régimen de Procedimientos Administrativos. E.D. Astrea. 5º ed.).

Tal presunción no exime al juez de valorar los elementos aportados por la parte que solicita la medida cautelar, a fin de determinar si la verosimilitud del derecho invocado desplaza a la presunción señalada. La Corte Suprema ha invalidado pronunciamientos que denegaron medidas cautelares cuando esa presunción ha sido empleada como una mera afirmación dogmática, omitiendo el más elemental análisis de las cuestiones esenciales con respecto a la pretensión cautelar y sin correlato con las constancias de la causa.

Conforme el art. 230 del CPCC puede dictarse una prohibición de innovar siempre que el derecho alegado fuera verosímil (*fumus bonis iuris*) y existiese peligro en mantener una determinada situación de hecho (*periculum in mora*).

En el caso aquí planteado, concurren además los presupuestos que ameritan la medida cautelar solicitada, a saber: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y la exigencia de contracautela.

A.- Verosimilitud en el derecho.

Fuerte probabilidad cercana a la certeza.

El "*fumus bonis iuris*" surge inequívocamente de la descripción de los derechos amenazados por las normas impugnadas.

Este requisito ha sido largamente demostrado a lo largo del análisis efectuado precedentemente, máxime si se considera que de la sola lectura de las normas tal cual han sido dictadas y publicadas y de su comparación con la Carta Magna, surge claramente que se encuentran ambas en discordia, lo que acredita que existe una palmaria inconstitucionalidad.

Pero no solo se encuentra acreditado verosímilmente el derecho invocado, sino que lo hasta aquí expuesto permite considerar que en el caso de autos existe una verdadera certeza sobre la existencia de un grave perjuicio en ciernes y la violación del derecho y las garantías constitucionales invocadas. Es

decir, se encuentra acreditada una fuerte probabilidad –cercana a la certeza- de la atendibilidad del derecho invocado.

No huelga recordar que la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal ha sentado una importante pauta interpretativa para el análisis de este requisito al señalar que “...las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad de la medida cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad” (conf. C.S.J.N. in re "Evaristo Ignacio Albornoz v. Nación Argentina - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s /Medida de no innovar", rta. el 20/12/84, Fallos 306:2060).

En los apartados anteriores ha quedado suficientemente acreditado, por lo menos prima facie, la inconstitucionalidad de las normas tal como ha sido promulgada.

B.- Peligro en la demora.

Sólo ordenando en forma urgente la medida cautelar solicitada es posible mantener la verosimilitud del derecho planteado, toda vez que el interés jurídico que fundamenta el otorgamiento de la medida cautelar solicitada encuentra su justificación legítima en el grave perjuicio que la ley ¿??? produce en el patrimonio de mi mandante y la inseguridad jurídica que significa que en cualquier momento el gobierno de turno pueda cambiar la proporcionalidad del su haber jubilatorio y por ende la falta de garantía de todo el sistema de la seguridad social. Por tanto quedaría en peligro la integridad de los fondos que dan sustentabilidad al sistema y consecuentemente, cualquier demora en la decisión judicial, tornarían en ilusorios cualquier derecho que le pudiera caber a ésta parte.

En el caso de autos, la tutela judicial resulta urgente e imprescindible, ya que caso contrario se verían frustrados gravemente los legítimos derechos de mi mandante a un servicio imprescindible como el derecho a una jubilación digna.

Acerca de este requisito la Corte ha establecido que “el examen de la concurrencia del recaudo aludido pide una apreciación atenta de la realidad comprometida con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia”(CS, julio 11 -996, „Milano, Daniel R. c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

Se advierte a primera vista la necesidad de no mantener la situación de hecho existente con la vigencia de la ley, puesto que de continuarse con el procedimiento instituido por medio del presente se verían afectadas las garantías contenidas en el Art. 43 de la C.N.

C.- Contracautela.

Se Ofrece como contracautela la caución juratoria, en los términos y con el alcance previsto por el art. 199 del C.P.C.C.N.

