XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

-SAN SALVADOR DE JUJUY-

(10 AL 12 de septiembre de 2015)

COMISIÓN 4: JURISDICCIÓN PREVENTIVA Y DE PROTECCIÓN

-Tema: "Eficacia de la justicia laboral y de la seguridad social"

PONENTES GENERALES:

-Profesor Leonardo Lubel

-Profesor Luis René Herrero

"JURISDICCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL"

-Un imperativo convencional y constitucional incumplido-

SUMARIO: I. Proemio.-II. Brisas vivificantes en el derecho de posguerra. Sustancialidad. Juridización. Principiología. Concepto "análogo" de Derecho. Novel paradigma: Goce efectivo de los derechos humanos. –III. El Derecho clásico y la conducta humana social rectificada por la justicia. El nominalismo. Los

períodos de la "formulación judicial y legislativa del derecho". Las grandes conflagraciones mundiales. Pecado y expiación.-IV. Las normas convencionales ¿Son autoaplicativas o simplemente programáticas? Rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fulcro o punto de apoyo del nuevo derecho transnacional: Goce efectivo de los Derechos Humanos. Nueva matriz jurisdiccional. -V. Jurisdicción: Concepto maleable. La pretensión procesal como medida de la jurisdicción.-VI. Jurisdicción Protectora de la Seguridad Social.-VII. Desarrollo.-VII.1. La categorización del "anciano" como exponente de un sector vulnerable de la sociedad. –VII.2. El carácter "alimentario" que ostenta el derecho en que se funda la pretensión prestacional.-VII.3. La superlativa trascendencia del "tiempo" en el proceso de la seguridad social.-VII.4. La euritmia entre el proceso y la pretensión prestacional.-VII.5. El rol del Juez protectorio.-VII.6. La tutela cautelar como única prestación jurisdiccional en condiciones de asegurar el goce y ejercicio efectivos de los derechos alimentarios en riesgo de sufrir daños irreparables.-VII.7. Competencia de la justicia de la seguridad social. Dispersión y desprotección. Preeminencia de la competencia funcional en detrimento de la competencia material. Principio de especialidad relegado.-VII.8. Cosa juzgada discordante y garantías constitucionales afectadas. Flexibilización de las reglas procesales.-VIII. Epílogo.

I. PROEMIO

La perceptible languidez institucional de la jurisdicción protectora de la seguridad social en la República Argentina, reclama la urgente atención y el compromiso efectivo de sus líderes políticos, religiosos, sindicales, sectores académicos, representantes de los tres poderes del Estado y medios de comunicación masiva, en procura de su afianzamiento y eficacia inmediata para el bien de sus habitantes, ya que ninguna persona está exenta de padecer alguna necesidad o contingencia de orden biológico (vejez, muerte, maternidad, etc.), patológico (enfermedad, invalidez, accidente de trabajo, enfermedades profesionales, etc.) o económico sociales (cargas de familia, desempleo, etc.), que la vida en general acarrea a diario.[1]

[1] La Organización de Estados Americanos (OEA) ha definido a la seguridad social de la siguiente manera: "Es la protección que la sociedad provee a sus miembros [de este sustantivo proviene la locución: "jurisdicción protectora", tema central de esta ponencia] mediante una serie de medidas públicas contra la necesidad económica y social que se produce por la cesación o sustancial reducción de sus ingresos motivados por la enfermedad, maternidad, riesgo del trabajo , desempleo, invalidez, vejez y

Esta patología institucional compromete la responsabilidad y el prestigio internacional de la República Argentina, y coloca en situación de grave desamparo a los derechos individuales, sociales y colectivos de los sectores más vulnerables.[2]

Es probable, también, que este fenómeno responda en alguna medida –desde el hontanar académico y científico- al tradicional encapsulamiento del Derecho Procesal en materia civil y comercial, con olvido –y en lamentable menoscabo- de las restantes materias del derecho sustancial (laboral, administrativo, seguridad social, etc.), las cuales jamás contaron con una normativa procesal ajustada a sus peculiaridades,[3] ni un desenvolvimiento doctrinario y legislativo análogo en desarrollo y profundidad al de aquellas. Sólo el derecho civil y comercial gozaron siempre del privilegio de la codificación sustancial y ritual.[4]

---

muerte, o mediante la provisión de asistencia médica y subsidios a las familias con hijos." (OIT, "Social security principies", pág. 8).

[2] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –"Protocolo de San Salvador"- aprobado en la República Argentina mediante ley 24.658, sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada el15 de julio de 1996.

Artículo 1°: Obligación de adoptar medidas: "Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo."

Artículo 2°: Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos."

[3] Es patética en este sentido la pródiga remisión que formula la ley 18.345, regulatoria del procedimiento laboral, a las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, oriundas de la "jurisdicción dirimente" y ajenas por completo a la "jurisdicción protectoria", como la del trabajo.

[4] Esta asimetría normativa que se destaca en el párrafo anotado, constituye un resabio del movimiento "codificador" que emergió de la Ilustración (fines del siglo XVII hasta la Revolución Francesa), y del Siglo de las Luces (Siglo XVIII), los cuales se destacan por el predominio absoluto de la diosa "razón" en todos los órdenes del conocimiento ("racionalismo"); pues se creía que era la única que podía disipar el oscurantismo y las tinieblas que habrían dominado durante la Edad Media (de ahí lo del "Siglo de las Luces"). La concepción filosófica predominante durante ese período era el "normativismo" (fusión del concepto de "derecho" con la "norma jurídica" y no con la "conducta humana social rectificada por la justicia", como lo había sido hasta ese momento). Los "códigos" no eran más que la razón escrita en un cuerpo sistemático, estático y perenne. El primer ordenamiento que llevó este nombre fue el "Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis" de 1756, (Baviera, República de Alemania).

Señalamos en otro tiempo y lugar que cualquier investigación de cierta complejidad sobre temas vinculados al Derecho Procesal actual, emplaza en un campo de conocimiento jurídico que sobrecoge por su vastedad, dado el impulso que ha tomado la disciplina en estos últimos tiempos al socaire de los nuevos y peculiares conflictos que suscita la globalización en la sociedad moderna.

También puntualizamos en esa oportunidad, que ceñir este cometido a la parcela del Derecho Procesal de la Seguridad Social, no representa una faena menor, pues sumerge a quien lo intenta en un ámbito inexplorado por la doctrina que estremece, no ya por la amplitud temática que encierra, sino por la estrechez de miras con que sus máximos operadores disciernen su objeto de conocimiento precipuo: la pretensión procesal de la seguridad social.[5]

Poco se sabe en torno a la materia o interacción sobre la que opera el Derecho sustancial y Procesal de la Seguridad Social, lo cual también representa un ápice doctrinario frustratorio para el desarrollo y expansión de ambas disciplinas.

El derecho de la seguridad social se instala en un ámbito existencial diferente a las cuatro interacciones que protagoniza el hombre en sociedad y que constituyen la materia del conocimiento jurídico. Estas interacciones se suscitan –en cada caso- cuando el hombre pacta con otro hombre en procura de un bien (regida por el "estatuto de los pactos"), o se halla frente a la sociedad en la cual coexiste junto a su prójimo,[6] ocasión en que el ordenamiento jurídico le asigna nombre, domicilio, nacionalidad, estado civil, capacidad jurídica, etc. en procura de preservar su individualidad y dignidad para ejercer y gozar en plenitud sus derechos subjetivos (regida por el "estatuto personal"); también cuando se une al ser amado con el fin de conformar una familia (regida por el "estatuto familiar"), y, finalmente, cuando se relaciona con el Estado administrador, legislador o juzgador (regida por el "estatuto del poder").[7]

Cada una de estas interacciones exhibe a la persona vinculada a una realidad exterior (sociedad, familia, Estado, accipiens, solvens, etc.), y frente a la hipótesis nada excepcional de que se hallare envuelta en un conflicto intersubjetivo de intereses, o sufriere alguna necesidad o daño, el derecho sustancial o procesal específico le

[5] Luis René Herrero, "Un proceso desajustado a la naturaleza alimentaria de la pretensión previsional", Revista Doctrinaria 2 –Temas de Derecho Procesal- Instituto de Derecho Procesal, Director Académico Dr. Augusto Mario Morello - Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Año 1 – Número 2 – Mayo de 2000, págs. 24/36

[6] Señala al respecto Hoefnagels que el hombre, "zoon politikon" en la clásica expresión aristotélica, no puede edificar una vida humana sin el prójimo (v. Harry Hoefnagels, "Introducción al pensar sociológico", 1967 Ed. Lohlé pág. 76

[7] Humberto Briceño Sierra, "Derecho Procesal" (Tratado), 1970, T. IV, Ed. Cárdenas Editor, México, ps. 192 y 193; "id": Adolfo Alvarado Velloso, "Introducción al Derecho Procesal –Primera Parte-", 1989, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 32

suministraría los mecanismos proporcionales a la especificidad de esa realidad (civil, penal, comercial, laboral, etc.), en procura de la satisfacción o reparación que pretende.

El derecho de la seguridad social, en cambio, no se articula a una realidad semejante a las mencionadas y sobre esta particularidad se asienta su autonomía científica, jurídica y didáctica, como señalaba José Manuel Almansa Pastor.

La realidad a la que se enlaza nuestra disciplina es anterior a las restantes –genitrix, diríase en clave aristotélica[8]- e infunde sobre todas ellas ejemplaridad, al representar su medida a la manera de una causa ejemplar de la metafísica neoplatónica.[9]

Este postulado jurídico trascendental –que explicaremos a continuación brevemente- le infunde razón de ser a nuestra disciplina y la convierte en legítima ocupante de una parcela exclusiva del conocimiento científico.

La susodicha realidad a la que se incardina el derecho de la seguridad social –como lo hemos señalado en otras ocasiones- exhibe al hombre "completo" como unidad psicosomática de naturaleza biológica, social y familiar, al cual el orden jurídico le reconoce títulos o derechos que para poder gozarlos o ejercerlos en plenitud, necesita –precisamente- que tanto su psique y su soma se hallen sanos.[10] Todo cuanto sucede en el dominio de esta realidad primera, repercute o se refleja –para bien o para mal- sobre las cuatro interacciones mencionadas.

En procura de esta finalidad precipua,[11]los ordenamientos jurídicos de los distintos países y los tratados internacionales sobre derechos humanos, declaran y reconocen determinados títulos o derechos en procura de preservar la inmunidad de estos dos ingredientes esenciales de la persona humana –y a la vez soportes de su capacidad jurídica-, como los siguientes: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, descanso y vacaciones pagados, retribución justa –sin la cual, también podría verse seriamente afectada la salud del trabajador- nivel de vida adecuado, salud, bienestar, alimentación, asistencia médica, cuidados y asistencia especiales a la maternidad y a la infancia, disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, etc.

---

[8] Josep Pieper, "La fe ante el reto de la cultura contemporánea", Ed. Rialp, Madrid, p. 207

[9] Rodolfo Vigo, "Las causas del derecho", prólogo de Georges Kalinowski, Ed. Abeledo-Perrot, pág. 97

[10] Luis René Herrero, "El derecho procesal de la seguridad social. El proceso organizacional y las nuevas formas de tutelas de mérito inmediata y definitiva (autosatisfacción) y provisoria (anticipación)", Lexis Nexis –Jurisprudencia Argentina- 7 de noviembre de 2001 ps. 3/15; "La pretensión previsional: ¿Demanda de conocimiento pleno?", en Revista de Derecho Procesal –Demanda y reconvención- 2004-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 225/259

[11] El art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales."

Es indudable que el deterioro de la salud física o mental de cualquier persona, o su impotencia para afrontar las cargas de familia, representa no sólo un menoscabo grave para ella al quedar en franca desventaja frente a sus congéneres para competir con éxito en el mercado laboral (de por sí ya muy difícil), sino también entraña un freno o un retroceso del programa social que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales ofrecen a todos los habitantes como un plan de vida realizable.[12]

Cuando el daño se produce en este ámbito tutelado celosamente por la Constitución Nacional, la restauración se impone urgente a través de sucedáneos que el propio legislador arbitra –denominados " prestaciones"- en procura de cubrir o subsanar el vacío ocasionado por la contingencia en la psique, en el soma o en la esfera familiar de la persona afectada, restableciendo de este modo –bien que parcialmente- el equilibrio desbaratado por aquella.

La integridad de esta unidad psicosomática de naturaleza biológica, social y familiar en la que toda persona consiste, representa la faena primordial del derecho de la seguridad social –sustancial y procesal- cuando una contingencia biológica, patológica o social, la segmenta o daña.

El repertorio de instrumentos materiales –derecho sustancial de la seguridad social- o rituales –derecho procesal de la seguridad social- guarda adecuada proporción con esa finalidad primordial.

De otra suerte, el sistema de derechos y garantías que erige la Ley Suprema para que toda persona despliegue libremente y en igualdad de posibilidades sus cualidades naturales y desarrolle en plenitud su proyecto de vida personal, se desbarataría irremediablemente.

La seguridad social es el único y excluyente reaseguro para que esta desventura personal y social no sobrevenga, o aminore sus efectos deletéreos cuando la misma se ha consumado.

II. BRISAS VIVIFICANTES EN EL DERECHO DE POST- GUERRA. SUSTANCIALIDAD. JURIDIZACIÓN. PRINCIPIOLOGÍA. CONCEPTO "ANÁLOGO" DE DERECHO. NOVEL PARADIGMA: GOCE EFECTIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS

[12] En igual sentido v. Pedro Hoft, "Bioética y derechos humanos. Temas y casos", Ed. Depalma, 1999, pág. 142

El orden piramidal de los derechos humanos individuales, sociales y colectivos que se consolidó en el mundo civilizado a partir de la post-guerra, encarnado en un sistema jurídico supranacional e incorporado en el derecho interno de las naciones que lo integran a través de sus Cartas Fundamentales, o mediante aprobaciones legislativas (en nuestro caso, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), invita a elaborar, a idéntico nivel y jerarquía normativos supranacionales, un diseño jurisdiccional simétrico y eurítmico a la naturaleza o esencia de estos derechos humanos y garantías supremos debatidos en el proceso.

La evolución del pensamiento jurídico universal desde la más remota antigüedad hasta nuestros días –sin perjuicio de notorias rémoras que todavía conserva- no le fue a la zaga al progreso del conocimiento científico y tecnológico en estos últimos quinientos años.[13]

El maestro Roberto O. Berizonce visualiza esta evolución desde el costado sustancialista del derecho, transitando el sendero de otros juristas eminentes[14]: "En el Estado de Derecho Democrático –señala Berizonce- la "juridización" de la Constitución por la recepción en el máximo nivel de la jerarquía normativa de los nuevos o amplificados derechos fundamentales, en paralelo con la operatividad del amplio catálogo que trasiega desde las convenciones y tratados humanitarios, ha operado un cambio sustancial en el eje mismo de la juridicidad. Se difumina el sistema de la ley, en paralelo se configura una nueva y más fluyente juridización que dimana de los valores y principios fundamentales por su propia naturaleza abiertos e indeterminados, que requieren necesariamente para su efectivización de la labor integrativa jurisdiccional."[15]

---

[13] Un panorama ajustado y polivalente de esta evolución impresionante que incluye también al arte, las costumbres, la moral, la religión y el contorno social, puede consultarse en el excelente libro de Jacques Barzun, titulado "Del Amanecer a la Decadencia -500 años de vida cultural en Occidente –de 1500 a nuestros días-", traducción de Jesús Cuéllar y Eva Rodríguez Halftter, Ed. Taurus Historia, 2001, 1.303 páginas

[14] Por ejemplo el constitucionalista Víctor Bazán, quien en su comentario al fallo "Ibáñez, Máximo c/ANSeS s/reajustes varios" (del registro del a Sala II de la C.F.S.S. de fecha 08/09/2005) que tituló "Dos visiones del derecho ante un reclamo previsional", señaló al respecto lo siguiente: "Se aprecia que aquí interactuaban diversos factores que daban forma a una alternativa: privilegiar el aspecto procesal o formal del asunto ventilado en la causa, o priorizar su vertiente sustancial o material." (…) "Por su parte la minoría –con la que acordamos- debió recorrer un trayecto argumental más extenso para propiciar, sin fortuna, una respuesta que abastece más adecuadamente los derechos en juego y los ribetes axiológicos del problema, enfocándolo a través de un prisma que desnuda una visión sustancialista del derecho." (La Ley t. 2006-B, 605).

[15] El eminente jurista platense cierra el concepto anotado del siguiente modo: "El nuevo Estado Constitucional que emergió en la segunda mitad del siglo pasado, edificado sobre los escombros de la Segunda gran Conflagración Mundial, transformó los contenidos y la recíproca relación entre la ley y la

A partir de la confusión conceptual existente en los albores de la civilización occidental sobre la cosmología de lo jurídico y especialmente sobre el concepto de derecho,[16] en la actualidad se ha llegado a establecer una clara distinción entre la noción "análoga" de este último (en sus cuatro versiones generacionales), y las de sus "analogados" secundarios, como los conceptos de jurisdicción, pretensión, proceso, etc.; otrora indeterminados, cuando no equívocos en su utilización habitual e incluso científica.[17]

Constitución. Quedó en claro que la legislación debe ser entendida e interpretada a partir de los principios y los derechos fundamentales." (v. "La jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático", La Ley 2014-F, 1106)

[16] Un excelente estudio de este estadio temprano de lo jurídico, en la aurora de los tiempos, puede consultarse en el libro del gran romanista Alfredo Di Pietro: "Derecho Privado Romano", Ed. Depalma, 1996, Introducción, Capítulo II pág. 17 y ss.

[17] Esta cosmovisión de lo jurídico –oriunda de nuestras raíces filosóficas más ancestrales- encaja con este giro que se menta en el párrafo anotado. Es un retornar a las fuentes, exhumar la verdad de ese brocardo famoso de André Frossard que reza: "las cosas más nuevas son aquellas que se han olvidado" (cit. Pedro I. Massini Correas, La prudencia Jurídica, Prólogo de Georges Kalinowski, Ed. Abeledo Perrot, pág. 88); cosmovisión tributaria del dogma humanista para el cual "el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico", como lo puntualizó la Corte Suprema en Fallos 323: 3229, entre muchos otros. Michel Grieson sostiene en su Teodicea (Barcelona, Herder, 1972, pág. 148), que el "derecho" es un término análogo, que se aplica a varios objetos de una manera que no es del todo idéntica ni del todo diferente". En los términos "análogos" –agrega Carlos Ignacio Massini- el nombre se dice de varias entidades sustancialmente distintas pero, bajo alguna razón, iguales, como se dice sano" del hombre que posee la salud, del remedio que la consigue y del rostro –saludable- que la manifiesta. Para el realismo jurídico –de raíz aristotélico tomista- el "derecho" (nos recuerda Ernesto Pueyrredón en su libro "El concepto de Derecho", Universitas, N° 14, Buenos Aires, U.C.A., 1970, pág. 14 y sigs.), no tiene una realidad sustancial, como ser en sí mismo, tal como es una realidad el hombre, sino una realidad "accidental", de orden, formada por la particular relación que vincula a sus diferentes elementos o partes componentes. El derecho, entonces, es un concepto "análogo", término que se aplica propia y formalmente a una de las realidades analógicas y a las demás sólo por la vinculación o relación que guardan con ella, como dice José Hellín en su libro "La analogía del ser y el conocimiento de Dios en Suárez", (Madrid, Editora Nacional, 1947, pág. 23). ¿Cuál es esta realidad primera que menta el concepto análogo de derecho? Pues la respuesta se deriva del carácter práctico –no teórico- que reviste el derecho, de acuerdo a la tipificación aristotélica de los órdenes de la realidad en "teórico", "práctico", "lógico" y "productivo". Esa realidad primera, este analogado de atribución al que se aplica propia y formalmente el concepto de derecho "es algo –conducta- que el hombre hace en vistas a un bien propio, específicamente a su bien propio en la vida común; dicho en otros términos, el derecho se concibe acto humano rectificado por la justicia, obra humana, efectiva ordenación de las conductas sociales al bien del hombre en comunidad. Como enseña Massini: "Al pertenecer el derecho al orden práctico, aquél de las cosas que el hombre hace para el logro de su propia perfección y acabamiento, consiste, propia y principalmente, en un accionar social del hombre rectificado por la justicia. Las demás realidades que denominamos derecho (como la norma, la facultad jurídica, el saber jurídico, la sentencia, etc.- y que cumplen la función de instrumentos o medios para que los hombres realicen en los hechos una vida en común armónica y rica, reciben este nombre sólo y en virtud de la relación que guardan con el obrar justo, objetivo y culminación de todo el orden jurídico." (Carlos Ignacio Massini Correas, "Sobre el Realismo Jurídico", Prólogo de Germán J. Bidart Campos, Ed. Abeledo Perrot, pág. 13 y ss.).