La caución juratoria V.S. es la contracautela exigible en acciones como estas.

En virtud de este principio de gratuidad no correspondería solicitar ningún tipo de contracautela real, ya que en ese caso se vulneraría el principio de gratuidad establecido por ley.

Por último, cabe destacar a V.S. la teoría general que las medidas cautelares establecen un principio de relación entre el grado de apariencia del derecho y la entidad de la contracautela que se consagra en que a mayor verosimilitud del derecho, menor contracautela existiendo en el caso de autos,

no solo un alto grado de verosimilitud del derecho, sino más bien un alto grado de certeza de atendibilidad del derecho invocado, corresponde ser flexible con la contracautela a fijarse, y por lo tanto corresponde en el caso de autos fijar la contracautela juratoria.

El análisis realizado nos lleva a las siguientes conclusiones:

a) En el caso de autos existe - prima facie, y con fundamentos suficientemente expuestos- una lesión actual, permanente y continuada, a los derechos de los jubilados en su conjunto, lo que incluye a mi mandante, cuya ulterior reparación probablemente sea imposible, y, cuanto menos, muy difícil.

b) Esta situación hace procedente la adopción de una medida cautelar para hacer cesar de manera inmediata la situación lesiva.

c) Dado el carácter actual de la lesión esa medida debe tener - necesariamente- un carácter innovativo (modificar una situación de hecho).

d) En este marco, la medida particularmente solicitada no provoca un perjuicio injusto a la demandada, y resulta adecuada para lograr un aseguramiento inmediato que evite la frustración continua de los derechos lesionados.

Lo que importa es que la medida resulta adecuada para lograr una protección equitativa y balanceada de los derechos involucrados; la cautelar solicitada tiene cabida en la dinámica de nuestro sistema procesal; se enmarca en la dirección que la Corte Suprema le ha impreso al proceso cautelar, y es justa.

Sólo falta que V.S. le otorgue efectividad.

VIII.- EL CAUCE PROCESAL DE ESTA ACCIÓN.-

El Dr. **Lorenzetti** ha sostenido que el Derecho Privado tradicionalmente se ha ocupado de la tutela resarcitoria posterior a la lesión, pero aclara que, modernamente, en el “...**Derecho Civil surge la tutela inhibitoria que permite prevenir el daño antes de que éste se produzca e incursionar en el orden social mediante el señalamiento de conductas obligatorias**” Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, 2° ed., Rubinzal Culzoni, 2009, pág 539. Señala que la tutela resarcitoria consiste en la indemnización del daño sufrido mientras que “La tutela inhibitoria, en cambio, tiene finalidad preventiva. El elemento activante es la posibilidad de un ilícito futuro; es la amenaza de violación” Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, 2° ed., Rubinzal Culzoni, 2009, pág 539.

Esta es precisamente el tipo de protección que se le pide a V.S. a través de la presente acción.

Téngase presente que los jueces no deben desestimar demandas basadas en la violación de derechos constitucionales –o la amenaza de lesión– con el argumento de que carecen de una vía procesal acabadamente delineada. Así, se ha dicho que los tribunales deben acordar protección a los derechos y garantías, sin excusarse en la ausencia de un procedimiento legal apto para su ejercicio, pues estos no han sido reconocidos como simples fórmulas teóricas, sino que poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación CSJN, in re “Ekmekdjian c. Sofovich”, del 07/07/1992, LL Online e in re “Siri”, del 27/12/1957, Fallos 239:459. Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“CSJN”) ha resuelto que “...*ante los problemas suscitados a partir de la irrupción en la vida social de las grandes empresas, con un enorme poderío material y económico y la consiguiente amenaza para el individuo y sus derechos, la CN no desampara a los ciudadanos ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios, remarcando que las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones*

y necesidades de la comunidad” CSJN, in re “Kot”, del 05/09/1958, Fallos 241:291.