En los tiempos de la post-guerra y como resultado de un lento proceso evolutivo que se remonta a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual se inspiró en la declaración de la independencia estadounidense de 1776 y en el espíritu filosófico del siglo XVIII que selló el fin del Antiguo Régimen y el principio de una nueva era, había cristalizado un orden jurídico sólo declarativo de derechos humanos que se consolidó definitivamente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Colombia, 30 de marzo de 1948), Declaración universal de los Derechos Humanos (Nueva York, EEUU, 10 de diciembre de 1948), y en otros documentos internacionales cercanos en el tiempo, de idéntica jerarquía normativa y que extendieron el área de protección convencional hacia una pléyade de derechos humanos sensibles de la más variada gama.[18]

La simiente que fructificó más de doscientos años después en estos instrumentos trasnacionales fue sembrada por los asambleístas franceses en la norma del art. 21 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, cuyo texto reza: "Los socorros públicos son una deuda sagrada. La sociedad debe proveer la subsistencia de los ciudadanos menesterosos, sea procurándoles un trabajo, sea asegurando los medios de existencia a aquellos que no están en situación de trabajar."

Otra mirada de hogaño, otro posicionamiento del poder constituyente y del pensamiento político sobre la persona humana y la jerarquía de sus derechos individuales y sociales, cuya trascendencia y repercusión en occidente se equipara a la revolución que produjo en la física moderna el descubrimiento de la fusión nuclear por parte de los científicos Enrico Fermi, Otto Hahn, Lita Meitner, Robert Frisch y Niels

[18] Convención Americana sobre Derechos Humanos , San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969; adhesión de la Nación Argentina mediante ley 23.054 del 1° de marzo de1984; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscripto el 19 de diciembre de 1966; adhesión de la Nación Argentina: el 8 de agosto de 1986 (ley 23.313 del 17 de abril de 1986, con reservas); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Suscripto el 19 de diciembre de 1966; Adhesión de la Nación Argentina: el 8 de agosto de 1986; Aprobado: por ley 23.313 del 17 de abril de 1986, con reservas; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; suscripta el 13 de julio de 1969; adhesión de la República Argentina: 2 de octubre de 1968; aprobada: por ley 17.722 del 26 de abril de 1968; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; firmada el 18 de diciembre de 1979; adhesión de la Nación Argentina: 15 de julio de 1985; aprobada: ley 23.179 del 8 de mayo de 1985, con reserva; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; suscripta el 10 de diciembre de 1984; adhesión de la Nación Argentina: 24 de septiembre de 1986; aprobada por ley 23.338 del 30 de julio de 1986, con aceptación de competencias; Convención sobre los derechos del niño; suscripta el 20 de noviembre de 1989; adhesión de la Nación Argentina: 5 de diciembre de 1990, aprobada por ley 23.849 del 27 de septiembre de 1990, con reservas y declaración interpretativa; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; suscripta en la ciudad de Belem, Brasil, el 9 de junio de 1994; adhesión por la Nación Argentina: 6 de octubre de 1994; aprobada por ley 24.556 del 13 de septiembre de 1995; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de os crímenes de lesa humanidad; aprobada por ley 24.584 del 1° de noviembre de 1995; jerarquía constitucional por ley 25.774 del 20 de agosto de 2003.

Bohr; que puso en manos de la humanidad la mayor fuente de energía jamás conocida hasta entonces.[19]

Ha pasado mucha agua bajo el puente desde el acaecimiento de estos hechos portentosos del siglo XVIII hasta nuestros días –más de doscientos años- y quizá el núcleo o sedimento más trascendente en el derecho de gentes de la evolución operada durante este período, que también se exhibe como el más representativo de la superación de dos anclajes discriminatorios como lo habían sido hasta entonces la pertenencia a naciones poderosas[20] y la titularidad de derechos desiguales, lo constituya el compromiso formulado por los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), en el Preámbulo de su Protocolo Adicional,[21] en los siguientes términos:

a) "… Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana";

b) "… Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana."

Hoy la médula de lo jurídico se emplaza –proposición sobre la que insistiremos a lo largo de esta investigación- en el goce y ejercicio efectivos de los derechos individuales, sociales y colectivos que consagran los mencionados instrumentos internacionales sobre derechos humanos, más que en su reconocimiento y/o declaración formal, fenómenos que ocupó la atención de los juristas más eminentes a partir del período que finalizó a mediados del siglo anterior.

---

[19] Una muestra cabal de esta nueva visión se halla en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, en la parte que reza: "Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes …"

[20] Aunque fuer de sinceros debe admitirse que todavía existen resabios de esta discriminación negativa, pues todos sabemos que no es lo mismo ser natural de Zambia que de Francia, o de Bolivia que de Estados Unidos, y así los ejemplos podrían multiplicarse. ¿Acaso un pasaporte comunitario para ingresar a cualquier país europeo equivale al de un país latinoamericano, asiático, medio oriente o África?

[21] El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador- fue aprobado mediante ley 24.658, sancionada el 19 de junio de 1996 y promulgada el15 de julio de 1996.

Se ha operado, si bien se mira, una suerte de encarnación y/o materialización de los derechos humanos en las personas portadores de los mismos y hacia este costado apunta la novel propuesta convencional, como lo hemos señalado recién.[22]

Acierta el maestro Bidart Campos –cuyo consejo siempre es apreciado cuando están en juego principios valores, derechos y garantías constitucionales- al señalar que la Constitución se ha juridizado, superando aquella mirada que la consideraba un plan o proyecto político sin fuerza o vigor normativo.[23] "El contenido de la Constitución se ha sustancializado –destaca el célebre maestro del derecho constitucional- mediante el denso bloque axiológico que aglutina valores, principios y derechos, en un sistema axiológico que tiene como centro a la persona humana, por lo que la Constitución ya no admite ser visualizada desde el poder, sino desde la persona, de modo que su eje no es la organización del poder, sino el núcleo material de valores, principios y derechos que asigne a la misma Constitución una unida de orden y de sentido."

En ese nuevo estadio que transita el pensamiento jurídico moderno – encarnado en sus dos más importantes gramófonos: la doctrina y la jurisprudencia- la protección de la persona humana constituye el centro neurálgico del orden jurídico mundial y nacional,[24] como asimismo el termómetro de la eficacia del estado social de derecho y su tránsito hacia el estado de justica se aquilata en todos los países signatarios de los

[22] La Corte Suprema de Justicia de la Nación siguió este derrotero para no abandonarlo jamás, cuando señaló en una memorable sentencia lo siguiente: "El litigante debe sentir que las sentencias judiciales son soluciones oportunas, beneficiosas y proporcionadas a la gravedad de su actual conflicto y necesidad. En suma, un medio efectivo y real de aplicación del orden jurídico, para que éste no quede reducido a expresiones abstractas y formales." (v. "Rolón Zappa, Víctor Francisco s/ queja", resolución de fecha 25 de agosto de 1988, Fallos: 311: 1644)

[23] Germán J. Bidart Campos, "La positivización de la axiología constitucional –Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho-", en Morodo, Raúl y Devega, Pedro –Directores-, "Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Luca Verdú", t. II Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 729

[24] La Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha permanecido ajena a esta mutación, y en numerosos precedentes ha señalado lo siguiente: "El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental" (Fallos 323: 3229); "La justicia social, que es la justicia en su más alta expresión, consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el "bienestar", esto es, "las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad." (Fallos 327: 3753); "La dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional."

(Fallos 327: 3753); La dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional (Fallos 327: 3753)

tratados internacionales de derechos humanos –precisamente- por el nivel de goce y ejercicio efectivos de los derechos que consagra el ordenamiento jurídico nacional y convencional. No hay duda que el instrumento inexcusable para logar que este proyecto supremo se materialice –como lo es el bisturí para el cirujano, el cincel para el artesano- cobra trascendencia superlativa en estos nuevos tiempos de alumbramientos.

Nos referimos al diseño o matriz jurisdiccional –poder deber de naturaleza pública encarnado en la figura del juez- tributario de la gnoseología de los derechos en tránsito en el proceso hasta su depuración sentencial, el cual se torna inexcusable y medular –lo reiteramos- para la consecución de este designio convencional y constitucional, esto es, el goce y ejercicio efectivos -y no meramente hipotético o declamatorios- de los derechos y garantías individuales, sociales y colectivos.

Tanto menos es prescindible, ni escindible, en esta compleja operación aplicativa del programa convencional y constitucional, el factor subjetivo que lo encarna en plenitud: el juez que conduce y compone el litigio ya procesado.

Esta invariable faena de abrevar en las fuentes del derecho, en el hontanar de la juridicidad, por parte del juez moderno, Roberto Berizonce le halla explicación en lo que denomina "apertura principiológica", la cual entrañaría –según su opinión- la " … ruptura del modelo subsuntivo[25] derivado de un derecho basado en simples reglas y, en ese contexto –destaca- el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el ethos jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones. De ahí que el nuevo paradigma del Estado Democrático de Derecho presupone –según Berizonce- la superación del derecho como sistema de reglas, incorporando democráticamente a los principios en el discurso constitucional."[26]

El juez, recostado sobre el perímetro jurisdiccional que le concierne en el desempeño de su faena, se nutre de los principios específicos tributarios de los derechos o pretensiones cuya protección se le encomienda a nivel convencional y constitucional,[27] a los cuales debe ajustarse escrupulosamente durante el transcurso del proceso, so capa de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones.[28]

---

[25] Un buen ejemplo de este modelo "subsuntivo" se encuentra en el enjundioso trabajo de investigación de Piero Calamandrei titulado "La génesis Lógica de la Sentencia Civil (v. Estudios sobre el Proceso Civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pág. 369 y siguientes

[26] Roberto O. Berizonce, La jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático, La Ley 2014-F, 1106

[27] Constitución Nacional, art. 75 inciso 12

[28] Hace dieciocho años señalamos en un trabajo de investigación sobre la "pretensión de amparo" -no sin antes juzgar impropio y equívoco denominarlo "garantía", "derecho", "acción", "proceso", "procedimiento", etc.- con relación a los presupuestos que lo condicionan, lo siguiente: "Ningún juez –insolidario o protector, valiente o timorato- puede desnaturalizarlos sin riesgo de violar la Constitución Nacional e incurrir –por lo mismo- en una conducta objetivamente reprochable para el derecho." (v. "El

Retornamos a Roberto O. Berizonce para clausurar esta idea que se nutre de muchas de las suyas: “En ese contexto –puntualiza el maestro platense- se reserva a los jueces y éstos vienen convocados a asumir el ejercicio de verdaderas y trascendentes funciones de garantía destinadas a asegurar la efectiva operatividad de los derechos fundamentales. En esta tarea, corresponde a la judicatura, en la consideración de los casos concretos, escrutar incluso las políticas públicas, propias de la competencia de los poderes políticos, para confrontarlas –no para sustituirlas, lo que les está vedado- con los mandatos superiores contenidos en la Constitución y las convenciones internacionales, mediante un test fundado y dentro de los límites que razonablemente ellos mismos se imponen.”[29]

III. EL DERECHO CLÁSICO Y LA CONDUCTA HUMANA SOCIAL RECTIFICADA POR LA JUSTICIA

EL NOMINALISMO. LOS PERÍODOS DE LA FORMULACIÓN JUDICIAL Y LEGISLATIVA DEL DERECHO

LAS GRANDES CONFLAGRACIONES MUNDIALES. PECADO Y EXPIACIÓN

Los romanos antiguos no conocían la noción de derechos subjetivos, tampoco la de derecho procesal y mucho menos la de jurisdicción, como se entiende en la actualidad. El romanista Alfredo Di Pietro enseña que, para ellos, las distintas situaciones jurídicas litigiosas sólo tienen relevancia en tanto y en cuanto que resulten amparadas por el magistrado encargado de administrar justicia. El pretor, que de él se trata, al admitir la protección de una determinada situación, está propiamente creando lo que hoy día se llama Derecho objetivo. Por ello es que los romanos no conocieron una diferenciación sistemática entre el Derecho Privado y su protección jurisdiccional. El pretor es el que tiene la jurisdictio, es decir, la potestad de dicere (= decir, pero en el sentido fuerte de “crear”) el ius. Por eso este autor destaca que al otorgar estas medidas de amparo, el pretor está “creando” –en sentido moderno- derecho objetivo. “Como se ve –concluye Di Pietro- por ser un magistrado jurisdiccional, aquí la actio o la exceptio

amparo del artículo 43 de la Constitución Nacional: ¿Amparo nuevo o amparo reciclado?”, Jurisprudencia Argentina del 3 de diciembre de 1997, pág. 15)

[29] Roberto O. Berizonce, “La jurisdicción del Estado de Derecho Democrático”, La Ley 2014 –F, 1106

entran en el ámbito de lo sustantivo y lo formal, conformando una unidad. La expresión Derecho Procesal no es romana, sino moderna."[30]

Calamandrei había destacado hace setenta años que en el sistema primitivo de producción jurídica –que denomina "formulación judicial del derecho"- el juez se pone directamente en contacto con la conciencia popular, en la cual el derecho fluctúa en el estado de sentimiento todavía no fijado en precisas normas racionales, y, de esa conciencia de la que él mismo es partícipe como miembro de la consociación, resuelve las controversias de acuerdo con los principios que él no crea, sino que encuentra ya existentes en sí. No se interpone ningún obstáculo entre el derecho y el juez, quien se halla en contacto con la viva y fresca realidad social, siente sus necesidades y sigue su evolución.[31]

El moderno Estado Constitucional –destaca el maestro italiano- contrapone otro sistema que se corporiza en las codificaciones del siglo XIX, al cual denomina "formulación legislativa del derecho". En el sistema anterior (el de la "formulación judicial del derecho"), a la norma la crea el juez al decidir el caso, en cambio en esta nueva era la función de crear la norma se confía a un órgano diverso del encargado de aplicarla. Ahora el cometido de interrogar la conciencia colectiva –refuerza el florentino- de valorar los intereses públicos, de coordinar el confuso fluir de sentimientos, tendencias, aspiraciones, de las cuales nace el derecho de un pueblo, se le quita al juez y se la asigna al legislador, el cual infunde preventivamente la sustancia jurídica expresada por la misma sociedad en la que él vive, en fórmulas de carácter abstracto y general, que el juez aplicará después cuando se presente ocasión para ello.

En esta nueva etapa histórica que visualiza Calamandrei, entre el juez y el derecho se interpone la ley, de la cual aquel no puede apartar los ojos. Para el gran jurista de Florencia, la ley queda como expresión "oficial" del derecho, como su fuente formal. Es lo que se conoce en filosofía –agregamos nosotros- como "normativismo jurídico" que consiste en fundir el derecho en la norma (ley), la cual se convierte en la única realidad analógica (ya no la conducta humana social rectificada por la justicia, como lo entiende el "realismo jurídico"). El derecho es sinónimo de norma legal; toda norma se deduce de otra norma; las normas forman un sistema cerrado, formal, lógico, básicamente deductivo y totalmente segregado de la conducta humana.[32]

Thomas Hobbes lo destaca con toda crudeza en su Leviatán: "El derecho es, para cada súbdito, aquellas reglas que el estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con

---

[30] Alfredo Di Pietro, Derecho Privado Romano, Ed. Depalma, 1996, pág 47

[31] Piero Calamandrei, Estudios sobre el Proceso Civil, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pág. 65

[32] Villey, Michel, "Critique de la pensée juridique moderne", París, Dalloz, 1972, p. 72

otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley."[33]

El racionalismo iluminista –motor de este cambio copernicano en la definición del derecho- se mueve sólo en el mundo de las normas, no con las realidades concretas –conductas, deberes, opiniones- . Como bien puntualiza Carlos I. Massini: "La realidad jurídica concreta es más reacia a las manipulaciones de la razón; ofrece una dura resistencia a los esquemas, no se deja atrapar fácilmente en las abstracciones en que pretende encerrarla el espíritu del sistema. El racionalista dirige su mirada sólo a la ley, considerándola como lo verdaderamente real, como lo único que merece llevar el nombre de derecho."[34]

El rol del juez en este sistema de prosapia lógico formal, vacío de vida, contenido y realidad concreta, se empequeñece ostensiblemente.[35]

Montesquieu lo resume en su célebre brocardo: "El juez es un ser inanimado que repite las palabras de la ley."[36] También Thomas Hobbes –quien junto a Guillermo de Ockam, Spinoza, Francisco Suarez, Rousseau, entre otros, conforman esa pléyade de brillantes filósofos racionalistas precursores del "normativismo"- en igual sentido que el recién citado Charles Louis de Secondat y Señor de la Brede, reitera este pensamiento con estas palabras: "El juez subordinado (?) debe tener en cuenta la razón que motivó a su soberano a instituir la ley; a la cual tiene que conformar su sentencias sólo entonces es la sentencia de su soberano; de otro modo es la suya propia, y una sentencia injusta, en efecto."[37]

Piero Calamadrei, quien, como recién vimos, nos había adelantado este giro copernicano del pensamiento jurídico que también le alcanzaba, pontifica en idéntico sentido lo siguiente: "Si la ley [o la norma] no responde ya a las necesidades de la sociedad actual, corresponde al legislador de hoy modificarla, pero mientras al legislador no le plazca desmantelar alguna de las torres de su viejo castillo, el juez debe

[33] Tomás Hobbes, "Leviatán", t. I p. 26, Ed. Tecnos, Madrid 1976

[34] Carlos Ignacio Massini, "La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna", Prólogo de Jorge Mosset Iturraspe, Ed. Abeledo-Perrot, 1980, pág. 32

[35] El deslucido rol del juez para el normativismo se reduciría –en opinión de Picardi- a "un vano intento de dar cuerpo a las sombras" (cit. Francisco Ramos Méndez, "La sucesión procesal", Editorial Hispano Europea, Barcelona, España, Colección De Iure et Vita, pág. 96)

[36] Cit. Por Guillermo A. Borda en su "Interpretación de la ley", en Jus, Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires, N° 7, La Plata, Ed. Platense, 1966 p. 30)

[37] Thomas Hobbes, obra citada, II-26

dar vueltas como prisionero dentro de los muros sin ventanas, olvidando que fuera de aquella prisión el mundo vive al aire libre y se renueva sin cesar."[38]

Para el eminente jurista florentino, el juez vendría a ser un " … instrumento de precisión idóneo para aplicar cualquier ley, de la misma manera que un fonógrafo está preparado para reproducir cualquier voz impresa sobre un disco de cera."[39]

A partir de los dos conflagraciones mundiales –sin que el maestro florentino pareciera haberse percatado- el pensamiento jurídico universal comienza a retornar a sus fuentes, al hontanar de los primeros principios, al estadio ya superado que el mismo denominó con un dejo de sarcasmo "formulación judicial del derecho", en el cual el juez –lo reiteramos- se ponía directamente en contacto con la conciencia popular y ningún obstáculo se interponía entre él y el derecho; se encontraba en comunión directa con la viva y fresca realidad social, sentía sus necesidades y seguía su evolución.[40]

Este giro copernicano –que destacamos especialmente- no fue casual ni producto del designio divino; hondas motivaciones yacentes en la conciencia de la humanidad causaron la erupción de nuevos (u olvidados) principios jurídicos y lozanas políticas públicas centradas con exclusividad en el "bienestar de la persona humana" y en el respeto a outrance de su dignidad personal[41] (ya no más en el del "poder" o en el de la gélida "ley" formal, que constituyen meros instrumentos orientados a su progreso

[38] Calamandrei desnuda la lógica gélida e inerte de esta concepción positivista del derecho que perduró alrededor de 1.400 años –si acordamos con Michell Villey que el cambio se produjo en el siglo VI de la era Cristiana por conducto del denominado "agustinismo jurídico"- completa la idea del texto anotado con estas palabras (que nos mueven a una profunda reflexión): "Esta especie de segregación legislativa a la que el juez está condenado en el Estado constitucional nacido de la Revolución Francesa, repercute también en la posición que el juez asume en nuestro ordenamiento jurídico. Si entre nosotros el juez no debe ser otra cosa que un intérprete fiel de la voluntad del legislador, las cualidades que más se deben apreciar en él son la agudeza lógica, la fría sabiduría razonadora, la agilidad técnica para servirse de todos los instrumentos de la hermenéutica a fin de desentrañar plenamente los secretos de un texto: el juez no debe ser (como debe serlo, por el contrario, en el sistema de la "formulación judicial del derecho"), sobre todo "un hombre de su tiempo [(reiteramos: ¡No debe serlo!] capaz de comprender en su juicio los sentimientos y las aspiraciones de la sociedad de que procede; sino que debe ser, sobre todo, un jurista que, colocado ante una norma jurídica, olvide deliberadamente toda investigación relativa a la bondad social de su contenido, y se detenga a indagar únicamente los problemas que se refieren a su mecanismo formal." (v. Piero Calamandrei, Estudios sobre el Proceso Civil, Traducción de Santiago sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pág. 67)

[39] Piero Calamandrei, op. cit. Pág. 67 "in fine"

[40] Piero Calamandrei, op. cit. pág. 65

[41] Para María Dolores Vila Coro, la dignidad de la persona humana "no es un derecho, es el fundamento y origen de todos los derechos, es condición, índole, calidad de la persona que expresa toda su vida" (v. Introducción a la bioética, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, ", página 101; cit. Carlos Alberto Gersi, , en "La dignidad como principio general del derecho", La Ley del 8 de agosto de 2014)

individual y colectivo, pero no un fin en sí mismos como los concibe el normativismo), los cuales se expandieron por todo el orbe civilizado como un magma incandescente imposible de contener. Los tratados internacionales sobre derechos humanos del período de post guerra los condensan grabados a fuego en procura de que los líderes mundiales (especialmente de las grandes potencias) y los países signatarios, no incurran nunca más en tamaños desatinos contra la humanidad (que tipifican delitos de "lesa humanidad"), o contra cualquier persona en particular (por motivos políticos, raciales, religiosos, etc.), portadora de análoga dignidad[42] y cuya vida debe ser respetada y preservada por los Estados partes desde su concepción hasta su fallecimiento por causas naturales.[43]

El horror, el espanto y los daños irreparables en vidas humanas y patrimoniales que ocasionaron los dos grandes genocidios mundiales del siglo pasado, implicó la toma de conciencia universal de que el monumental progreso científico, tecnológico y cultural de los últimos quinientos años, fueron insuficientes para neutralizar las tendencias destructivas y perversas del hombre moderno.[44]

Sin duda este convencimiento llevó al gran filósofo e historiador francés Jacques Barzun –citado más arriba- a titular su monumental libro "Del amanecer a la decadencia -500 años de vida cultural en occidente – de 1500 a nuestros días-". La perversión de grandes conflagraciones mundiales del siglo pasado (muchas de ellas sin declaración formal) y sus efectos deletéreos sobre la población civil (inocente) fue creciendo exponencialmente en los tiempos modernos.[45]

---

[42] Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador: "… Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana ..."