En otros casos, el Máximo Tribunal sostuvo que en tanto la cuestión en debate revestía suma gravedad, no correspondía entrar a considerar el nomen juris de la acción apta para la tutela colectiva de derechos individuales frente a la clara violación de las garantías constitucionales en juego CSJN, in re “Verbitsky, Horacio s/ Hábeas Corpus”, del 3/5/05, LL 2005-E, p. 39.

Por lo demás, deben tenerse presentes las palabras de la Corte in re “Halabi” CSJN, in re “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” del 24/2/09, entre otros precedentes, donde se sostuvo que “...donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)”.

Por último, amén de lo expuesto, debe recordarse que los jueces pueden valerse de las facultades previstas en los arts. 36 y 232 CPCCN para ordenar medidas de carácter urgente adaptadas al caso en particular.

En conclusión, más allá de la vía procesal que se acuerde, se solicita a V.S. que haga lugar a la presente acción preventiva con miras a la protección del presentante y de todo el sistema integrado de la seguridad social, de manera urgente e inaudita parte.

IX.- CUESTIONES DE FONDO.

A) VULNERACION DEL PRINCIPIO DE PROTECCION DE LOS INTERESES ECONOMICOS DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Injustamente se están lesionando los intereses de los beneficiarios de la Seguridad Social, entre ellos los de mi mandante.

Al hacerlo, se ocasiona una violación directa y manifiesta de sus derechos expresamente reconocidos en la Constitución Nacional.

Eso es lo que ocurre en el caso de autos. El Estado mediante una ley inconstitucional da pie a que en poco tiempo de desfinancie al sistema de Seguridad Social, aprovechando la enorme dispersión del daño que causan y la consecuente indefensión en que se encuentra cada uno de los beneficiarios del sistema,

En virtud del principio “favor debilis”, propio no sólo del derecho de los beneficiarios del sistema previsional, sino de todo el derecho que proviene del sistema de seguridad social (y recibido en el art. 14 bis CN), es que se solicita se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27426 atento a sus términos.-

B) VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN EL ART. 8 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El art. 8º del mencionado pacto sostiene que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Desde ya esta garantía es aplicable en nuestro caso.

X.- CONCLUSIONES

Solicito que VS disponga el cabal respeto de las garantías constitucionales que han sido invocadas en este escrito y, por lo tanto, haga lugar a la pretensión cuyo amparo invoco, desarticulando de inmediato los

efectos lesivos de la ley sancionada mediante el urgente dictado de la medida cautelar requerida.

Solicito también que, al decidir en el sentido requerido, V.S. atienda al criterio de la Corte Suprema, conforme al cual “los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta” (Fallos 308:1160), y atenerse al sentido de justicia de la comunidad (causa “Santa Coloma, Luis F. Y otros v. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, año 1986).

No es dudoso que la moralidad corriente de la gente de bien, y el sentido de justicia de la sociedad, coincidan en lo absoluto con las razones fundantes de la acción de autos.

XI.- SOLICITUD DE APELACIÓN CON CARÁCTER DEVOLUTIVO

Para el hipotético caso que V.S. conceda la medida cautelar, solicito que de ser apelada por el demandado se conceda la misma **con efecto devolutivo**.

No conceder el efecto solicitado pierde toda eficacia la medida dictada, máxime cuando hablamos de un amparo ya que si la apelación lo es con efecto suspensivo pierde todo sustento la medida intentada pues obligaría a los beneficiarios del sistema de la seguridad social ver en riesgo su fondo de sustentabilidad y postergadas las aspiraciones del cumplimiento de sentencia y dictámenes firmes en su tiempo y forma.

La concesión a efectos suspensivos es claramente inconstitucional (Morello, Augusto y Vallefin, Carlos, “El Amparo, Régimen Procesal”, pag. 150, Platense, Argentina, 1998; Rossi, Alejandro, “El efecto de la apelación de las medidas cautelares en el proceso de amparo (la derogación del artículo 15 de la ley 16.986 y las fuentes supranacionales. Notas para el litigante)”, L.L., 31 de

mayo de 2000; Sagüés, Nestor, “La inconstitucionalidad de la concesión con efecto suspensivo de la resolución admisoría de una medida cautelar en el amparo”, L.L., 16 de agosto de 2000 y Gil Domínguez, Andres, “El amparo del artículo 43 y el desamparo de la ley 16.986”, Revista Argentina de Derecho Constitucional, nº 3, Ediar, Argentina, 2001.).

A estos efectos, planteamos desde ahora expresamente la inconstitucionalidad de una hipotética concesión del recurso de apelación con efectos suspensivos por transgredir el núcleo esencial del artículo 43 de la Constitución Nacional.

XII.- RESERVO CASO FEDERAL, SUPRANACIONAL y ACCESO A ORGANISMOS INTERNACIONALES.

Para el improbable e hipotético caso de que V.S. no meritara las circunstancias de hecho y de derecho formuladas por esta parte, no haciendo lugar a la presente acción, dejo desde ya formulado la pertinente reserva de acudir al procedimiento establecido en el art. 14 de la Ley 48 - Caso Federal - ya que en el presente, actuar de ese modo violentaría derechos de raigambre constitucional y los establecidos en los Tratados y Convenciones incorporados en el art. 75, inc. 22) C.N.; derechos éstos que esta parte asegurará mediante la promoción de los recursos federales de estilo.-

Asimismo **hago expresa reserva del Caso Supranacional**, para concurrir por ante los Organismos Internacionales, con fundamento en el art. 75 incs. 22 de la C.N.

Consecuentemente reitero que dejo **expresa constancia** de Reserva del Caso Federal y Supranacional y de acceso a recurrir a los organismos internacionales para el caso que fuera rechazada la pretensión deducida

XIII.- RECUSA CON EXPRESIÓN DE CAUSA

Esta parte viene a recusar, con expresión de causa, al Juez Federal a cargo del Juzgado Federal de la Seguridad Social Número 2º Dr. Fernando Strasser en los términos del Art. 17, incs. 6), y 10) del CPCCN, respecto de su intervención en esta apelación por las razones de hecho y de derecho que se expondrán:

Sostiene el art. 17, inc. 6 del CPCCN: “...Art. 17. - Serán causas legales de recusación: [...] 6) Ser o haber sido el juez denunciado por el recusante en los términos de la ley de enjuiciamiento de magistrados, siempre que la Corte Suprema hubiere dispuesto dar curso a la denuncia.

Esta parte ha realizado sendas denuncias en los autos: “INCIDENTE Nº 1 - ACTOR: FERNANDEZ PASTOR, MIGUEL ANGEL DEMANDADO: ANSES S/INCIDENTE” a los fines que la CSJN, en su función de Superintendencia y el Consejo de la Magistratura investigaran las violaciones al debido proceso objetivo, la defensa en juicio, y la posible comisión de los delitos de abuso de autoridad, incumplimientos de deberes de funcionario público y cualquiera otro que se pudiera haber cometido. Lo que fue rechazado, sin fundamento y sin tener la facultad para hacerlo, por la Sala III. Es por ello que la SCJN y el Consejo de la Magistratura no han podido entender en la cuestión. Ello no puede impedir, como fue manifestado en el expediente citado y la reiteración de la denuncia, que el magistrado que violentó todos y cada uno de los derechos de defensa en juicio y del debido proceso objetivo respecto de ésta parte, vuelva a juzgarlo.

De ninguna manera puede, por lo tanto, aún sin haber entendido todavía la Alzada en su carácter de Superintendencia ni el Consejo de la Magistratura, comprenderse en inc. 6 del Art. 17 del CPCCN de manera restrictiva pues, quienes han impedido que ello fuera posible fueron justamente los Jueces de la Sala III y, por lo tanto, debe prosperar la recusación solicitada.

Pero no es la única razón por la que debe prosperar la recusación solicitada.