[43] Pacto de San José de Costa Rica, art. 4°: Artículo 4. "Derecho a la vida. 1°. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

[44] Durante la primera guerra mundial murieron más de 9 millones de combatientes y costó alrededor de 180.000 millones de dólares. En la segunda guerra mundial fallecieron entre 55 y 60 millones de personas (70 millones para los cálculos más pesimistas; entre 40 y 45 millones los más optimistas). En la Unión Soviética murieron 27.000.000; en China 15.000.000; en Alemania 9.800.000, entre las cifras más abultadas. El número de muertos crecería enormemente si se sumaran los que ocasionaron las guerras posteriores a la Segunda Guerra Mundial, como las de Corea (1950-1953, Argelia (1954-1962), Vietnam (1965-1975), Medio Oriente (1967-1973), Afganistán (1979-1989), del Golfo (1990-1991), Bosnia (1992-1995), Kosovo (1999), Congo (1996-2002), Afganistán (2001), Irak (2003-2007; según Research Busines, esta guerra produjo 1.033.000 de muertos), etc.

[45] Según fuentes serias de información consultadas, desde el año 1700 hasta nuestros días, han muerto en conflictos armados 100 millones de personas; el 90% durante el siglo XX. El 10% de las víctimas eran "civiles", pero esta cifra se incrementó al 73% durante la década de 1970 y en la de 1980 al 85%. El crecimiento exponencial de la crueldad del hombre moderno con relación al pasado está a la vista.

La historia contemporánea en sus traumáticos y dolorosos partos –que enluta y avergüenza a la comunidad internacional- alumbró, empero, una superior gnoseología jurídica, una hermenéutica normativa centrada en la dignidad de la persona humana (convencional, constitucional y legal) y una jurisprudencia afín a estos valores remozados, dando razón al conocido brocardo castellana que reza: “no hay daño que no tenga apaño.”

Así, comenzaron a propagarse como un reguero de pólvora –en consonancia con estas nuevas corrientes de pensamiento- los conceptos de jurisdicción protectora, acompañamiento, tutelas procesales diferenciadas, anticipatorias, inhibitorias, remoción de lo ilícito, pretensiones inmanentes, trascendentes, autosatisfactivas, cautelas materiales, procesos urgentes, etc.

La estructura lógico formal de las normas convencionales sobre derechos humanos dio cabida a este brusco cambio de timón hacia la protección efectiva de la persona humana en sus más diversos matices, como intentaremos demostrarlo a continuación.

IV. LAS NORMAS CONVENCIONALES: ¿SON AUTOAPLICATIVAS O SIMPLEMENTE PROGRAMÁTICAS?

ROL DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

FULCRO O PUNTO DE APOYO DEL NUEVO DERECHO TRANSNACIONAL: GOCE EFECTIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS

NUEVA MATRIZ JURISDICCIONAL

Según Hans Kelsen, los caracteres de las normas jurídicas son la generalidad, la imperatividad y la coercibilidad. La imperatividad alude a una orden, a un imperativo (en el derecho no tienen cabida los consejos, aclara), mientras que la coacción se refiere al empleo de la fuerza para hacer cumplir el mandato; y precisa que el verdadero carácter de la norma jurídica no es la coacción, a la que muchas veces se llega, sino la “coercibilidad”, es decir, la posibilidad de imponer por la fuerza la norma jurídica cuando es desobedecida. La coercibilidad, a diferencia de la coerción, proporciona confianza, seguridad y previsibilidad en las relaciones sociales (seguridad jurídica).

La estructura de toda norma jurídica consta de tres compartimentos: a) condición b) disposición c) sanción (para Kelsen: antecedente y consecuencia jurídica).

Es decir que dado un hecho supuesto o hipotizado por la norma (condición o antecedente), corresponde tal o cual conducta (disposición) que si no es cumplida por el destinatario, le acarreará tal o cual consecuencia jurídica (sanción).

También existen las normas denominadas "determinativas" que se limitan –según Briseño Sierra y Alvarado Velloso- a determinar una esencia jurídica, definen una situación o un objeto de conocimiento, o sus términos básicos, por lo que no tienen estructura disyuntiva (dado A debe ser B si no es B debe ser C), y carecen de sanción.[46]

Ahora bien, para el jurista alemán Dieter Simon, las normas disyuntivas pueden contener formulaciones "descriptivas" (por ejemplo cuando el art. 97 de la Constitución de la República Federal de Alemania establece: que: "Los jueces son independientes y están únicamente sujetos a la ley":), o formulaciones "prescriptivas" (si prescribiera: "todos los jueces deben ser independientes …"). Las primeras, aclara Simon, tienen la ventaja de anticiparse, social y psicológicamente, a la situación pretendida, convirtiendo en superflua toda discusión referente a su aspiración. En el ejemplo dado, la Constitución quiere prescribir (no es contradictorio) que el juez ha de ser independiente, y de ninguna manera que esta directiva se discuta y mucho menos se incumpla. Las formulaciones "prescriptivas", por el contrario, dejan margen a la discusión, a la argumentación en contrario, poniendo en cuestión la base en que se apoya la prescripción ("el hombre debe ser libre").[47]

La imperatividad y coercibilidad de las citadas normas convencionales de protección de los derechos humanos están garantizadas a nivel internacional por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos órganos jurisdiccionales supremos, más los instrumentos internacionales cuya operatividad supervisan en el continente americano y algunos de

[46] Humberto Briseño Sierra, "Derecho Procesal", Ed. Cárdenas Editor, 1969, México 15 D.F., t. I pág.152/3; id. Adolfo Alvarado Velloso, "Introducción al Estudio del Derecho Procesal", Ed. Rubinzal – Culzoni, pág. 34

[47] Dieter Simon, "La independencia del juez", Ed. Ariel S.A. Barcelona, 1985, pág. 3

los cuales reglamentan su funcionamiento interno[48], constituyen el sistema interamericano de protección de los derechos humanos[49].

La Comisión Interamericana creada por la Carta de la Organización de Estados Americanos, tiene, precisamente, la responsabilidad de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia."[50]

Con relación al alcance de la locución "derechos humanos" –concepto tan vapuleado e ideologizado durante los últimos 50 años[51]- el propio Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo precisó claramente en su art. 1°, al sostener que comprenden : " … los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación a los Estados partes en la misma" (apartado 1°) y a " … los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados." (acápite 2°).[52]

---

[48] Carta de la OEA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos humanos (Protocolo de San Salvador, Protocolo contra la pena de muerte), Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Reglamento de la Comisión Interamericano de Derechos Humanos, Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

[49] La Carta fundacional de la O.E.A. establece que: "el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre."

[50] Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 1°

[51] Según Carlos I. Massini Correas: "Si bien la temática de los ´derechos humanos´ o ´derechos del hombre´ tiene una larga historia, es sobre todo a partir de su utilización ideológica por el presidente norteamericano James Carter, cuando ella adquiere carácter omnipresente y hasta tedioso." (v. "El Derecho, los Derechos Humanos y el valor del Derecho", Ed. Abeledo Perrot, pág. 135

[52] Es tan amplia la gama de "derechos humanos" o fundamentales a partir de una visión integral –no ideologizada- y omnicomprensiva de todas las potencialidades de la persona humana como ser individual y social, que Luigi Ferrajoli –sin agotar la amplísima nomenclatura que los abarca- considera que "son derechos fundamentales todos los derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados de "status" de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar." También propone una primera división entre los derechos fundamentales: a) derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, que corresponde a todos o sólo a los ciudadanos; b)entre derechos primarios o sustanciales y derechos secundarios o de autonomía, que corresponden respectivamente a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar. De ella deriva una segunda taxonomía que incluye a cuatro clases de derechos fundamentales, a saber: a) los derechos humanos, derechos primarios de las personas y que se adscriben a todos los seres humanos; b) los derechos públicos, reconocidos sólo a los ciudadanos; c) derechos civiles, adscriptos a todas las personas humanas capaces de obrar y d) derechos políticos, que son los derechos secundarios reservados a los ciudadanos

Es decir, que para la Comisión Interamericana, los derechos de la seguridad social son "derechos humanos", al estar contemplados expresamente en el art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 26 del Pacto de San José de Costa Rica.

Ratifica esta interpretación el hecho incontrastable que la seguridad social constituye uno de los principios fundacionales de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. (acápite "j").[53]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a su vez, es un órgano de naturaleza jurisdiccional autónomo, cuyo cometido es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[54] Es decir, que ejerce las mismas funciones que cualquier órgano jurisdiccional nacional, pero sólo circunscriptas a la aplicación e interpretación del Pacto de San José de Costa Rica.

La imperatividad y coercibilidad de las normas convencionales protectoras de los derechos humanos en los países de la región, cuentan con dos poderosos garantes a nivel jurisdiccional.

La mirada convencional, por consiguiente, se centra de hogaño en la efectiva protección, goce y ejercicio de los derechos humanos en las naciones signatarias del Pacto Interamericano, la cual se exhibe traslúcida en la norma del art. 63, apartado 1° que regula el funcionamiento de la Corte Interamericana, que dispone lo siguiente: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada."

---

capaces de obrar. En síntesis, para Luigi Ferrajoli los "derechos humanos" –o fundamentales- "son todos y sólo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinados por la identidad de "persona", "ciudadano" o "capaz de obrar" (v. "Los fundamentos de los derechos fundamentales", trad. P. Andés, Madrid, Trotta, 2007. Incluye un debate con L. Baccelli, M. Bovero, R. Guastini, M. Jori, E. Vitale y D. Zoto).

[53] Por eso no se entiende demasiado que al suscribir el acuerdo de cooperación en materia de seguridad social, entre la Organización de Estados Americanos, representada a la sazón por su presidente, doctor José Miguel Insulza, y la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, con fecha 2 de diciembre de 2013, el presidente de esta última, doctor José Antonio González Anaya, destacó que este acuerdo busca que "la seguridad social, además de ser un derecho de los trabajadores, se convierta en un derecho humano.", como si no lo fuera, pues –como lo acabamos de ver- el propio Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo reconoce en forma expresa en su art. 1° y la Carta fundacional de la O.E.A. en su acápite "j".

[54] Art. 1° del Estatuto que reglamenta su funcionamiento interno

Tan contundente propósito tutelar se exhibe también de manera diáfana frente a situaciones de "gravedad y urgencia" (art. 63 apartado 2°), y cuando se torna necesario evitar daños irreparables a las personas [tutela inhibitoria], ocasión en la que la Convención autoriza a la Corte Interamericana, en los asuntos que esté conociendo, a tomar las medidas provisionales que considere pertinentes."[55]

De todo ello se infiere que las citadas normas convencionales que regulan el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, contienen –siguiendo a Dieter Simon- formulaciones "descriptivas (no prescriptivas),[56] que no admiten por parte de los Estados signatarios ningún tipo de dubitaciones, anfibologías, tergiversaciones, ni, tanto menos, incumplimientos.[57]

Si ello es así, la protección "trifronte" que consagran estos documentos internacionales sobre derechos humanos sustanciales de la seguridad social mediante las garantías judiciales y procesales recién aludidas, más que una mera promesa de goce

[55] Como se advierte, el Pacto de San José de Costa Rica adhiere de tal suerte a la doctrina de las "pretensiones procesales diferenciadas" (mal llamada por la doctrina "tutelas procesales diferenciadas"), cuyo estudio sistemático desarrollamos en nuestro trabajo de investigación titulado: "¿Tutelas o pretensiones procesales diferenciadas? Una mirada descarnada y una propuesta diferente sobre una figura jurídica de contornos evanescentes", publicado en la Revista Jurisprudencia Argentina, Fascículo 3, Director Alejandro P. F. Tuzio, 2010 – III, págs. 1 a 41

[56] "Describir" –reza el Diccionario Prehispánico de Dudas- es "referir las características de algo" y "trazar o dibujar algo" (Ed. Real Academia Española, 2005, pág. 219). "Prescribir", en cambio, es "preceptuar u ordenar algo" (pág. 519). Lo "descripto" no se puede desobedecer (por ejemplo, la norma que reza: "los jueces son independientes"); lo "prescripto", en cambio, si se puede desobedecer ("los jueces deben ser independientes"). Las formulaciones convencionales aludidas en el texto anotado pertenecen al primer tipo: no admiten desobediencia alguna (como sería, por ejemplo, entorpecer el acceso a la justicia -en lugar de facilitarlo- imponer un procedimiento engorroso -en lugar de "sencillo"- o interminable -en lugar de "breve"- pivar de un recurso efectivo a una persona –en lugar de facilitarle su derecho a impugnar- no atender a un justiciable en un plazo breve –en lugar de "oírlo en un plazo razonable"- imponerle un juez incompetente, subordinado a un poder extraño a la Constitución y a la ley y subjetivamente parcial –en lugar de "un juez competente, independiente e imparcial"-.etc.). Las formulaciones "descriptivas" –o las descripciones a secas- ocuparon la atención de los filósofos desde tiempo inmemorial. Los antiguos las consideraban "definiciones insuficientes o imperfectas", pero con los positivistas, primero, y la fenomenología de Edmundo Husserl, después, se acentuó su importancia gnoseológica."La descripción –se dijo- no era entonces ni la formulación de un juicio por el cual se responde a la pregunta acerca del ser de un sujeto, ni la indicación de su fundamento u origen lógico u ontológico, ni la manifestación conceptual de un desenvolvimiento, sino la pura y simple indicación de lo que aparece en una cosa, de las notas que por sí mismas se revelan de algo." Peculiaridad que condujo al filósofo Bertrand Russell a sostener que: "la existencia solamente puede ser afirmada significativamente mediante descripciones." (v. José Ferrater Mora, Diccionario de Filosofía abreviado, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, pág.106)

[57] Reforzando la imperatividad torno a esto último, el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 25 apartado 2° dispone: "Los Estados partes se comprometen a: a) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) desarrollar la posibilidad de recurso judicial; c) garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de oda decisión en que se halla estimado procedente el recurso".

eventual, deseable o factible, constituye un expreso mandato convencional obligatorio y autoaplicativo.[58]

[58] Nos referimos concretamente a las siguientes disposiciones convencionales:

I. Disposiciones sustanciales:

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

-Art. 16°: "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia."

b. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

-Art. 22°: "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización de los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensable a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad."

-Art. 25°: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."

c. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

-Art. 9°: "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social."

-Art. 11°: "Los Estados partes 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 al importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento."

-Art. 12°: "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel de vida posible de salud física y mental."

d. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica):

-Art. 26°: "Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados."

II. Disposiciones (o garantías) judiciales y procesales:

En línea con los nuevos tiempos de la post guerra en los que el fulcro o punto de apoyo del concepto de derecho está emplazado en el goce y ejercicio efectivo de la protección que prodiga a sus destinatarios –y no en la inerte letra de la norma como lo sostiene el "normativismo jurídico"- el Alto Tribunal de la Nación pontificó con palabras que quedaron grabadas en bronce para la posteridad, lo siguiente: "Basta la comprobación inmediata que una garantía constitucional se halla restringida, sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, para que aquella sea restablecida por los jueces en su integridad, aún en ausencia de ley que la reglamente. Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias."[59]

Este cometido trascendental deviene quimérico, meramente retórico o vacío de contenido, si se prescindiera del único instrumento capaz de concretarlo en el proceso: una matriz jurisdiccional consustancial a la naturaleza de los derechos cuya protección le fue encomendada por los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional.

---

a. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (marzo de 1948):

-Art. 18°: "Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por la cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente."

b. Declaración Universal de Derechos Humanos:

-Art.8°: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley."

c. Convención Americana sobre Derechos Humanos:

-Art. 8°: "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."

-Art. 25: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo, ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen n ejercicio de sus funciones oficiales."

[59] Causa "Siri, Ángel", sentencia del 27 de diciembre de 1957 (Fallos 239: 459). Suscribieron este fallo los ministros Alfredo Orgaz, Manuel J. Argañaraz, Ernesto V. Galli, Benjamín Villegas Basavilbaso, Carlos Herrera (en disidencia). Procurador: Sebastián Soler (en contra)

V. JURISDICCIÓN: CONCEPTO MALEABLE. LA PRETENSIÓN PROCESAL COMO MEDIDA DE LA JURISDICCIÓN

Se ha definido a la jurisdicción como la función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por un acto de juicio, se determina el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.[60]

En un trabajo de investigación que titulamos "Parte procesal: Reformulación del concepto a la luz del realismo jurídico"[61], señalamos que el "monismo conceptual" de los antiguos contrastaba con el "dualismo esencial" de los pensadores modernos, los cuales a partir de Descartes separan como dos mundos diferentes, el del espíritu y el de las realidades extensas.[62]

Esta cosmovisión racionalista, fruto de la gnoseología cartesiana, que –como hemos destacado - segrega al derecho de la conducta humana y lo fusiona al cosmos etéreo de las normas positivas, no concibe otra realidad que la subsumida por las formas o figuras jurídicas que crea a imagen y semejanza de la realidad (concepción "normativista"[63]).

El célebre jurista español Jaime Guasp Delgado, lo advirtió en su momento y lo explicitó con inigualable erudición: "La forma o figura jurídica –señala- aparece siempre como una sustitución de la materia social auténtica, que viene a transfundirse en una construcción artificial del legislador, desvaneciéndose en su pura materia para quedar sólo como mera forma creada. El derecho –destaca- se acerca a la sociología siempre de la misma manera; toma de ella los problemas cuya solución postula la comunidad, establece un esquema de instituciones artificiales, en las que trata de reflejar o sustituir las estructuras y funciones puramente sociales del fenómeno, y, una vez

[60] Eduardo J. Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Ed. Depalma, 1981, pág. 40

[61] Revista "Aequitas", Facultad de Ciencias Jurídica de la Universidad del Salvador, Número Especial 50 Aniversario de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Tercera Etapa Año I – Número I 2007 pág. 232 a 265

[62] Luis René Herrero, "Parte Procesal …" op. cit. pág. 245

[63] "El ´normativismo´ -enseña el filósofo Carlos I. Massini- es aquella concepción que identifica a la norma jurídica en especial a la ley, con el derecho. Para esta forma de pensar, ´el derecho estaría formado por normas, por las que el espíritu humano dirige los hechos de la realidad. Detrás esta forma de concebir la esencia y las fuentes del derecho, está el ´dualismo esencial´ a la filosofía moderna, que separa con Descartes, como dos mundos distintos, el del espíritu y el de las realidades extensas; con Kant, el ser y el fenómeno y también el deber ser. El derecho –concluye- es esa norma engendrada por el espíritu humano, que prescribe a la realidad la forma como debe ser." ("Sobre el realismo jurídico", prólogo de Germán J. Bidart Campos, Ed. Abeledo Perrot, pág. 22; id Michell Villey, "Questions d lógique jurídique dans l´histoire de la Philosophie du droit", Paris, Nauwelearts, 1967, pág. 4-5)

realizada esta labor de alquimia, se despreocupa íntegramente de aquella materia social para operar sólo con las nuevas formas creadas. La verdad –concluye el eminente jurista español- es que el derecho, para salvar a la sociología, no tiene más remedio que matarla."[64]

Todas las figuras jurídicas –según el maestro español- son el fruto de la ciencia esotérica del sincrético Hermes Trismegisto[65], tales como la "pretensión procesal", el "matrimonio", el "delito", la "jurisdicción", el "proceso", etc.[66] En cuanto a la "pretensión procesal", puntualiza Guasp lo siguiente: "La pretensión jurídica es el reflejo o la sustitución de la pretensión social; una vez que el derecho la ha creado, no vuelve en términos generales a ocuparse de la queja o reclamación interindividual, considerada desde el punto de vista puramente social. El derecho atiende sólo a la figura que él ha creado, la dota de un tratamiento importante, y, en ocasiones (como es ésta), hasta aparatoso; olvida las conexiones sociales que tuvo la génesis de la figura que desarrolla; y se ocupa de su nueva forma…"[67]

El concepto usual de "jurisdicción" no escapa a esta gnoseología jurídica de prosapia cartesiana que consideramos superada. Una función pública realizada por un órgano competente del Estado –juez "fonógrafo [como diría Piero Calamandrei] preparado para reproducir cualquier voz impresa sobre un disco de cera"[68]- con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por un acto de juicio, se determina el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica.[69]

---

[64] Jaime Guasp Delgado, "La pretensión procesal", Ed. Civitas S. A. 1981, prólogo de Manuel Alonso Olea, pág. 42.

[65] Deidad sincrética greco-egipcia y legendario alquimista, padre del sistema filosófico y espiritual denominado "hermetismo"

[66] Dice Guasp que cuando el derecho se encuentra con el problema de la unión natural de los sexos, crea una figura específica llamada "matrimonio", monta en torno a ella todo el tratamiento jurídico de esta cuestión, desentendiéndose de la realidad sociológica que pueda seguir corriendo por debajo o al margen de esta figura; o cuando el derecho se encuentra con el fenómeno de un ataque grave a los sentimientos básicos de la comunidad, que exige una reacción social especialmente intensa, crea la figura del "delito" y, una vez creada, se desentiende de los ulteriores fenómenos sociales que no hayan quedado recogidos o incorporados a su figura artificial. En todo caso –concluye Guasp- la forma jurídica se contrapone a la materia social: desde el punto de vista sociológico la refleja o sustituye, desde el punto de vista jurídico la desconoce o ignora. Y el que coincida la materia social con la forma jurídica no es un problema del jurista (aplicador del derecho), sino del legislador (creador del ordenamiento jurídico) (La pretensión … op. cit. pág. 42)

[67] Jaime Guasp Delgado, "La pretensión …" op. cit. pág. 43

[68] Piero Calamandrei, "Estudios sobre el proceso civil", op. cit. Pág. 67 "in fine"

[69] El jurista Eduardo B. Carlos, en línea con este pensamiento, señala lo siguiente: "Esa ´unicidad´ que caracteriza a la jurisdicción, en cuanto manifestación de la actividad soberana del Estado dirigida a la

Un concepto "indivisible"[70], "unívoco", "autónomo" de cualquier realidad exterior, sustancial, no accidental como en realidad lo es desde el hontanar de la metafísica. [71]

Si el centro de simetría de masa, o el fulcro de la palanca protectoria de la normativa convencional y constitucional, retornó a su asentamiento ancestral –el hombre y su dignidad personal inmutable e inmarcesible[72]- o, con palabras del Alto Tribunal de la Nación: "El hombre como eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"[73], no hay duda, entonces, que todos los dispositivos, componentes o institutos del derecho procesal deben girar en torno a la "pretensión procesal" que, siempre apuntalada en un "derecho" individual, social o colectivo, ese hombre –"eje y centro de todo el sistema jurídico"- defiende y procura satisfacer en el proceso (o en la sentencia).

---

actuación del derecho objetivo (público y privado), es admitida también, entre nosotros, por Podetti, Bartoloni Ferro y Lascano." (v. Jurisdicción, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Ed. Driskill S. A. Tomo XVII pág. 538

[70] Como diría el Caballero de la Triste Figura sobre el "amor": "El verdadero amor no se divide y a de ser voluntario y no forzoso" (v. Don Quijote de la Mancha, ilustraciones Salvador Dalí, Ed. Planeta, España, 2004, pág. 142)

[71] A esta altura de los tiempos, nos parece una verdad irrefutable, apodíctica –y por qué no de perogrullo- que el analogado principal de atribución del "derecho procesal" es la "pretensión procesal", a la cual tributan todas las figuras procesales diseñadas por el legislador, como el proceso, la prueba, la sentencia, la competencia, la jurisdicción, etc. Compartimos la insuperable tesis de Guasp Delgado, en cuanto a que: "El derecho procesal no es otra cosa que derecho de las pretensiones, o, mejor, el conjunto de normas que regulan el tratamiento jurídico de una pretensión. La pretensión es la causa del proceso; el proceso, por consiguiente, no es concebible sin la existencia de una pretensión, la cual engendra la institución procesal cuya regulación en derecho crea a nuestra disciplina." (v. La pretensión procesal, op.cit. pág. 43 nota 38). De ello se infiere que la "jurisdicción", siendo una de esas figuras tributarias aludidas, revista carácter de "accidente" y no de "substancia", si por el primero se entiende –siguiendo a Santo Tomás de Aquino- la "cosa cuya naturaleza debe estar en otro", mientras que la segunda, en cambio, es lo que está "debajo de cualidades o accidentes; lo que puede cambiar en tanto que la substancia permanece" (v. José Ferrater Mora, Diccionario de Filosofía, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1983, pág. 20 y 394)

[72] La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado en este sentido, que: "La dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional." ("Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S. A. s/ accidentes ley 9688", Sentencia del 21 de septiembre de 2004. Fallos 327: 3753)

[73] CSJN, "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Minsterio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Droga Neoplásicas", Sentencia del 24 de octubre de 2000. Fallos 323: 3229

Guasp Delgado lo asevera con estas palabras: “”Queda demostrado hasta la saciedad que el concepto de pretensión es insustituible para la elaboración de la noción procesal, y que ningún otro podría aspirar con justicia a llenar un papel semejante al suyo.”[74]

La jurisdicción, entonces, siendo una de las piezas fundamentales del complejo mecanismo procesal, adquiere su tonalidad, gama o coloración, no de su propia esencia, como lo entiende el “normativismo jurídico”, sino de la luz que irradia o proyecta el derecho sustancial cuya salvaguarda le concierne tutelar por mandato convencional, constitucional o legal.[75]

En la actualidad es técnicamente correcto hablar de “jurisdicción protectora” sobre derechos “sensibles”,[76] jurisdicción “dirimente” sobre derechos “patrimoniales”[77], jurisdicción “punitiva” sobre conductas penalmente reprochables, etc.

---

[74] Es más, en la nota a pie de página del texto anotado, agrega lo siguiente: “La reclamación ante el Juez es la verdadera protagonista del proceso. Todo gira en torno a ella: la actividad del demandante, la del demandado (naturalmente cuando éste se contrae a la posición de tal, sin pretender él a su vez, eso es, sin reconvenir) la del órgano jurisdiccional.” (ambos textos se hallan en: “La pretensión procesal”, op. cit. pág. 46 y nota n° 42)

[75] Este fenómeno nos recuerda la feliz explicación que ofrece Calamandrei en torno a la incidencia que ejerce la dogmática jurídica moderna –siempre tributaria de ciertas tendencias fundamentales de naturaleza política- en la “interpretación evolutiva” de los viejos institutos jurídicos. “A tanto puede llegar la dogmática –agrega- a través de la interpretación evolutiva; a construir, con materiales viejos, arquitecturas en armonía con los nuevos tiempos, o sea a dar la ilusión de que circula por dentro de las viejas leyes un espíritu nuevo, que en realidad se proyecta desde afuera, por la sensibilidad política del intérprete; la misma ilusión producida por los colores, que parecen estar dentro de las cosas, y están, por el contrario, en la luz que se refleja sobre ellas.” (v. Piero Calamandrei, Estudios sobre el Proceso Civil, traducción Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pág. 135/7)

[76] Para el maestro platense Roberto O. Berizonce, los “derechos sensibles” : “… refieren a los clásicos derechos personales individuales –derecho a la vida, a la integridad física y la salud, a la intimidad, a la identidad, de la niñez y la familia, a la educación, a la vivienda digna- ya a los derechos sociales –al trabajo, a la seguridad social- y también a los derechos de incidencia colectiva –al ambiente sano, de consumidores y usuarios- incluyendo los derechos individuales homogéneos; y, por último, a los derechos de la institucionalidad republicana y democrática, información pública, transparencia, etc. Existen, a su vez, situaciones de atención preferente, igualmente “sensibles”, que están referidas y engloban a los denominados genéricamente grupos vulnerables: a ellos se refiere concretamente el art. 75 inciso 23, primer párrafo in fine y segundo párrafo de la Constitución Nacional. Unos y otras están igualmente tutelados por diversos instrumentos internacionales, en particular, los que protegen los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, 9, y así lo ha declarado la C.I.D.H. aludiendo a la protección especial debida a los sujetos de derecho, ya sea “por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.”

[77] Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de Manuel Ossorio, “patrimonio” significa: “ … universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciables en dinero” (Ed. Heliasta S.R.L., prólogo del Dr. Guillermo

La medicina también es una actividad en manos de especialistas –como la actividad "jurisdiccional"- destinada al estudio de la vida, la salud, la enfermedad y la muerte del ser humano. Es el arte y el conocimiento aplicados al mantenimiento y recuperación de la salud del paciente, a través del método diagnóstico, el tratamiento y prevención de las enfermedades.

Existen tantas especialidades médicas como circunstancias en la vida de las personas potencialmente aptas para comprometer su salud (peligro o riesgo), o que importen un daño actual a la misma (enfermedad en curso), tales como la medicina "preventiva", "nuclear" (isótopos radioactivos y radio-fármacos), "clínica", "intensiva" (pacientes críticos), "interna" (completa e integral), de "emergencia" (o emergenciología), "forense", del "trabajo", "deportiva", etc.

La medicina –como disciplina o actividad cuyo ejercicio le atañe a un profesional del arte de curar- se especializa en función de los variopintos objetos que persigue o métodos científicos que aplica en procura del mantenimiento o recuperación de la salud. La jurisdicción –como actividad de naturaleza pública cuyo cometido le concierne a un juez- también se especializa en función de la naturaleza de las distintas especies de derechos –individuales, sociales o colectivos- que le incumbe proteger o declarar por mandato constitucional o legal.

De ello se infiere que la substancia y la esencia de esta suerte de embrión del derecho sustancial en tránsito por el proceso,[78] el cual –por ser controvertido es incierto e indeterminado[79]- se va depurando durante su transcurso hasta su alumbramiento

---

Cabanellas,, pág. 555)96. A su vez, Arturo Orgaz, en su Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales, (Ed. Assandri, Córdoba, 1961, pág. 276), define al "patrimonio": "El conjunto de todos los bienes que componen el aspecto económico de la personalidad jurídica."

[78] Recordamos que para José Ferrater Moral, la "substancia": " … está debajo de cualidades o accidentes, sirviéndoles de soporte, de modo que las cualidades o accidentes pueden cambiar en tanto que la substancia permanece." En cambio la "esencia" es el "qué de la cosa", lo que la "cosa sea". Es cierto predicado –concluye- por medio del cual se dice qué es la cosa, o se define la cosa. En el primer caso –concluye- tenemos la "esencia" como algo real. En el segundo caso, como algo lógico o conceptual (v. Diccionario de Filosofía Abreviado, Ed. Sudamerica1970, na, pág. 394 y 140)

[79] La definición del concepto de "derecho controvertido" ha ocupado la atención de importantes juristas de todos los tiempos. Por ejemplo Andrea Proto Pisani –citado por Francisco Ramos Méndez- señala que es: " … aquella ineliminable condición existencial de incertidumbre en la que vive el derecho sustancial antes del juicio" (v. Francisco Ramos Méndez, "La sucesión procesal", Editorial Hispano Europea, Barcelona, España, Colección De Iure et Vita, pág. 96); o el propio Ramos Méndez, para el cual: " … la cosa litigiosa es la fórmula que sintetiza y explica el estadio procesal de lo que en su día será declarado derecho entre las partes" (op. cit. pág. 83); o Francesco Satta, cuando señala que " … el derecho controvertido es un rompecabezas, pues si es derecho no es controvertido, y si es controvertido no es derecho"; por ello exhortaba –como un reto al normativismo asfixiante de ese momento- que: " … hay que tener cuidado para no sustituir la realidad por los conceptos" (Ramos Méndez, op. cit. pág. 72). Por último, y en línea con los juristas anteriores, Carlo María de Marini reafirmaba la condición de incerteza del "derecho controvertido en el proceso" con estas palabras: "El derecho litigioso, en cuanto a que es

definitivo en la sentencia,[80] constituye –por así decir- la "causa formal"[81] de los institutos, formas y figuras jurídicas que el derecho procesal ha diseñado como complemento del concepto troncal de proceso: "id est": el ejercicio de la jurisdicción, la competencia, las facultades y deberes del juez, la hermenéutica de las reglas y principios procesales, alcance de la garantía de la defensa, tipología de las pretensiones en función del derecho en que se fundan (urgentes, inmanentes, trascendentes, preventivas, inhibitorias, comunes u ordinarias, etc.).

En los párrafos que siguen intentaremos profundizar este costado complejo de la investigación.

VI. JURISDICCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La justicia de la seguridad social se inserta en el modelo de jurisdicción denominada "protectora" –Adolfo A. Rivas, Roberto O. Berizonce- de

---

litigioso, es cualquier cosa, menos un derecho subjetivo perfecto. Desde el momento en que existe un proceso pendiente, sólo puede ser válida la aserción de que se pretende un derecho, pero no que dicho derecho exista en el ámbito del proceso planteado. En el proceso tan sólo existe dicho derecho "bajo el aspecto de una pretensión" (Ramos Méndez, op. cit. pág. 70)

[80] Nos recuerda el proceso vital del nacimiento de la persona, en el cual el cigoto, después de la fecundación, comienza un proceso de desarrollo progresivo a través de tres etapas bien definidas: la blastulación, la gastrulación y la organogénesis, con el cual concluye el desarrollo embrionario y el organismo resultante recibe el nombre de "feto".

[81] Para el "corpus aristhotelicum" la filosofía o ciencia se denomina "certa cognitio per causa". "Toda ciencia –dice Rodoflo L. Vigo- busca conocer lo que es y mientras la filosofía investiga a nivel de las causas primeras [el ente cuanto ente], las ciencias operan en el orden de las causas segundas [las relativas a un determinado tipo de entes]." (v. Las causas del Derecho, Prólogo de Georges Kalinowski, Ed. Abeledo Perrot, pág. 22/23). La "causa material" –según Aristóteles- es aquello de lo que algo se hace y en lo cual es; es el sujeto permanente de los cambios físicos; como también es intrínseca, pues comunica su ser al que de ella depende. En síntesis, la causa material "es todo aquello que dispone al sujeto para recibir algo." La forma de los seres –aclara Vigo para resaltar la importancia de la causa material- guarda dependencia respecto a la materia, atento a que de ella es educida y por ella es conservada (op. cit. pág. 57). Ergo, el "embrión del derecho" controvertido en el proceso del cual estamos hablando –que luego alumbrará en la sentencia "secundum allegata et probata"- representa la "causa material" de la actividad jurisdiccional y de todos los institutos procesales enumerados en el párrafo anotado. Pero también este derecho (o esta pretensión que se sustenta en él) reviste el carácter de "causa ejemplar" para esta pléyade de institutos jurídicos; causa que ha sido definida como "aquella a cuya semejanza el agente produce el efecto; modelo a imitación del cual un agente realiza su operación." (op. cit pág. 98).

"acompañamiento"-Augusto M. Morello- o "proteccional" (otros autores), la cual exhibe un nítido anclaje convencional y constitucional que impone consagrar en los ordenamientos jurídicos internos de los países que integran la comunidad internacional, tutelas procesales diferenciadas o preferentes sobre pretensiones, derechos o situaciones del mismo linaje, considerados "sensibles" y –por lo mismo- menesterosos –al decir de Berizonce- de una protección particularizada por mandato constitucional y convencional.

La nómina de estos derechos "sensibles" –como lo hemos puntualizado más arriba- no se reduce sólo a los derechos sociales (del trabajo, seguridad social, salutíferos, etc.), sino que incluye también a los clásicos derechos individuales –derecho a la vida, integridad física, salud, intimidad, identidad, niñez, familia, educación, vivienda digna, etc.- de incidencia colectiva e intereses individuales homogéneos, denominados también de tercera generación –derecho a un ambiente sano, usuarios, consumidores, etc.- a los que se podrían agregar los que Berizonce apoda derechos de la institucionalidad republicana y democrática (información pública, transparencia, etc.).

El juez de la seguridad social, fiel a su cometido constitucional de tercero imparcial e independiente (C.N. art. 18), jamás debería perder de vista que encarna en el proceso de la seguridad social la jurisdicción protectora, pues el gélido legislador noventista lo ha envuelto en una compacta urdimbre ritual, oriunda de la fronteriza jurisdicción dirimente (civil patrimonial, comercial, contencioso administrativa, etc.), capaz de enturbiar su mirada sobre los derechos alimentarios que tiene el deber de proteger, desviándolo de su cometido convencional y constitucional.

El segmento de realidad jurídica que el juez de la seguridad social debe conocer como director de esta clase de procesos, activa la "tutela reforzada" que según la gráfica descripción del maestro platense, se confiere a individuos o grupos de personas titulares de derechos especialmente vulnerables –la dignidad humana en general comprometida- que se encuentren en situaciones de desaventajamiento, sea en forma individual o como integrante de grupos postergados, débilmente protegidos, socialmente vulnerables o desfavorecidos.

Esta tutela reforzada, se nutre de tres condimentos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina especializada han ido delineando en una lenta y fecunda labor de orfebres a través del tiempo:

a) La categorización del anciano como exponente de un sector vulnerable de la sociedad.[82]

[82] Consultar las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", aprobadas por la XIV Cumbre Iberoamericana de 2008, a las que adhirió la CSJN mediante acordada 5/2009. Se consideran vulnerables aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (regla 3). Incluye a menores, ancianos, discapacidad grave, migrantes y

b) El carácter alimentario que ostenta el derecho en que se funda la pretensión prestacional

c) La superlativa trascendencia del tiempo en el proceso de la seguridad social

d) La euritmia entre el proceso y la pretensión prestacional,

e) El rol del juez proteccional

f) La tutela cautelar como única prestación jurisdiccional en condiciones de asegurar el goce y ejercicio efectivos de derechos alimentarios en riesgo de sufrir daños irreparables;

g) Competencia de la justicia de la seguridad social. Dispersión y desprotección. Preeminencia de la competencia funcional en detrimento de la competencia material. Principio de especialidad relegado.

h) Cosa juzgada discordante y garantías constitucionales afectadas. Flexibilidad de las reglas procesales

VII. DESARROLLO

VII.1 La categorización del anciano como exponente de un sector vulnerable de la sociedad.

Con respecto a la cuestión medular consignada en este acápite, el Tribunal Cimero ha señalado en Fallos 328: 566 –entre muchos otros- que la calificación constitucional de los ancianos como un grupo particularmente vulnerable, incorpora una regla hermenéutica que no se compadece con la introducción de diferencias que, lejos de protegerlos, desmejoran su posición jurídica. Por ello, reitera, la regla general de acceso a la justica en materia de derechos fundamentales justificaría una tutela más acentuada en el caso de la ancianidad en los términos del art. 75 de la Constitución Nacional, pero jamás una diferencia en perjuicio de este sector.[83]

---

desplazados internos, pobreza, mujeres afectadas por violencia y discriminación, minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, personas privadas de libertad (la enumeración no es taxativa).