Sostiene el art. 17, inc. 6 del CPCCN: “...Art. 17. - Serán causas legales de recusación: [...] “...10) Tener contra el recusante enemistad, odio o resentimiento que se manifieste por hechos conocidos. En ningún caso procederá la recusación por ataques u ofensa inferidas al juez después que hubiere comenzado a conocer del asunto...”.

El resentimiento y la enemistad del Dr. Strasser contra mi mandante es de público y notorio, y obra en el expediente que cursó en el por ante el Tribunal de Disciplina del CPACF bajo el número 29384/17, en el cual lo denunció y por el cual mi mandante apercibido. En virtud de lo expuesto y de la notoria y pública enemistad y resentimiento del Dr. Strasser para con el actor, es que vengo a recusarlo con expresión de causa, por un motivo anterior a que haya empezado a conocer en las presentes, conforme lo tipificado en el art. 17, inc. 10 del CPCCN.

VIII.1.- RECUSA SIN EXPRESIÓN DE CAUSA

Que ejerciendo el derecho que me acuerda el art. 14 del CPCCN, vengo a recusar sin expresión de causa y sin perjuicio de la investidura del Magistrado, al Sr. Juez Federal a cargo del Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social Nº 6, Dr. Juan A. FANTINI.

XIV.- PRUEBA ACOMPAÑADA

A. DOCUMENTAL: Acompaño a la presente:

- 1) Poder General;
- 2) Comprobante bancario de cobro de jubilación;
- 3) Fotocopia documento nacional de identidad;

- 4) Dos informes on line del CEPA;
- 5) Dos notas periodísticas emitidas por el Diario Clarín;
- 6) Una nota periodística publicada por el diario Página 12;

B. Documentación en poder de la demandada: se ofrece en calidad de tal, en los términos del artículo 387 del CPCC, la que deberán ser presentadas conforme lo dispuesto por el artículo 388 del código citado:

- B.1.- Expediente N° 024-20-07867917-5-118-1;
- B.2.- Expediente N° N° 024-20-07867917-5-004-1;
- B.3.- Expediente N° N° 024-20-07867917-5-837-1;
- B.4.- Expediente N° N° 024-20-07867917-5-299-1;

XIV.- AUTORIZACIONES:

Que vengo a autorizar a los **Dres. Miguel Ángel Fernández Pastor, Abogado, T° 54 F° 474 del C.P.A.C.F. y Myrna Bárbara Alimen, Abogada, T° 128 F° 624 del C.P.A.C.F.**, a tomar vista de las presentes actuaciones, compulsar el expediente, efectuar desgloses, retirar copias, retirar y diligenciar cédulas, oficios, testimonios y/o mandamientos, y todo otro trámite tendiente al impulso de los presentes actuados y/o quienes estos designen.

XV.- PETITORIO: Por todo lo expuesto, a V.S. **SOLICITO:**

- 1) Se me tenga por presentado, por parte y por constituido el domicilio a los fines procesales.
- 2) Se tengan presentes las recusaciones con y sin causa realizadas en los puntos XIII y XIII.1

- 3) Se dé traslado de la presente acción al fiscal de turno
- 4) En su oportunidad se ordene el correspondiente traslado de la presente acción.
- 5) Se tenga por ofrecida la prueba, se agregue la documental acompañada y **se intime a la demandada, conjuntamente con el traslado de la demanda, a adjuntar la documentación en su poder en los términos de los artículos 387 y 388 del CPCCN.**
- 6) Se tengan presentes las autorizaciones conferidas.
- 7) Se provea la medida cautelar solicitada, bajo caución juratoria.
- 8) Se tenga presente la Reserva del Caso Federal, Supranacional con acceso a los organismos internacionales.
- 9) Haga lugar a la medida cautelar solicitada
- 10) Oportunamente, **se dicte sentencia, declarando la inconstitucionalidad** de la ley 27426 Y el DNU por las razones expuestas, con expresa imposición de costas a la vencida.

Tener presente lo manifestado y proveer de conformidad, que

SERA JUSTICIA