[83] Con inusitado énfasis el ministro Juan Carlos Maqueda destacó esta superlativa protección jurisdiccional sobre los derechos previsionales en el considerando 9° de su voto en el fallo "Sánchez, María del Carmen c/ANSeS s/ Reajustes varios" (17 de mayo de 2005), con estas palabras: "Que en épocas muy recientes el Tribunal ha afirmado, con particular referencia al art. 14 bis de la Ley Fundamental, que esta última, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano. Agregó que los derechos

VII.2 El carácter alimentario que ostenta el derecho en que se funda la pretensión prestacional

También en numerosos precedentes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha justificado la tutela procesal reforzada de la pretensión previsional por el contenido alimentario de los derechos o créditos en que se funda, lo cual exige de los tres poderes del Estado -subraya el Alto Tribunal- una mayor eficiencia, celeridad y protección a través de los actos que cada uno emite en el ámbito de su competencia, como asimismo, una " … consideración particularmente cuidadosa a fin de que, en los hechos, no se afecten sus caracteres de integrales e irrenunciables de los derechos de la seguridad social, ya que el objetivo de los créditos de esta especie [subraya] es la cobertura de los riesgos de subsistencia y ancianidad, momentos en la vida en los que la ayuda es más necesaria …" ; y subraya que: " … sus titulares son ciudadanos y habitantes que al concluir su vida laboral supeditan su sustento, en principio absolutamente, a la efectiva percepción de estas prestaciones que por mandato constitucional les corresponde."[84] (Fallos 311: 1644; citado en nuestro voto en la causa "Hussar, Otto c. ANSeS s/reajuste por movilidad", Sentencia del 27 de septiembre de 1995, comentada por Germán J. Bidart Campos en El Derecho del 11 de diciembre de 1995; ibídem "Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/ reajustes varios", considerando 5° del voto del ministro Ricardo Luis Lorenzetti; Fallos: 328: 566).

En línea con esta doctrina axial del Alto Tribunal de la Nación en materia de seguridad social, también puntualizó en la causa "Bombelli, Roberto c/ANSeS s/reajustes por movilidad" (sentencia del 6 de junio de 2006), que dado " … el carácter alimentario, integral e irrenunciable que tienen los beneficios según el art. 14 bis de la

---

constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse que ella enuncia derechos huecos a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último (causa V.)67.XXXVIII. "Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA S.A. s/despido", sentencia del 14 de septiembre de 2004, considerando 8°, párrafos 3 y 4)."

[84] Viene a cuento en este lugar la anécdota que comentó Marco Aurelio Risolía en la conferencia que tituló "Aspectos jurídicos de la vejez", en las Primeras Jornadas de Gerontología y Geriatría del Cono Sur (06/09/1990), con estas palabras: "Platón tiene escritas en el libro primero de La República las palabras con que Sócrates de dirige a Céfalo –hombre de virtuosa vejez- preguntándole si considera su edad como un tiempo difícil de la vida. Y Céfalo –que es la voz del mismo filósofo- sin ignorar las lamentaciones y quejas de muchos contemporáneos venerables que añoran los placeres de la juventud, concluye que la vejez dulce y prudente "es un estado de reposo y libertad de los sentidos que desliga de las pasiones tiránicas y ha de aceptarse sin angustia. Con costumbres apacibles y tranquilas –razona Céfalo- encuentra uno soportable la vez." Con carácter opuesto –concluye el destacado académico- tanto la vejez como la juventud son igualmente difíciles." (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales – Año XXXV Segunda Época – Número 28, Ed. "Lex Sed Lex", pág. 6)

Ley Fundamental, no corresponde admitir una comprensión de normas que vuelva inoperante la protección allí establecida …" (v. considerando 5°), como asimismo destacó –en orden a la tutela procesal reforzada en todos estos supuestos- que: "… los principios del derecho previsional deben ser armonizados con las reglas procesales a fin de evitar que una comprensión amplia del referido instituto [la caducidad de instancia] pueda redundar en menoscabo de derechos que cuentan con particular protección constitucional" (considerando 3°).[85]

VII.3 La superlativa trascendencia del tiempo en el proceso de la seguridad social

[85] En el precedente "Ibáñez, Máximo c/ANSeS s/ reajustes varios" (sentencia del 8 de septiembre de 2005), del registro de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social, se planteó en la alzada un aparente conflicto entre normas sustantivas –constitucionales y convencionales- y normas formales, adjetivas o procesales, el cual mereció la atención de la doctrina más calificada en la materia (v. Víctor Bazán, "Dos visiones del derecho ante un reclamo previsional", La Ley t. 2006-B, 605; Andrés Gil Domínguez, "Efecto del precedente Sánchez" de la Corte Suprema de Justicia, La Ley t. 2006-A, 119; Adolfo A. Rivas, "Fallos injustos y disidencias correctas", SJA del 8 de marzo de 2006; J.A. 2006-I-837; Walter E. Carnota, "En el proceso no caben emboscadas ni sorpresas", El Dial.com, del 7 de octubre de 2005). Señalamos en nuestro voto con particular énfasis, lo siguiente: "Jamás una norma o principio de naturaleza procesal, sin desvirtuar por completo su esencia y finalidad, podría lesionar, restringir, alterar, amenazar o impedir el goce y ejercicio efectivos de un derecho o garantía constitucional, convencional o legal." Ello así, por cuanto "… las reglas procesales antedichas [preclusión, congruencia, cosa juzgada, etc.] fueron instituidas por el legislador para apuntalar y no para demoler las garantías constitucionales del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio, cuyo principal cometido –como es sabido por todos- es procurar que el proceso constituya un instrumento de tutela del derecho sustancia y no su tumba, como alertaba el maestro Eduardo J. Couture." Y por último cerrábamos nuestro discurso sobre esta cuestión tan simple, pero a la vez tan trascendente como soslayada por la doctrina autoral en y la jurisprudencia en general, con estas palabras: "Importaría un contrasentido lógico y una palmaria violación a la Constitución Nacional, contraponer una mal entendida preclusión, cosa juzgada, etcétera, al goce efectivo de un derecho humano irrenunciable, como lo es el derecho a la subsistencia, cuya intangibilidad no sólo depende en forma absoluta de la integridad del haber prestacional que percibe su titular, sino que se encuentra tutelada –como lo puntualizamos más arriba- por normas de incontestable orden público y trascendencia social." El profesor Víctor Bazán –en su comentario recién citado- para quien nuestra posición en la sentencia "Ibáñez" entraña una "visión sustancialista del derecho", sólo podría interpretarse adecuadamente a la luz de la siguiente reflexión del maestro Germán J. Bidart Campos, a saber: "El contenido de la Constitución se ha sustancializado mediante el denso bloque axiológico que aglutina valores, principios y derechos, en un sistema axiológico que tiene como centro a la persona humana, por lo que la Constitución ya no admite ser visualizada desde el poder, sino desde la persona, de modo que su eje no es la organización del poder, sino el núcleo material de valores, principios y derechos que asigna a la misma Constitución una unidad de orden y de sentido." (v. La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho)", en Morodo, Raúl y De Vega, Pedro –directores-, "Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú", t. II, Universidad autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas) y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 72.

Con relación al tercer condimento de esta tutela procesal reforzada en materia de seguridad social, la Corte puntualizó que el fin "protector" de las prestaciones de la seguridad social, justifica adoptar el criterio que más convenga a la "celeridad" del juicio (Fallos 328: 566, entre muchos otros).

Reiteró asimismo su preocupación por la importancia que reviste la celeridad en el proceso de la seguridad social, en el precedente "Anderle, José Carlos c/ANSeS s/reajuste por movilidad" sobre su presentación por retardo de justicia de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social –Sala III" , publicado en el diario El Derecho del 18 de septiembre de 2001 y en Jurisprudencia Argentina, 2002-II-4), ocasión en la que expresó lo siguiente: "La defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido, dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada podría implicar que los derechos pudiesen quedar indefinidamente sin su debida aplicación en grave perjuicio de quienes lo invocan."

Destacamos en otro lugar que la urgencia constituye una cualidad primaria de la pretensión de la seguridad social,[86] con estas palabras: "La realidad vital o existencial en la cual se desenvuelve el Derecho Procesal de la Seguridad Social, impregna de peculiar urgencia la pretensión prestacional que constituye el objeto del proceso previsional. Es evidente que la tardía prestación jurisdiccional podría irrogarle un daño irreparable a la salud de su titular, no sólo a sus bienes, e incluso provocarle la muerte, lo cual sucedería de modo inexorable si el auxilio de la justicia llegara demasiado tarde frente al reclamo de una persona cuya vida dependiera de un medicamento, de una prestación médica inaplazable, etcétera." ("La pretensión previsional: ¿Demanda de conocimiento pleno?", Revista de Derecho Procesal 2004 – 1, Demanda y reconvención, Ed. Rubinzal – Culzoni, pág. 234).

La "pretensión urgente" –que reclama una satisfacción inaplazable so capa de daño irreparable al derecho en que se funda- connota en no pocas situaciones el máximo grado de tensión que podría concebirse entre la integridad del derecho en que se funda y su total frustración.

[86] Ferrater Mora (Diccionario de Filosofía abreviado, Ed. Sudamericana, pág. 94 y ss.), recuerda que para Aristóteles la cualidad es aquello en virtud de lo cual se dice de algo que es tal o cual. Para el filósofo John Locke, a su vez, las cualidades se distinguen en "primarias" u "originales" (inseparables de los cuerpos, como la solidez, extensión, figura y movilidad), y las cualidades "secundarias", las cuales no se hallan en los objetos mismos, sino en quienes los perciben (como los colores, sonidos y gustos, etc.). La cualidad sería la diferencia que distingue la esencia; y así se predica que el hombre es un animal que tiene tal cualidad, porque es bípedo; el caballo, porque es cuadrúpedo, etcétera. De la pretensión urgente puede decirse que es una figura procesal que tiene esa cualidad y no otra, porque sus titulares son potenciales víctimas de un daño irreparable, individual o colectivo, valetudinarios, integra un sector de alta vulnerabilidad, etc.

En esta situación apremiante –muy común en materia de seguridad social- el actor puede peticionar al juez el "ius utendi" del derecho por vía cautelar (es decir, su uso y goce efectivo y provisorio), durante el desarrollo del proceso, pero en supuestos "in extremis" en los que la existencia del derecho en que se funda la misma está en juego (p. ej. Derecho a la vida, a la salud, etc.), puede deducir la pretensión urgente antes de que el proceso haya comenzado. En esta hipótesis de excepción, la pretensión sería "inmanente" y la prestación jurisdiccional definitiva, ya que el único fin que procuraría, sería evitar la extinción del derecho en que se funda.

El "derecho de defensa" del demandado no sufiría detrimento alguno cuando el juez despachara una providencia de "trámite" –nunca de mérito- de naturaleza "asegurativa" o "cautelar", en procura de preservar la inmutabilidad de la plataforma fáctica o jurídica sobre la que operará en su momento la sentencia de mérito,87 ocasión en la que satisfará las pretensiones procesales de las partes, " … calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte … ", como reza el artículo 163, inciso 6°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La pretensión urgente es "inmanente" -en cambio- cuando su objeto se circunscribe sólo a evitar la frustración, extinción o desbaratamiento del derecho en que se funda, frente al peligro inminente de daño irreparable, en cuyo caso la decisión oportuna que se reclama es inmediata y definitiva.

En esta hipótesis –ciertamente excepcional- se exhibe patente la condición de medio ("posterius") y no de fin ("prius") que revisten las garantías del debido proceso y la defensa en juicio –que es su núcleo- con relación a los derechos constitucionales, individuales, sociales y colectivos cuya inmutabilidad procuran salvaguardar en todos los supuestos.

Tal es lo que, a mi modo de ver, piensa Bidart Campos cuando señala que las garantías constitucionales son el soporte de la seguridad jurídica y existen en la medida en que el individuo tiene a su disposición la posibilidad de movilizar al Estado para que lo proteja [en cuanto titular de un derecho constitucional], sea impidiendo el ataque, sea

[87] Plataforma fáctica o jurídica cuyas características hemos explicado más arriba (por ejemplo, en cuanto a que la misma también comprende algunos supuestos muy peculiares, como la restitución precaria del "ius utendi" al cautelante –dineros acorralados- o el "restablecimiento de la integridad de la unidad psico-somática del actor, dañada por una grave contingencia social (...) mediante la provisión de sucedáneos que el orden jurídico autoriza en el caso (tratamiento de rehabilitación o entrega de una prótesis en forma inmediata, etc.), con miras a llenar el vacío existencial ocasionado por la contingencia y restablecer el equilibrio desbaratado, evitándose de esta forma un daño quizá irreparable a la integridad psico-psíquica del peticionario de la medida asegurativa." (v. Luis René Herrero, "El derecho procesal de la seguridad social ..." Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina., 07/11/2001, op. cit., pág. 4)

restableciendo la situación anterior al ataque, sea procurando compensarle el daño sufrido, sea castigando al transgresor, etc.[88]

Y en cuanto a la celeridad del proceso y a la cobertura célere de las pretensiones urgentes, señala el gran maestro del Derecho Constitucional lo siguiente: "La garantía del debido proceso incluye el recaudo de la duración razonable del proceso (...) Cuando la PRETENSIÓN ES URGENTE –puntualiza- el proceso debe durar menos –o mucho menos- que cuando no reviste ese apremio."[89] A lo cual acotábamos lo siguiente –quizá en la frontera de lo razonable, pero impulsados por un honesto afán de sinceramiento y el respeto "a outrance" al principio de supremación convencional y constitucional- "... y a veces ni siquiera llega a existir [el proceso] cuando este apremio exige una solución inmediata, inaplazable, es decir, cuando la vida del derecho depende de la muerte del proceso –un día de demora podría ser demasiado tarde."[90]

El derecho a ser oído del sujeto pasivo de la pretensión "inmanente" no pierde su naturaleza inviolable ni suprema, en vista de que en este supuesto excepcional y ciertamente extremo, prevalece el derecho de defensa del titular del derecho subjetivo material que está a punto de sufrir un daño irreparable.[91]

---

[88] Germán J. Bidart Campos, Tratado, Elemental de Derecho Constitrucional, Ed. EDIAR, 1985, Vol. I, loc. cit. pág. 440

[89] Germán J. Bidart Campos, Manual de la Constitución Reformada, op.cit., t. II, 1997, pág. 328

[90] El juez opera la tutela inmediata y definitiva –o "inmanente"- con el auxilio de métodos "invasivos" análogos a los que utilizan los médicos en situaciones excepcionales para salvar la vida de pacientes en riesgo de muerte. Los elementos indubitables de convicción con que cuenta el juzgador, respecto de ese daño y de ese peligro, alcanzan para disponer una decisión judicial inmediata que impida el aniquilamiento del derecho subjetivo.

El caso "Tato Bores" (fallado por la CSJN el 08/09/92), también resulta paradigmático. La orden de no emitir el programa televisivo emitida por el juez de la causa –decisión equivocada por no tratarse en puridad de una pretensión inmanente- sin ver el tape que presuntamente agraviaría a la actora, ocasionó un daño irreparable –o la extinción- del derecho personalísimo a la libertad de expresión del artista, que ya no pudo ejercerlo jamás.

[91] Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático...", op. cit. pág. 106. Es oportuno puntualizar en este lugar la hipótesis del paciente al que el sanatorio no le presta el servicio de diálisis porque está en conflicto con su obra social: ¿Acaso el derecho a ser oído del sanatorio –en el caso- podría prevalecer sobre el derecho a la "vida" del actor y, consecuentemente, a su derecho a defenderla ante la justicia? Nos recuerda la anécdota que cuenta Piero Calamandrei en su libro "Elogio de los jueces" [que sólo tiene en común con estos ejemplos la inversión de la escala de valores en la aplicación de los postulados] de aquél médico que convocado de urgencia para atender a un paciente grave, comenzaba a declamar sobre el origen metafísico de la enfermedad, pretendiendo demostrar que auscultar al enfermo y tomarle la temperatura eran operaciones superfluas. Si bien los familiares del enfermo quedaban maravillados de tanta sabiduría, el enfermo, a las pocas horas, moría tranquilamente. A este médico –añade Calamandrei- de quererlo definir en la jerga forense, se lo podría llamar un especialista en cuestiones de derecho" (anécdota citada por Santiago Sentís Melendo en su obra "El Proceso Civil, Ed. Ejea, Bs. As., 1957,

El juez opera la tutela inmediata y definitiva –por así decir- con el auxilio de métodos "invasivos" análogos a los que utilizan los médicos en situaciones excepcionales para salvar la vida de pacientes en riesgo de muerte. Los elementos indubitables de convicción con que cuenta el juzgador, respecto de ese daño y de ese peligro, alcanzan para disponer una decisión judicial inmediata que impida el aniquilamiento del derecho subjetivo.

En cualquier procedimiento ("espacio"), o en cualquier momento ("tiempo"), incluso antes que el proceso haya comenzado, es "oportuno" para pronunciar una decisión "preventiva" –inmediata y definitiva- que se agota en si misma, porque su cometido precipuo –como lo hemos señalado- se reduce exclusivamente a evitar la extinción de un derecho subjetivo constitucional.[92]

Cualquier pretensión urgente que no se ajuste a estas pautas ineludibles, no constituye una pretensión inmanente ni, tanto menos, autoriza tal grado de satisfacción y tutela extraordinarias.

Ergo, la pretensión procesal "inmanente" procura una providencia jurisdiccional no sólo "oportuna" en el tiempo, sino esencialmente "preventiva",[93] especie nueva que se agrega a las denominadas sentencias declarativas, constitutivas, de condena y asegurativas o cautelares.

No concebimos, por lo expuesto, a la decisión judicial "inmanente", (o "autosatisfactiva", como también se la denomina), como una especie del género providencia cautelar –tesis de Efrain I. Quevedo Mendoza-; porque no es "provisoria" (obviamente es "definitiva"), ni tributaria de un proceso (o "instrumental"); tampoco el juicio que formula el juez a la sazón es de "verosimilitud" o de "probabilidad" ("fumus boni iuris"), sino de "certeza" objetiva (juicio de "verdad");[94] y, finalmente, este juicio

---

prólogo de Hugo Alsina, pág. 179/40

[92] Adolfo A. Rivas no deja dudas acerca de la naturaleza de esta medida de excepción, cuando expresa: "Los hechos ponen al tribunal ante una disyuntiva imposible de soslayar; o se satisface la pretensión en ese momento, o no podrá satisfacerse más, pues la lesión al derecho se habrá consumado irremediablemente." (v. "La jurisdicción anticipatoria...", op. cit.

[93] No existe para nosotros otra voz más apropiada para definir a esta indócil figura procesal, pues la palabra "preventiva" connota los dos momentos constitutivos del razonamiento del juez frente a una pretensión de esta especie, a saber: el momento "intelectivo" (Segunda acepción del intransitivo "prevenir" según el Diccionario de la Lengua Española: "Prever, ver, conocer de antemano o con antelación un daño o perjuicio"); y el momento "volitivo" (Tercera acepción del vocablo: "Precaver, evitar, estorbar o impedir una cosa").

[94] El "derecho" está ahí, a la vista del juez (p. ej., el derecho a la "vida", a la "salud", a la "subsistencia"; a la libertad de expresión, etc.). También está a la vista del juez, el "peligro" inminente de daño irreparable, y, por cierto, la persona –gente o ente- que "debe" prestar su concurso "necesario" para conjurarlo.

en ningún caso presupone –como el juicio cautelar- un "cálculo de probabilidades" acerca del contenido de la sentencia definitiva ("instrumentalidad hipotética"), procurando –como señala Calamandrei- asegurar su eficacia práctica "en la hipótesis que esta tenga un contenido concreto, del que se anticipan los efectos previsibles."[95] (porque la sentencia es "real" y no "aparente").

El proceso de la seguridad social actual –como también sus operadores institucionales- es totalmente refractario al advenimiento y recepción de estos ingredientes substanciales –no accidentales- de la jurisdicción protectora que por mandato convencional y constitucional opera en el ámbito de esta materia.

VII.4 La euritmia entre el proceso y la pretensión prestacional

La imprescindible euritmia entre el rito –o proceso- y la pretensión urgente de la seguridad social, no representa un anhelo o una promesa que el Estado podría cumplir o abdicar ad libitum, sino un postulado científico y un mandato constitucional insoslayables, que Jaime Guasp Delgado compendió con el genio que se le reconoce con estas palabras: a) "todo proceso supone una pretensión, toda pretensión origina un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión"; b) "la pretensión puede ser definida como aquella actividad que origina, mantiene y concluye un proceso con su propio nacimiento, mantenimiento y conclusión."[96]

Quien haya leído el maravilloso libro de Jaime Guasp Delgado "La pretensión procesal" –brillante y suprema síntesis de su cosmovisión jurídico procesal- tomaría debida nota del lugar exacto en que se emplaza el eje y el cuerpo que gira en torno a él; el centro y la periferia; la sustancia y el accidente (según las categorías de Aristóteles); en síntesis, la pretensión procesal (eje, centro sustancia, en los ejemplos aludidos),y el proceso, la jurisdicción, la competencia, la sentencia, la prueba, el rol del juez en el proceso, etc. (institutos o figuras jurídicas que conformarían el cuerpo giratorio en torno al eje, en el ejemplo mencionado)[97]

---

[95] Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático, op. cit., pág. 74 nota n° 4

[96] Jaime Guasp Delgado, La pretensión procesal, Cuadernos Cívitas, prólogo de Manuel Alonso Olea, Madrid año 1981, pág. 46 y 88

[97] Dice el maestro español que " … lo que toca a la jurisdicción hay que darse cuenta de que este concepto , doctrinariamente tan atormentado, no puede ser puesto en claro si no se hace con él una correlación rigurosa respecto al concepto del proceso (…) Función jurisdiccional es la que ha de recogerse en el proceso explicando la potestad en virtud de la cual un tercero, investido de poder público, interviene entre las partes, no puede por menos de formularse una ecuación impecable entre conceptos de función jurisdiccional y función procesal. Pero entonces la función jurisdiccional no puede ser más ni

Y esta euritmia entraña la observancia de un postulado científico insoslayable, reiteramos, porque su inexistencia en los procesos protectorios importaría, no sólo la mora convencional del país signatario del Pacto de San José de Costa Rica con respecto a su obligación convencional de instituirla en su derecho interno, sino también –y lo que no es menos grave todavía- la denegación de la "tutela jurisdiccional protectora y efectiva" en los casos concretos.

Lino E. Palacio recuerda en uno de sus artículos cincelado con su pluma elegida, que el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica exige que " … los ordenamientos internos de los Estados adheridos al Pacto, instituyan procedimientos judiciales proporcionales a la mayor o menor entidad de las controversias que se sometan a sus tribunales, de forma tal que la protección de derechos involucrados en conflictos escasamente complejos no se traduzcan en una virtual denegación del servicio de justicia. Ello sucedería v. gr. –concluye- si el legislador sujetase una pretensión alimentaria o posesoria al trámite del proceso ordinario."[98] (como sucede en nuestro país con la ley 24.463 (B.O. 30/03/1995), cuyo artículo 15 (reformado por la ley 25.488), instituye esta clase de proceso para el trámite y resolución de las pretensiones alimentarias previsionales deducidas contra la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS).

El proceso de la seguridad social vigente –espejo de los derechos sustanciales de la seguridad social[99]– a la luz de su estructura normativa –eficacia- y de su función esencial de satisfacer las pretensiones prestacionales que constituyen su objeto –eficiencia[100]- ofrece al observador apenas el espectro de los derechos alimentarios cuyo goce y ejercicio efectivos debiera garantizar, como predica el célebre maestro florentino.[101]

---

menos que una función de satisfacción de pretensiones." (v. La pretensión procesal, Ed. Civitas S.A. prólogo de Manuel Alonso Olea, pág. 90/1)

[98] Lino E. Palacio, La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994, La Ley 1995-D-1243

[99] Cuenta Piero Calamandrei que Leonardo [Leonardo di ser Piero da Vinci] aconsejaba a los pintores, para apreciar mejor las proporciones y relaciones, que miren el cuadro reflejado en un espejo: así [exhorta el genial polímata florentino] en ese espejo del derecho sustancial que es el proceso, resulta posible apreciar nítidamente, manifestada en este inquieto fluctuar de teorías sobre la acción, la crisis del ordenamiento jurídico contemporáneo, y de aquel concepto de derecho subjetivo, que hasta ahora constituía su pilastra central." (v. Estudios sobre el Proceso Cvil, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pág. 157)

[100] Humberto Briseño Sierra, Derecho Procesal, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 169, pág. T. II pág. 212 y sigts.

[101] Luis René Herrero, "Un proceso desajustado a la naturaleza alimentaria de la pretensión previsional", Revista de Doctrina N° 2 del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Temas de Derecho procesal, Año I N° 2 Mayo de 2000, pág. 28

En efecto, el artículo 15 de la ley 24.463 prescribe lo siguiente: "Las resoluciones de la Administración Nacional de la Seguridad Social podrán ser impugnadas ante los Juzgados Federales de Primera Instancia de la Seguridad Social de la Capital Federal, y ante los juzgados federales con asiento en las provincias, dentro del plazo de caducidad previsto en el art. 25, inc. a) de la ley 19.549, mediante demanda de conocimiento pleno, que tramitará por las reglas del proceso sumario previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [ahora "proceso ordinario", atento la derogación de aquel por parte de la ley 25.488] con las modificaciones introducidas en la presente ley. La Administración Nacional de la Seguridad Social actuará como parte demandada. Para la habilitación de la instancia no será necesaria la interposición de recurso alguno en sede administrativa."

La patente inconstitucionalidad de esta regulación exorbitante es innegable, al someter las pretensiones alimentarias y urgentes a las reglas del "proceso ordinario" del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación .

Tal normativa, por lo demás, viola el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 14 bis y 75 inc. 23 de la C.N. y las citadas Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (aprobadas por la XIV Cumbre Iberoamericana de 2008), a las cuales adhirió –como se señalara más arriba- la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante acordada 5/2009.

En tales condiciones de desproporción y desprotección, la tutela cautelar urgente se ofrece como el único instrumento de protección judicial efectiva en el proceso previsional actual [cuya duración promedio es de siete (7) años],[102] maguer la desafortunada revocación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la medida cautelares satisfactivas y provisorias ordenada por la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social en la causa "Márquez, Alfredo Jorge c/ANSeS s/reajustes varios", por inexistencia –según el Alto Tribunal- de periculum in mora

[102] El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Ricardo Luis Lorenzetti, pareciera coincidir con este punto de vista en un reportaje que concedió con fecha 5 de septiembre de 2010 al diario Página 12, al señalar que hay que bajar en forma urgente la litigiosidad previsional, pues no es justo que los jubilados tengan que hacer tantos juicios, y el modo de hacerlo -destaca el señor Presidente- es establecer claramente "cómo se puede pagar a los jubilados y de modo real", tarea que le atribuye a la Cámara Federal de la Seguridad Social y no al Alto Tribunal que integra (tal lo que expresó al contestar la pregunta: "¿La Corte lo va a establecer en un fallo?"). La Cámara Federal de la Seguridad Social en el fallo "Márquez, Alfredo Jorge" –en procura de neutralizar la irrazonable litigiosidad existente en el fuero y resguardar los derechos previsionales del actor- ordenó a la ANSeS adecuar por vía cautelar el haber previsional a las pautas aritméticas del fallo "Badaro" en el plazo perentorio de treinta (30) días, bajo apercibimiento de "astreintes" al Director Ejecutivo de la ANSeS, debiendo continuar el proceso por las diferencias adeudadas hasta esa fecha. De este modo, se restablecía el nivel de vida digno del jubilado y se operaba un abrupto corte de la deuda futura –con más los intereses- que debería sufragar el Estado una vez concluido el juicio.

(criterio muy opinable que replicó a centenares de medidas cautelares análogas el mismo día), mediante sentencia de fecha 20 de agosto de 2006.[103]

VII.5 El rol del juez protectorio

Se estudia con particular esmero el rol del "juez protector" desde el hontanar del Derecho Procesal Constitucional, porque el poder-deber jurisdiccional que ejercita este magistrado por mandato constitucional, cuyos ingredientes estructurales alcanzan a todos los jueces por igual (deberes de conducta, funcionales, institucionales, etc.)[104], al impregnarse de la materia jurídica peculiar de la cual se ocupa en cumplimiento de este

[103] El señor Alfredo Márquez contaba a la sazón con 84 años de edad. Su fallecimiento coetáneo a la sentencia –que desmiente el argumento de la Corte para rechazar la medida- consta en el registro informático de fecha 28 de agosto de 2014, del expediente 20.797/2008, radicado en el juzgado federal de la seguridad social n° 8. Sorprende la Corte de la doctrina "Camacho Acosta" sobre los derechos sociales, que en aquel fallo haya devaluado hasta límites inconcebibles los tres pilares fundamentales de las pretensiones de la seguridad social: a) su carácter alimentario; b) la edad de sus titulares; c) el tiempo razonable del proceso. Con relación a los dos primeros, y en aras de destacar su insuficiencia, puntualizó lo siguiente: " … una abrumadora mayoría de los temas que se discuten en el fuero de la seguridad social son de naturaleza alimentaria y muchos de sus titulares son de avanzada edad."(Considerando 10°). Y con respecto al tiempo del proceso, señaló con similar énfasis: " … la alzada hizo mérito del tiempo que llevan los procesos, que se dilatan en función de la gran litigiosidad existente. La preocupación de ese estado de cosas, sin embargo, no puede llevar a reducir los recaudos ni a alterar la proporción que debe guardar toda cautelar para no ir más allá de su propósito."

Se aclara que los ministros Ricardo Luis Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda no suscribieron estas resoluciones y de los cuatro ministros que sí lo hicieron, dos fallecieron –Carmen M. Argibay y Enrique S. Petracchi- y el restante renunció en diciembre de 2014 –Eugenio R. Zaffaroni-.

[104] Esta aclaración sobre la unicidad jurisdiccional y diversidad competencial que caracteriza la faena de cualquier magistrado, fue destacada por la Corte Suprema de Justicia en la causa "Aguilera, Grueso, Emilio c/ANSeS y otro s/reajustes varios –incidente de recusación-", en la cual fuimos recusados sin causa en forma masiva por la única parte demandada en el fuero de la seguridad social –la Administración Nacional de la Seguridad Social- ocasión en la que el Tribunal Cimero señaló: "Que por ser ello así [alude a nuestra competencia como jueces de la cámara Federal de la Seguridad Social] no puede desconocerse que recusar al doctor Herrero en la totalidad de las causas sorteadas a la sala II, traería aparejado el vaciamiento de la jurisdicción del magistrado, para cuyo ejercicio fue regularmente designado y que debe desempeñar en tanto dure su buena conducta (art. 100, Constitución Nacional), consecuencia que va mucho más allá de asegurar la imparcialidad de los jueces intervinientes, para transformarse en una suerte de sanción que carece de sustento fáctico y marco normativo." (Considerando 11°). Y en el considerando 14°, concluye: "Que, en síntesis, la pretensión de la demandada de efectuar un ejercicio masivo del instituto de la recusación sin expresión de causa, desnaturaliza los propósitos y fines para los que fue concebido y ocasiona múltiples perjuicios a los justiciables. Se configura así un abuso del proceso que los jueces no deben tolerar, ya que el ordenamiento les impone el deber de dirigir el procedimiento señalando los actos que desvirtúen las reglas o generen situaciones irregulares o de marcada anormalidad (cf. Arg. art 34 inciso 5, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)." (sólo mereció la disidencia del ministro E. Raúl Zaffaroni).

mandato supremo (C.N. art. 14 bis; 75 inc. 12; 75 inc. 23), sólo puede ejercitarse lícitamente a través de aquella modalidad protectora o de acompañamiento.[105]

Destacamos más arriba que el juez de la seguridad social, fiel a su cometido constitucional de tercero imparcial e independiente (C.N. art. 18), jamás debería perder de vista –como innumerables veces sucede- que encarna en el proceso la jurisdicción protectora de fuente supra legal, maguer el legislador noventista lo envolvió en una sutil y perversa madeja ritual ("proceso ordinario"), capaz de nublar su mirada y desviarlo de su cometido constitucional.[106]

El juez de la seguridad social tampoco debería soslayar el segmento de realidad peculiar en el cual desarrolla su faena,[107] ni desatender la naturaleza urgente de la pretensión alimentaria objeto del proceso, a la que por mandato constitucional debe satisfacer en forma oportuna y plena en la sentencia, evitando en todo tiempo y circunstancia su menoscabo durante su transcurso, con el auxilio de las medidas asegurativas a su alcance.[108]

Debemos al jurista Adolfo A. Rivas la importante distinción entre estas dos modalidades de jurisdicción de linaje convencional y constitucional, asaz soslayadas por el legislador, la doctrina y la jurisprudencia nacional, a saber: jurisdicción protectora y jurisdicción dirimente.

En ejercicio de la jurisdicción dirimente [109] (p. ej. civil patrimonial, comercial, contencioso administrativa, etc.) el magistrado se limita a resolver un conflicto común,

---

[105] Es que la jurisdicción, más que una función pública ejercida por un órgano de igual carácter, tendiente a dirimir conflictos y/o litigios–en la terminología carnelutiana- en un proceso, es un "poder" –latamente considerada-consistente en doblegar la voluntad de alguien que no se puede resistir. Este "poder" –como se afirma en el texto anotado- se impregna de la materia o sustancia que procura salvaguardar o imponer (p. ej. En materia económica, política, religiosa, gremial, familiar, territorial, etc.). "Todo lo miraba Sancho –relata Miguel de Cervantes en El Quijote de la Mancha- [las ollas, los zaques –odre para contener vino- las frutas de sartén] y así se llegó a uno de los solícitos cocineros, y con corteses y hambrientas razones le rogó le dejase mojar un mendrugo de pan en una de aquellas ollas. A lo que el cocinero respondió: -Hermano, este día no es de aquellos sobre quien tiene JURISDICCIÓN la hambre, merced al rico Camacho …" (v. Miguel de Cervantes, Don Quijote de la Mancha, Ilustrado por Salvador Dalí, Ed. Planeta, España, 2005, pág. 706)

[106] Herrero, Luis René, La pretensión previsional: ¿Demanda de conocimiento pleno?, Revista de Derecho Procesal, 2004 – 1, "Demanda y reconvención", pág. 249

[107] Nos ocupamos hace unos años de esta necesaria y trascendente puntualización a los fines de delimitar con precisión la autonomía científica, didáctica y académica del derecho material y procesal de la seguridad social [tarea jamás emprendida en el ámbito de nuestra disciplina]. Remitimos al amable lector a lo expuesto sobre el tema en cuestión en el Proemio de esta investigación.

[108] Herrero, Luis René, El derecho a ser oído: eficacia del debate procesal, en Lexis Nexis J.A. del 20-08-2003 ps. 24 y ss.

[109] Adolfo A. Rivas señal que la jurisdicción dirimente "se orienta exclusivamente a dirimir un conflicto intersubjetivo de intereses; no introduce juzgamientos "prima facie" o en atención a criterios de

en el cual se enfrentan sujetos teóricamente iguales que no precisan tutela especial. Se maneja con formas procesales generales en el marco de los procesos de conocimiento en sus distintas modalidades, en los cuales la solución dirimente "permite la consideración de conflictos de toda índole con objetivos no sólo restitutorios del derecho, sino también compensatorios o indemnizatorios.[110]

Cuando el juez practica la jurisdicción protectora –aclara Rivas- se coloca en posición de protector o asegurador de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, abandona –aunque no totalmente- la clásica posición de imparcialidad, asumiendo dicha función casi siempre de puro derecho (p. ej. amparo, medidas cautelares, sentencias interdictales, medidas autosatisfactivas, sentencias anticipatorias, decisiones provisionales, etc.).[111]

Esta "jurisdicción protectora" se proyecta sobre conflictos entre sujetos desiguales o colocados en especiales situaciones en las que el orden jurídico impone brindar especial tutela. Por ejemplo, procesos de familia, alimentarios, de menores, interdictos, habeas corpus, amparos. Se trata de una modalidad operatoria que motiva al juez a obrar con un sentido tuitivo, destinado a lograr la salvaguarda del derecho de la persona privilegiada por el orden jurídico.

A partir de este simple pero obligado emplazamiento –pues la Constitución y la ley así lo prescriben- ningún juez –insolidario o protector, valiente o timorato- puede desnaturalizar la esencia del segmento de realidad en la que desarrolla su faena, sin riesgo de quebrantar al propio tiempo la norma que lo prohíbe, e incurre –de tal guisa- en una conducta objetivamente reprochada por el Derecho.[112]

Sentada, pues, esta premisa, el juez de la seguridad social, ni bien toma contacto con una pretensión prestacional tendiente a restablecer –directa o indirectamente- la integridad de la "unidad psicosomática de naturaleza biológica, social y familiar en la que consiste su titular",[113] debe pasar necesariamente por la criba de esta realidad todos

---

"verosimilitud" del derecho, como en la jurisdicción protectora, y jamás abandona su imparcialidad ni su condición de tercero supra ordinado a las partes. (v. Rivas Adolfo A., Pautas para el nuevo amparo constitucional, E.D. pág. T. 163, pág. 707 y sgts.).

[110] Rivas Adolfo A., El Amparo, Ed. La Rocca, 2003, pág. 58/59

[111] Rivas, Adolfo A. Pautas para el nuevo amparo constitucional, en E.D. 163-704

[112] Herrero, Luis René, El amparo del art. 43 de la Constitución Nacional: ¿Amparo nuevo o amparo reciclado?, Jurisprudencia Argentina, 3/12/1997

[113] Esta afectación se produce a veces en forma "indirecta" (por ejemplo cuando se pretende el suministro de una prótesis o un servicio de salud impostergable), y otras veces en forma "indirecta" (cuando se solicita un "reajuste" o recomposición del haber previsional, cuyo envilecimiento menoscaba los derechos supremos a un "más alto nivel de vida posible de salud física y mental" y a un "nivel de vida adecuado", que consagran los Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

los instrumentos legales o judiciales que el Derecho Procesal le proporciona, desechando sin más cualquier ápice frustratorio que bajo el ropaje de tales mecanismos rituales,[114] lesione, restrinja, altere o amenace –C.N. art. 43- el derecho a demandar del acreedor social, lo ponga en peligro de sufrir un daño irreparable, o retarde la pronta obtención del objeto de la aludida pretensión prestacional."

Este paradigma de magistrado que ejercita la jurisdicción protectora, percibe que la esencia de su augusto ministerio consiste en vincular –al modo de "puente" que enlaza dos lugares asilados por un escollo natural- al ciudadano común con el derecho de la seguridad social; este juez sabe muy bien que cuando la Constitución Nacional conmina que: "… el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter integral e irrenunciable …", un tercio de este mandato lo obliga también a él como integrante de uno de los tres poderes en el que aquél se fracciona, de tal suerte que todas las decisiones que emita en el proceso –sustanciales o procesales- deben armonizar inexorablemente, no sólo con el segmento de realidad social que la Ley Suprema le ha encomendado tutelar (el "hombre" como unidad psico-somática de naturaleza biológica, social y familiar), sino también con la singular silueta que distingue a las pretensiones prestacionales tributarias de esa realidad. Para este magistrado, por lo demás, el "control de constitucionalidad" representa el arma letal con que cuenta para aniquilar, cuantas veces fuera necesario, cualquier obstáculo que se interpusiera en su camino en aras de su cometido constitucional.[115]

La "medida" de sus decisiones jurisdiccionales, por lo demás, estará dada –a menos que descamine su faena- por la especificidad de la "unidad psico-somática de

[114] Por ejemplo, los instrumentos procesales "civiles y comerciales" de la "improponibilidad" de la demanda (CPCCN, art. 337), "caducidad de instancia" (CPCCN, art. 310), "carga de la prueba" (CPCCN, art. 377), "negligencia en la producción de la prueba" (CPCCN, art. 384), "inhabilidad de instancia de oficio" (ley 25.344 art. 12), "reclamo administrativo previo" bajo pena de caducidad (ley 19.549 art. 25), etc.

[115] Control de constitucionalidad que constituye el clípeo protector del principio de "supremacía constitucional", cuyo designio es la salvaguarda de los derechos y garantías constitucionales frente a la arbitrariedad y –por lo mismo- dicho control es el enemigo jurado del autoritarismo, el cual no entiende (ni lo acepta cuando lo entiende), que este control jurisdiccional importa un límite infranqueable en las conductas de los funcionarios de los tres poderes del Estado [no sólo del Poder Ejecutivo] y de las personas jurídicas y físicas del sector privado (C.N. art. 43) en salvaguarda de la intangibilidad los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos. Prueba de esa animadversión sobre esta facultad constitucional de los jueces, es la reacción esquizofrénica que generó en las más altas autoridades del Gobierno Nacional la siguiente respuesta del señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación , Dr. Ricardo Luis Lorenzetti –quizá con palabras no del todo ajustadas a la idea central subyacente- a la pregunta de un periodista del diario La Voz del Interior de la Ciudad de Córdoba, a saber: "Los jueces estamos para poner límites a los otros poderes del Estado y también al poder empresario. Los jueces no gobernamos, pero ponemos límites al gobierno de turno". Declaración que mereció la siguiente réplica del Jefe de Gabinete de Ministros, Dr. Aníbal Fernández, en su cuenta twitter: "La CSJN no tiene por misión poner límites a los otros poderes y al gobierno. Mucho menos a quienes han sido elegidos por la voluntad popular."

naturaleza biológica, social y familiar, en la cual consiste todo justiciable que litiga en el fuero de la seguridad social y que recurre a su auxilio en procura de restablecer su integridad psico-somática desbaratada por alguna contingencia biológica, patológica o económico social, a través de la pretensión prestacional deducida.[116]

Esta criba que mencionamos más arriba –como el utensillo que utilizaban los antiguos ahechadores españoles para limpiar las impurezas del grano de trigo- lo constituye la "jurisdicción protectora" para el juez que la encarna y a través de la cual deberá tamizar todos los institutos, figuras jurídicas, reglas y principios rituales que le proporciona el derecho procesal para no descaminar su cometido constitucional de proteger los derechos sensibles que tiene el deber satisfacer [117] y tutelar durante el curso del proceso y en la sentencia definitiva.

Roberto O. Berizonce[118] ofrece una pléyade de técnicas procesales que apuntan a este objetivo, entre las cuales menciona las siguientes:

- Tienden a facilitar el acceso a la justicia (gratuidad de las actuaciones y otros beneficios;
- Técnicas de sumarización del proceso en sus varias modalidades (tutelas anticipadas y urgentes, mandatos preventivos, tutela inhibitoria, de remoción del ilícito)
- Soluciones autocompositivas;
- Operatividad revaluada del amparo;
- Amplificaciones de los poderes deberes de los jueces para la mejor ordenación de las causas, la instrucción con fines de esclarecimiento de la verdad (primacía de la realidad), dictado de una sentencia justa en un plazo razonable;

[116] Herrero, Luis René , "Pretensión previsional: ¿Demanda de conocimiento pleno"… op cit. Pág. 252

[117] Jaime Guasp Delgado aclara con la brillantez que le conocemos el alcance del concepto jurídico de "satisfacción", con estas palabras: "El examen de los perfiles jurídicos de este concepto de satisfacción revela que no equivale al triunfo o logro práctico del contenido de la pretensión que trata de satisfacerse, sino a su examen razonado, juicio en torno a ella y pronunciamiento imperativo, según el resultado que dicho juicio arroje. El pretendiente satisfecho, no es sólo aquel que ve actuada su reclamación, sino también aquel a quien se le deniega, con tal que ello se haga después de atender, ponderar y decidirse acerca de la pretensión misma (…) Por ello no cabe rechazar la noción de satisfacción invocando el caso del demandante vencido en el pleito, el cual está jurídicamente, tan satisfecho como el vencedor." (La pretensión procesal, Ed. Civitas, Madrid, pág. 44)

[118] Roberto O. Berizonce, "La jurisdicción protectora o de acompañamiento", Revista de Derecho Procesal, 2014 – 2 "Jurisdicción y competencia – I Edit. Rubinzal – Culzoni, pág. 181; del mismo autor: "Técnicas orgánico-funcionales y procesales de la tutela diferenciada, Revista de Derecho Procesal 2009 – 1 "Tutelas procesales diferenciadas", Ed. Rubinzal – Culzoni, pág. 34 y ss.

- Acentuación de los deberes de colaboración de las partes en la información de los hechos;
- Carga dinámica e interactiva de la prueba;
- Preclusión elástica de las deducciones y flexibilización del principio preclusivo;
- Flexibilización de la congruencia;
- Prevención y sanción del abuso del proceso;
- Equilibrio en el trámite de ejecución de la sentencia y búsqueda de soluciones consensuadas;
- Regímenes específicos para la tutela de los derechos de incidencia colectiva.

VII. 6 La tutela cautelar como única prestación jurisdiccional en condiciones de asegurar el goce y ejercicio efectivos de los derechos alimentarios en riesgo de sufrir daños irreparables

La tutela cautelar encarna el único instrumento de goce y ejercicio efectivos de los derechos alimentarios y salutíferos de la seguridad social, en riesgo de sufrir daños irreparables durante el transcurso del proceso.

En estos últimos tiempos asistimos a una ofensiva exorbitante contra las providencias cautelares y duras críticas contra los jueces que las ordenan, silenciando que estas medidas provisionales sólo proceden cuando se acreditan los presupuestos de "verosimilitud del derecho", "peligro en la demora" y previa "caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudieran ocasionar al afectado, cuando se dispusiese levantar la medida por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtenerla y siempre que aquél lo haya solicitado, pulcramente analizados por el juez en cada caso.

El abanico de situaciones de hecho y de derecho que aseguran las medidas cautelares –como es sabido- incluye el otorgamiento "provisorio" del uso y goce del derecho alimentario disputado en el proceso (el "ius utendi" para el derecho romano clásico), lo cual no importa –como equivocadamente se sostiene de hogaño- la confusión del objeto cautelar con el objeto de la demanda.

Jorge Kielmanovich ha señalado con acierto que " … la pretensión cautelar es también autónoma en el sentido que ésta no se confunde con la que constituye la

pretensión objeto del proceso […] "No concebimos a la pretensión o acción cautelar como la misma acción o pretensión de fondo deducida en el proceso …" "… desde que, una y otra pretensión no son jurídicamente idénticas, ya que difieren en la causa y, cuanto menos, en la extensión de su objeto mediato …" […] "En resumidas cuentas – concluye ese jurista- para nosotros la pretensión cautelar es distinta de la pretensión o petición que se actúa en el proceso."[119]

En idéntico sentido, refuerzan esta idea Juan Monroy Gálvez y Juan Monroy Palacios, con estas palabras: "En nuestra opinión, los cuestionamientos que recibe la forma de tutelar coincidente se deben fundamentalmente a la percepción equivocada de que ésta anticipa los efectos de la sentencia. Tal concepción es errada, en tanto no debe olvidarse que toda medida cautelar es contingente es decir, que si el proceso concluye de manera desfavorable al peticionante de la medida cautelar, ésta lo que produce es un perjuicio a quien la soportó y, por su lado, quien la obtuvo debe retornar la situación jurídica o fáctica al estado anterior a la ejecución de la medida, e inclusive reparar los daños que su pedido produjo si fuera el caso. La identidad que pudiera existir entre los efectos de la medida cautelar coincidente y la sentencia del proceso principal, no es de carácter jurídico. Lo que en realidad hace la cautelar coincidente –concluyen estos autores- es establecer una coincidencia práctica entre lo que se ejecuta y los efectos de lo pedido."[120]

La trascendencia que reviste la "oportunidad de la sentencia" sobre los derechos en general ha sido destacada en numeroso precedentes del Alto Tribunal de la Nación.[121] Así, en la causa "Anderle, José C. c/ANSeS", ha puntualizado que "la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido, dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada podría implicar que los derechos pudieren

[119] Jorge L. Kielmanovich, Jurisprudencia Argentina, 1999-IV1033

[120] Juan Monroy Gálvez y Juan Monroy Palacios, "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales", publicado en el libro Sentencia Anticipada, Director Jorge W. Peyrano, Coordinador: Carlos A. Carbone, Ed. Ribinzal – Culzoni, pág. 201

[121] Piero Calamandrei da cuenta de esta enorme trascendencia del tiempo en el proceso a través del siguiente ejemplo que explica –también- por qué existen las providencias cautelares: "En un ordenamiento procesal ideal en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre instantánea, de modo que, en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares. Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario." (v. "Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares", Ed. El Foro, Bs. As., 1996, pág. 44)

quedar indefinidamente sin su debida aplicación en grave perjuicio de quienes lo invocan" (CSJN, sentencia de fecha 14 de junio de 2001, publicado en J. A. 2002-II-4).

Si la irrazonable demora en el dictado de la sentencia definitiva representa un agravio irreparable al derecho de defensa en juicio en general, no existe duda que dicho menoscabo se magnifica y alcanza su máxima expresión, cuando afecta pretensiones de la seguridad social, de ahí la trascendencia que reviste la protección cautelar concesiva del uso provisorio del derecho disputado en el proceso previsional, la cual no es un invento moderno, sino de muy vieja data. En efecto, hace más de sesenta años Piero Calamandrei señaló al respecto lo siguiente: "Se puede, ante todo, imaginar que, mientras pende o está por iniciarse el juicio ordinario de cognición sobre una acción de condena dirigida al pago de una suma de dinero todavía no liquidada, el estado de necesidad urgente en que se encuentra el acreedor (porque se trata, supongamos de un crédito de naturaleza alimentaria, frente al cual tiene aplicación el principio "venter non patitur dilationem"), aconseje al juez a reservar de decidir definitivamente, mediante cognición de fondo, la existencia y monto del crédito ("an debeatur" y "cuantum debeatur"), ordenar mientras tanto al demandado, para evitar el peligro de que el actor sucumba en la de mora del juicio, el pago inmediato y provisorio de un anticipo, establecido en la medida que, mediante el cálculo de verosimilitud , se pueda prever inferior a la mayor suma que probablemente resultará debida en el juicio definitivo. En tal caso –continúa el eminente jurista florentino- la "provisional" asume indudablemente todos los caracteres de una verdadera providencia cautelar: se pronuncia en vía de urgencia, para evitar los daños que derivarían del retardo de la providencia principal, y en la hipótesis, basada sobre cognición sumaria, de que esta providencia se pronunciará en sentido favorable al actor" (cf. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Prólogo de Eduardo J. Couture, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945 pág. 105).

Se advierte una tendencia refractaria a esta excelente doctrina, casi centenaria, en el fuero de la seguridad social, debido a la errónea aplicación de criterios oriundos de la jurisdicción "dirimente" y afincados en un código de procedimientos erigido para las materias civil y comercial, como se ha señalado al comienzo de esta investigación.

El propio Calamandrei, exhibiendo un criterio marcadamente sustancialista descubre el fundamento jurídico de esta propuesta revolucionaria para la época: "Indudablemente –enseña el maestro florentino- puede haber casos en los cuales, entre el daño que podría sufrir el titulado acreedor, constreñido a no obtener la satisfacción del crédito hasta el pronunciamiento definitivo, y el que podría sufrir el pretendido deudor constreñido a pagar antes de que exista contra él la declaración de certeza de la subsistencia del crédito, el primero se presente a priori como de mayor consideración que el segundo, hasta el extremo de aconsejar una medida cautelar que dé inmediata satisfacción a una parte de la demanda del actor, cuando todavía pende la cognición ordinaria sobre la totalidad de la demanda, y, por lo tanto, sobre la parte de la misma que provisoriamente acoge la medida provisional." (op. cit. pág. 106).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hace suya esta hermenéutica sustancialista de la jurisdicción protectora en materia de seguridad social, cuando puntualiza lo siguiente: "La calificación constitucional de los ancianos como un grupo particularmente vulnerable, incorpora una regla hermenéutica que no se compadece con la introducción de diferencias que, lejos de protegerlos, desmejora su posición jurídica."[122] […] "Que, en particular, el procedimiento previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y, en la mayoría de los casos, han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional. En consecuencia, el fin protector de las prestaciones debe ser coherente con una tutela procesal adecuada encaminada a la protección efectiva que todo derecho merece, atenuada en este supuesto en razón de las particularidades de la edad avanzada." (considerando 12[…] "Estos principios son recibidos en la Constitución Nacional, al establecer la regla de la igualdad (art. 16) y justificar la distribución diferenciada a través de medidas de acción positiva destinas a garantizar la igualdad real de oportunidades y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Carta Magna y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75 inc. 23, párrafo 1°)" (Considerando 11°)

A propósito de la aludida tendencia refractaria a la procedencia de las medidas cautelares en el fuero de la seguridad social, parecería que faltara una suerte de ensamble en la conciencia de los operadores de nuestra rama, entre los principios axiales que regulan la hermenéutica normativa en el marco de la jurisdicción "protectora" de seguridad social y las decisiones cautelares que se adoptan. Los precedentes desestimatorios en esta materia abundan y obviamente sorprenden.

VII.7 Competencia de la justicia de la seguridad social. Dispersión y desprotección. Preeminencia de la competencia funcional en detrimento de la competencia material. Principio de especialidad relegado.

Con relación a la competencia especializada de los jueces de la seguridad social, se advierte una enorme dispersión entre los distintos fueros de la justicia nacional y federal que opera como un hiato frustratorio de esta parcela de la jurisdicción protectora,

[122] C.S.J.N. "Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios", (sentencia del 29 de marzo de 2005)

al afectar el último eslabón de la cadena que vincula a los derechos y garantías convencionales y constitucionales de la seguridad social con el sujeto protegido.[123]

Esta dispersión competencial desplaza los "casos" vinculados al derecho de la seguridad social desde su hábitat natural –la "jurisdicción protectora"- hacia un espacio hostil a su naturaleza, como lo es el de la "jurisdicción dirimente", que discurre sobre bienes o el patrimonio de las personas, y no –básicamente- sobre las condiciones de vida digna, contingencias sociales y derechos personalísimos de los habitantes, cometido específico e intransferible –como se ha señalado- de la "jurisdicción protectora" de la seguridad social.

Una desafortunada doctrina conocida como el caso "Mamone",[124] oriunda de la Procuración General de la Nación que el Alto Tribunal de la Nación hizo propia, ha dado prevalencia a la competencia funcional de la justicia dirimente por sobre la competencia material de la justicia de la seguridad social.

Anteriores precedentes de nuestro Tribunal Cimero habían perfilado un criterio semejante que se fue afirmando con el paso del tiempo. Uno de los primeros que se registran en este sentido obra en la causa "Corporación del Mercado Central de Buenos c/ Superintendencia de Salud s/amparo y sumarísimos"[125], en el cual la Corte Suprema al conocer en un conflicto negativo de competencia entre la Cámara Federal de San Martín y la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social sobre una cuestión de seguridad social, se remitió al dictamen del Procurador General que en lo pertinente expresó: "Vuestra Excelencia tiene reiteradamente dicho que la Cámara Federal de la Seguridad Social sólo actúa como tribunal de grado en los recursos de apelación contra sentencias dictadas por los juzgados federales de primera instancia con asiento en las provincias, en los supuestos en que la acción se inició conforme a lo previsto por el

[123] Registramos como ejemplo de esa dispersión competencial, el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Asociación Civil para la defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (PAMI) s/ amparo" (resolución de fecha 10 de febrero de 2015; publicado en el diario La Ley del 15 de mayo de 2015, página 5, con nota de Juan Antonio Seda titulada "Acciones de clase y legitimación activa de asociaciones de personas con discapacidad"). Dos asociaciones civiles iniciaron acción de amparo contra el PAMI con el objeto de que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones a favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.901; es decir que se trataba de "pretensiones de la seguridad social" que en virtud de lo dispuesto por el artículo 5°, primer párrafo, y 337, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, correspondía conocer a la justicia "protectora" de la seguridad social y no a la justicia civil "dirimente". En ambas instancias la acción fue rechazada por falta de legitimación de los actores y por considerar los jueces que no se trataban de derechos colectivos, sino individuales de cada beneficiario. La Corte Suprema de Justicia revocó la sentencia apelada.

[124] CSJN: in re "Mamone, Rosa Francisca c/ANSeS y otros s/ amparo", resolución de fecha 20 de diciembre de 2011

[125] C.S.J.N. resolución de fecha 8 de febrero de 2005

artículo 15 de la ley 24.463, modificado por el art. 3 de la ley 24.655 (v. entre otros Fallos 325: 3074), que no es el caso que nos ocupa."

En el fallo "OSECAC c/Jiménez, Juan Enrique s/ cobro ejecutivo de aportes y contribuciones"[126], el Procurador General en su dictamen profundizó este criterio restrictivo sobre la competencia material de la justicia de la seguridad con estas palabras: "En la causa sub examine no resulta de aplicación lo prescripto por la ley 24.655, ni en razón de la materia, ni por grado(…) toda vez que la citada legislación que creó la justicia federal de primera instancia de la seguridad social y les atribuyó a estos (sic) la competencia de las causas derivadas del artículo 24 de la ley 33.660, que anteriormente tramitaban ante la justicia nacional del trabajo, rige exclusivamente para los juicios iniciados en la Capital Federal, manteniéndose para las provincias la competencia de los juzgados federales provinciales. En lo relativo a la intervención de la Cámara Federal de la Seguridad Social –concluye el señor Procurador- ésta sólo actúa como tribunal de grado en los recursos de apelación contra sentencias dictadas por los juzgados federales de primera instancia con asiento en las provincias, en los supuestos en que la acción se haya iniciado conforme lo previsto en el art. 15 de la ley 24.463, modificado por el art. 3° de la ley 24.655 …"[127]

Destacamos en caso análogo del registro de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social –en minoría- que no se advertía la razón del motivo diferencial por el cual en materia "electoral" jamás se asignó competencia apelada a una Cámara Federal con asiento en el interior del país (en detrimento, claro está, de la competencia especializada de la Cámara Nacional Electoral), mientras que en materia de "seguridad social" –que atesora una doble garantía constitucional expresa en al artículo 14 bis de la Constitución Nacional- por el contrario, el criterio de atribución competencia con respecto a la Cámara Federal de la Seguridad Social ha seguido una curva de progresiva declinación, al extremo que hoy en día prácticamente se halla privada de conocer en asuntos concernientes al derecho de la seguridad social en el ámbito provincial, maguer su competencia territorial de alcance nacional, análoga a la Cámara Nacional de Casación Penal y Cámara Nacional Electoral.[128]

[126] C.S.J.N. resolución de fecha 19 de noviembre de 2002

[127] Esta doctrina restrictiva del Alto Tribunal fue reiterada en la causa "Nemarnich, Mónica Laura c/ PEN y otros s/ amparo y sumarísimo" (resolución de fecha 16 de febrero de 2010), entre muchos otros

[128] La doctrina "Mamone" de la Corte Suprema de Justicia –que después universalizó en la causa "Pedraza" y en la Acordada 14/2014- sólo admitía la competencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social cuando se trataba de una demanda de conocimiento pleno contra la ANSes en los términos del artículo 15 y siguientes de la ley 24.463, y la descartaba –atribuyéndosela a las Cámaras Federales del lugar- cuando los casos de seguridad social se planteaban en los juzgados federales del interior del país por una vía distinta a la demanda de conocimiento pleno (por ejemplo mediante acción de amparo, medidas cautelares, acción declarativa, etc..)

Otros precedentes que se contradicen con el criterio expuesto, la Corte Suprema se inclinó por la "especialidad en la materia" del tribunal correspondiente (Fallos 324: 716, entre muchos otros). Hizo hincapié para así decidir en la "específica versación que en la materia posee el fuero de la seguridad social".[129]

Destacamos en ese lugar que el "principio de especialidad" se constituye, de tal suerte, en la única matriz jurídica en la cual debe moldearse la decisión en todo tipo de conflictos o cuestiones de competencia por razón de la materia. La falta de inclusión del caso hipotético en la nomenclatura de la ley procesal vigente, siempre que el mismo corresponda a la rama del derecho de la que se ocupa el órgano jurisdiccional especializado (p. ej. Leyes 24.241, 24.463, 24.655, etc.), no puede constituir –en la decisión del conflicto de competencia- la única razón fundante para privar a la Cámara de la Seguridad Social de conocer en las causas concernientes al derecho de la seguridad social, mientras que en otros supuestos análogos suscitados en el ámbito de la capital Federal, se prescinde lisa y llanamente de esta circunstancial laguna legislativa y se atribuye –sin más- la causa a esta Cámara por razones de "especialidad" y por la "especial versación de sus magistrados en esta materia" (v. Fallos 324: 716; 329: 1389, entre muchos otros)

Se exhiben asaz ajustadas a derecho e irrefutables desde el hontanar del derecho procesal constitucional las siguientes reflexiones del ministro Juan Carlos Maqueda en la causa "Brusa, Víctor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento": "Respecto de los órganos creados por la Constitución que integran el gobierno federal –señala este Ministro- rige el "principio de especialidad" que implica, a diferencia de lo que ocurre con las personas, que, en principio, cada órgano puede y debe ejercer exclusivamente las competencias y atribuciones asignadas por la ley Fundamental. Este concepto se integra con las ideas de delimitación e indelegabilidad: cuando la Constitución asigna funciones a un órgano del Estado, es éste,, y no otro, quien debe asumirlas y ejercerlas" (Fallos 326: 4816).

Esta doctrina no solo se ajusta a lo dispuesto por varias convenciones internacionales sobre derechos humanos y a la Constitución Nacional, sino a la ley procesal vigente, que viene a complementarla facilitando su aplicación al caso concreto.

En efecto, la norma del artículo 5 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prescribe que "la competencia se determinará por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda y no por las defensas opuestas por el demandado", la cual se enlaza con la directiva del art. 337 que dispone lo siguiente: "Si no resultare claramente de ellas [demandas] que son de su competencia, [el juez] mandará que el actor exprese lo necesario a ese respecto."

[129] C.S.J.N. in re "Deheza Selci, Norberto c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ decreto 582/93, con medida cautelar adjunta", (resolución de fecha 12 de junio de 2007)

La mentada ecuación procesal de Guasp Delgado se condensa en esta contundente directiva de la ley procesal, cuando señala: "La pretensión puede ser definida como aquella actividad que origina, mantiene y concluye un proceso con su propio nacimiento, mantenimiento y conclusión"[130] y –complementaria con ella- al puntualizar que: "todo proceso supone una pretensión, toda pretensión origina un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión."[131]

Es que para el célebre maestro español, "la función jurisdiccional no puede ser más ni menos que una función de satisfacción de pretensiones"[132]

De esta suerte, los derechos humanos de la seguridad social que consagran los aludidos instrumentos internacionales de los que la República Argentina forma parte, como asimismo varias cláusulas constitucionales que también los reconocen expresamente (C.N. art. 14 bis, 75 inc. 12 y 23), alcanzan a sus destinatarios merced al concurso ineludible de la "jurisdicción protectora de la seguridad social" y al último eslabón de esta cadena normativa de jerarquía suprema: la "competencia especializada de sus "jueces proteccionales."

Por las razones indicadas, nos parece un desacierto el fallo "Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/ acción de amparo" del Alto Tribunal de la Nación (y su complementaria Acordada N° 14/2014), además de contradictorio con otros precedentes de su propio registro, pues privaron a los jubilados del interior del país de la justicia especializada de la seguridad social y los obligaron a litigan ante la jurisdicción "dirimente" del lugar (Cámaras Federales con competencia civil, comercial, contencioso administrativo y penal), [133]

[130] Jaime Guasp Delgado, "La pretensión procesal", Ed, Civitas, Madrid, España, Prólogo de Manuel Alonso Olea, pág. 88

[131] Jaime Guasp Delgado, "La pretensión …" op. cit. pág. 46

[132] Jaime Guasp Delgado, "La pretensión procesal", op. cit. pág. 91

[133] La parte resolutiva del citado fallo "Pedraza" dispone lo siguiente: "a) Se aclara que, con arreglo a lo establecido en el artículo 15 de la ley 24.463, la presente acción de amparo deberá tramitar ante la Cámara Federal de Tucumán; b) se declara la inconstitucionalidad del artículo 18 de la ley 24.463 en los términos señalados y se establece que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces federales con asiento en las providencias, que con el alcance establecido en el considerando 18, serán de competencia de las cámaras federales que sean tribunal de alzada, en causas que no sean de naturaleza penal, de los juzgados de distritos competentes. Hágase saber a la Cámara Federal de la Seguridad Social y a todas las Cámaras Federales con asiento en las provincias."

El actor –pensionado por la ley la ley 23.848- había deducido una "acción de amparo" contra la ANseS en esta causa, con el objeto de obtener el pago prestaciones retroactivas desde la fecha de la presentación de su solicitud administrativa.[134]

La "pretensión" deducida por el pensionado en el amparo constitucional concernía a la seguridad social, por lo que en virtud de lo dispuesto por el art. 5, primer párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –que no fue declarado inconstitucional por el Alto Tribunal- la competencia debía determinarse por la "naturaleza de la pretensión deducida", es decir, a favor de la justicia de la seguridad social y no civil, comercial y penal, como lo hizo la Corte en este fallo.[135]

Los fundamentos de este precedente, por lo demás, no convencen desde una mirada oriunda del derecho procesal constitucional y a la luz de la doctrina recién citada, es más, contradicen la grave y trascendente decisión adoptada en torno a la pérdida definitiva de competencia territorial y por razón de la materia de la Cámara Federal de la

[134] Ley N° 23.848 (promulgada el 9 de octubre de 1990)

> ARTICULO 1º — Otórgase una pensión vitalicia, cuyo monto mensual será equivalente al 100% del haber mínimo de jubilación ordinaria que perciban los beneficiarios del Régimen Nacional de Jubilaciones y Pensiones para trabajadores en relación de dependencia, a los ex-soldados combatientes conscriptos que participaron en efectivas acciones bélicas de combate, en el conflicto del Atlántico Sur y civiles que se encontraban cumpliendo funciones en los lugares en los cuales se desarrollaron estas acciones, entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982, debidamente certificado por la autoridad competente que determine la reglamentación.
>
> ARTICULO 2º — El beneficio estatuido en el artículo anterior se extiende a los derechohabientes, entendiéndose por tales a las personas enunciadas en el artículo 38 de la Ley 18.037, sus complementarias y modificatorias y cuyo monto se ajustará a lo prescripto en el art. 52 de la citada norma legal.
>
> ARTICULO 3º — Los beneficios previstos en la presente serán compatibles con cualquier otro de carácter previsional permanente, otorgado por el Estado nacional, provincial y/o municipal.
>
> ARTICULO 4º — Las erogaciones que demande el cumplimiento de lo prescripto en los artículos 1º y 2º, serán atendidas con imputación a "Rentas Generales".
>
> ARTICULO 5º — El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley dentro de los sesenta (60) días. Vencido este plazo la ley será directamente operativa, para lo cual el Ministerio de Defensa expedirá la certificación pertinente a solicitud de los interesados. La ejecución del presente beneficio estará a cargo de la Dirección Nacional de Protección Social.
>
> ARTICULO 6º — Comuníquese al Poder Ejecutivo. — ALBERTO R. PIERRI. — EDUARDO MENEM. — Esther H. Pereyra Arandía de Pérez Pardo. — Hugo R. Flombaum.

[135] En torno a la competencia en el "amparo", el profesor Adolfo Armando Rivas señala lo siguiente: "En tal sentido, la ley 16.986 se apartó del criterio de competencia difusa o supercompetencia, resultante de la interpretación literal de la primitiva doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Impuso de esta manera la intervención del magistrado con especialidad en la materia que haga sustancialmente a la pretensión de amparo (art. 4°, 2da parte)", (v. "El amparo", Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2003, pág. 374

Seguridad Social, con relación a las causas que versan sobre derecho de la seguridad decididas por los jueces federales con asiento en el interior del país.

Si el colapso de la Cámara Federal de la Seguridad Social fue la razón fáctica tenida en cuenta por el Alto Tribunal en el fallo "Pedraza" y en la Acordada N° 14/14 para adoptar esta decisión de consecuencias ablacivas para la integridad del fuero "federal" de la seguridad social, la solución regular y en el marco de la ley vigente –y sin declarar inconstitucional ninguna norma- hubiera sido poner en práctica las medidas instructorias, ordenatorias, cautelares, de incidencia colectivas, astreintes, etc. contempladas por las legislación vigente y el colapso hubiera desaparecido en pocos meses. Una justicia complaciente o permisiva –en general- estimula el incumplimiento, frustra el goce y ejercicio efectivos de los derechos, promueve la litigiosidad y colapsa de expedientes a los tribunales.[136]

Osvaldo A. Gozaíni en un excelente comentario al fallo "Pedraza", expresa sus serias dudas sobre la razonabilidad de la decisión implementada por la Corte Suprema

[136] El Alto Tribunal revocó la medida cautelar dictada en la causa "Márquez, Alfredo Jorge c/ ANSeS ", (resolución de fecha 20 de agosto de 2014), por la Sala II de la C.F.S.F. -y centenares de cautelares análogas- por falta de "verosimilitud del derecho", pues para los señores ministros que suscribieron este fallo –entre los que no se encontraban los jueces Ricardo Luis Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda- ni la "excesiva edad de los titulares" ni el "carácter alimentaria de la pretensión" permitían soslayar dicho presupuesto legal (dijo la Corte al respecto: "Una abrumadora mayoría de temas que se discuten en el fuero de la seguridad social son de naturaleza alimentaria y muchos de sus litigantes de avanzada edad" –v. Considerando 10°-), como tampoco para el Tribunal Cimero satisfacía este presupuesto legal, la "certeza del derecho del actor a obtener una recomposición de su haber" (Considerando 9°). Como recordamos en una nota a pie de página anterior, el señor Alfredo Jorge Márquez –a la sazón de 86 años de edad- falleció el mismo mes en que se pronunció la resolución revocatoria de la Corte Suprema por no haberse acreditado –lo reiteramos- el "peligro en la demora" (agosto de 2014). En estas cautelares –recordamos- se ordenaba a la ANSeS abonar la movilidad determinada por la Corte Suprema en el precedente "Badaro, Adolfo Valentín" (de fecha 26 de noviembre de 2007), por el período enero de 2002 a diciembre de 2006, en el plazo de treinta días, bajo apercibimiento de una mula personal al Director Ejecutivo del organismo demandado. Dicha intimación fue cumplida en tiempo y en forma. Es de esperar que –luego de la aludida revocación- el Estado no le haya iniciado un juicio de repetición a sus causa habientes. También el proceso colectivo "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ amparo" espera el dictado de la sentencia del Alto Tribunal desde el año 2010 (en ella se procura el pago de la movilidad determinada en "Badaro" a todo el sector de jubilados acreedores a la misma). Tanto las cautelares revocadas, como la causa "Defensor del Pueblo" hibernada desde hace cinco años, hubieran constituido un efectivo antídoto contra la litigiosidad en materia previsional. La decisión de la Corte en "Pedraza" y la Acordada 14/14, por el contrario, parecieran proponer una solución –a juzgar por sus resultados- propia de la imaginación de Giuseppe Tomasi, príncipe de Lampedusa , autor de la bella novela "El gatopardo". La Cámara Federal de la Seguridad Social sigue colapsada y en estado de "privación de justicia" (decreto-ley 1285/58, art. 24 inc. 7°). La Federación Argentina de Colegios de Abogados y la Asociación de Abogados de Buenos Aires, mediante sendas notas elevadas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ambas de fecha 12 de mayo de 2014) y a la Cámara Federal de la Seguridad Social (de fecha 13 de mayo y 12 de mayo, respectivamente), expresaron su desacuerdo a la remisión de las causas en trámite a partir de la notificación del "auto que hace saber la Sala que va a conocer". La Corte no modificó su parecer.

y en algunos casos su crítica se eleva y enardece con plausible razón, como cuando al referirse a la impetración del Alto Tribunal a los restantes poderes del Estado, señaló lo siguiente: "El reclamo o exhortación significa, al mismo tiempo, reconocer la ineficacia de las leyes que creando un fuero especial para que fuese más eficiente el derecho de un sector muy vulnerable, sometió el poder de ejecución a la disposición de un organismo que, amparado por el propio gobierno, provocó la absoluta y más descarada maniobra de defraudación con los derechos del sector que debió tutelar y amparar."[137]

Para este jurista, la citada Acordada 14/14 es contrapuesta con lo que declara, porque se dirige al Congreso de la Nación para que considere la necesidad o conveniencia de crear nuevos tribunales con competencia en materia de seguridad social; cuando ella misma reniega de su eficacia.[138]

Jorge García Rap –destacado previsionalista y académico- considera, a su vez, que " … en la decisión de la Corte –en el fallo y luego en la acordada que instrumenta el desplazamiento de la competencia- puede vislumbrarse algún eventual conflicto entre valores y garantías tuteladas por la Constitución, el principio del juez natural, la especialidad del fuero [de la seguridad social] y la tutela judicial efectiva de los jubilados y pensionados que no residen en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires."

Coincidimos con ambos juristas, pero nuestra posición doctrinaria se centra más en destacar la ruptura que estas decisiones entrañan de la cadena protectoria que nace en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, continua a través de la jurisdicción protectora de la seguridad social, se confunde con la competencia especializada y finalmente alcanza al sujeto protegido, es decir, al justiciable de la seguridad social.

VII.8 Cosa juzgada discordante y garantías constitucionales afectadas. Flexibilidad de las reglas procesales

[137] Osvaldo A. Gozaini, "El caso Pedraza y la Acordada 14/2014 referente a la competencia de la justicia de la seguridad social", La Ley 2014-D, 192

[138] Gozaini insiste con su fuerte crítica a la Administración Nacional de la Seguridad Social, en estos términos: "Pero no se puede soslayar que la Administración Nacional de la Seguridad Social tiene un grosero proceder que no se controla con los poderes de repulsa que los jueces deben aplicar con quienes abusan del y con el proceso. Es clara la intención política de fustigar a los jueces que conservan el sentido de sus fallos, sin alterar la continuidad de sus pronunciamientos. Es decir, el mensaje parece decirles […] "si no cambian, los denunciamos en todo lugar donde corresponda." (op. cit).

La matriz normativa de la jurisdicción protectora, tributaria de normas convencionales y constitucionales autoaplicativas a nivel continental, puede encontrar escollos insalvables en su operatividad capaces de desvirtuar su naturaleza y función.[139]

Nos referimos a la utilización antifuncional de los principios y reglas procesales que, lindante con la doctrina del exceso ritual manifiesto, frustran -en no pocas ocasiones- el goce efectivo de garantías y derechos fundamentales de superior linaje, en desmedro del principio de "supremacía constitucional."

Un ejemplo paradigmático de esta patología constitucional está dado por el desigual goce de la garantía constitucional de "movilidad" de los haberes jubilatorios por parte del colectivo social alcanzado por ella, como derivación del uso antifuncional de la regla de "cosa juzgada" que, por la razón indicada, viene erigirse en muchos supuestos en una suerte de lápida funeraria de la aludida garantía suprema y no en su celosa centinela.[140]

Por ejemplo, un sector de juilados del régimen general (ley 18.037 y 18.038) –escaso en su número por razones biológicas- goza de la movilidad constitucional

[139] El recordado maestro Augusto Mario Morello destaca ese retroceso de la "jurisdicción de acompañamiento" –como él la denominaba- en dos excelentes comentarios a sendos fallos del Alt Tribunal de la Nación: "Desinterpretación del principio de congruencia", (La Ley 2004-E, 957) y "El principio de congruencia: Flexibilización" (LNBA 2007-6-664)

[140] La Corte Suprema de Justicia de la Nación abandonó su tradicional doctrina "Foussats" (Fallos: 305: 2220) sobre la "cosa juzgada" como clípeo protector de la garantía constitucional de la "movilidad" de los haberes jubilatorios [que para el Tribunal Cimero consiste en una razonable proporción entre el haber de pasividad con los salarios de los trabajadores activos] y no su gélido verdugo –como lo es actualmente- en la causa "Licio Rocca" (Fallos: 311: 495), de fecha 12 de abril de 1988, con estas escuetas palabras: "Que, en el sub judice, la pretensión del jubilado ya había sido decidida anteriormente con autoridad de cosa juzgada; de ahí que el fallo recurrido –con apoyo en los fundamentos del caso "Foussats", que esta Corte, en su composición actual, "no comparte"- al considerar el mismo planteo, pero dándole una solución diversa, ha vulnerado los derechos invocados por el recurrente [organismo de gestión] que se encuentran amparados por los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, todo lo cual autoriza a descalificar el fallo como acto judicial." (Considerando 7°). Entiende la Corte en este fallo que: "El respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello no es susceptible de alteración ni aún por vía de invocación de leyes de orden público [Cabría preguntarse en este lugar: "¿Qué tendría que hacer la justicia si bajo su manto se amparara la violación de un derecho humano o garantía constitucional de superior rango?] , toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituyen un presupuesto ineludible de seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior." En la sentencia "Foussats", por el contrario, el Alto Tribunal había señalado –en perfecta armonía con el principio de "supremacía constitucional"- que: "En materia de "previsión social" el régimen de la "cosa juzgada" respecto de sentencias desfavorables al beneficiario, no debe ser estricto, ya que lo que importa en la materia es el reconocimiento exacto de los derechos acordados por las leyes que la rigen, no pudiendo el a quo desoír el reclamo de reajuste a que se cree con derecho el apelante y que fue otorgado a otros agentes que se hallaban en su misma condición con fundamento en que la cuestión no podía ser objeto de un nuevo pronunciamiento."

ratificada por la Corte Suprema de Justicia en la causa "Rolón Zappa, Víctor Francisco"[141]; otro sector de jubilados –en idéntica situación- sufrió la quita confiscatoria del precedente "Chocobar, Sixto Celestino",[142] así declarada por el mismo Alto Tribunal en la causa "Sánchez, María del Cármen" nueve años después[143] –con una nueva integración-. Mientras tanto, otro sector de jubilados que no había promovido juicio alguno –la mayoría- sufrió en carne propia el achatamiento de sus ingresos al nivel mínimo[144] .

Esta desigualdad sectorial se agravó con el fallo "Badaro, Adolfo Valentín"[145], en el cual la Corte Suprema ordenó una recomposición de haberes al actor del 88,57% por el período enero de 2002 a diciembre de 2006.

Salta a la vista del observador menos atento que la "cosa juzgada" írrita de la sentencia "Chocobar" no pudo ser enmendada y quienes fueron víctimas de ella tienen que soportarla hasta el final de sus días.[146]

---

[141] C.S.J.N. in re "Rolón Zappa, Victor Francisco", año 1986 Fallos: 308: 1848

[142] C.S.J.N. "Chocobar, Sexito Celestino c/ ANSeS", Sentencia de fecha 27 de diciembre de 1996 (Fallos 319: 4241) El primer cambio en la movilidad de la ley 18.037 ocurrió con el precedente Chocobar de la Corte. En este fallo se decidió que la Encuesta de Remuneraciones, que era el motor de la movilidad de esa ley, debía interrumpirse al 31.3.1991 y a partir de esa fecha empalmarse con aumentos del 3,28% anuales en 1.4.1991, 1.4.1992, 1.4.93 y 1.4.94.

[143] C.S.J.N. "Sanchez, María del Carmen c/ ANSeS", Sentencia de fecha 17 de mayo de 2005 (Fallos 328: 1602) En el caso Sánchez la Corte resolvió que la Encuesta de Remuneraciones que con "Chocobar" se había interrumpido el 31.3.1991 y empalmado con el 3,28% anual, a partir de "Sánchez", debía continuarse desde su último índice de septiembre de 1993 hasta el 31.3.1995 (vigencia del nuevo motor de la movilidad, la ley 24.463, art. 7 apartado 2). La Secretaría de Seguridad Social concretó el empalme con el índice Combinado de Precios Minoristas y del Salario del Peón Industrial desde el 1.10.1993 hasta el 31.3.1995.

[144] Esta es la razón por la cual más del 50% de los jubilados argentinos del régimen general (leyes 18.037, 24.241, 24.463, 26.417, 26.425 etc.) percibe la jubilación mínima (hoy de $3.821,73), muy lejos del promedio salarial de los trabajadores activos del sector formal de la economía.

[145] C.S.J.N. "Badaro, Adolfo Valentín", sentencia del 26 de noviembre de 2007 (Fallos 330: 4866). En este fallo la Corte analizó un reajuste de la ley 18.037 y corrigió la insuficiente movilidad legal del período 1.1.2002/31.12.2006, que había oscilado entre el 11% y el 22,10% y la sustituyó por el 88,57% que marca el Índice de Salarios del INDEC en ese lapso

[146] No lo decimos nosotros, sino los ministros Carmen M. Argibay y E. Raúl Zaffaroni en su voto conjunto de la sentencia "Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS": "El argumento central en que se apoyó la sentencia "Chocobar" presenta falencias de tal magnitud que hacen imposible a esta Corte mantenerlo, aun cuando es perfectamente consciente de que su abandono afecta la continuidad que deben tener las reglas afirmadas en los precedentes del tribunal. De todas maneras, se configura en el caso la salvedad que siempre acompaño, en la jurisprudencia de la Corte, la formulación de la regla a favor de la autoridad de los precedentes. En efecto, si bien se admitió que el tribunal no puede apartarse, en principio, de su

El reconocido previsionalista y académico Guillermo Jáuregui, comparte este punto de vista cuando sostiene que: “Los haberes de compañeros de trabajo que ganaron los mismos sueldos terminan reajustados de muy distintas formas: quien adquirió el derecho el 23 de marzo de 2002 con los fallos “Elliff” y “Badaro” y con PBU liquidada con “Badaro”, cobrará actualmente $4847,77, pero el compañero de trabajo que adquirió el derecho a la jubilación el 14 de febrero de 2009 cobrará con PBU liquidada con “Badaro”, $8059,72 y si la PBU se liquidó siguiendo el criterio del fallo “Bruzzo”, cobrará $9324,98. Consideramos que estas desigualdades representan montos importantes y deberían ser corregidas para evitar males mayores.”[147]

La autoridad de “cosa juzgada”, en estos supuestos que afectan a la jurisdicción protectoria de la seguridad social, desbarata las garantías constitucionales de igualdad ante la ley[148] y el principio de supremacía convencional y constitucional, patología jurídica que tendrá que ser enmendada para el restablecimiento del goce y ejercicio igualitario y efectivo de las garantías convencionales y constitucionales de todos los jubilados y pensionados que se encuentren en la misma situación jurídica.[149]

---

doctrina, ello es así en cuanto no concurran causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio (argumento de Fallos: 183: 409).”

[147] Guillermo, Jáuregui, Revista Jubilaciones y pensiones, Director (http://www.rjyp.com.ar/jau128.html)

[148] María Angélica Gelli recuerda que “La doctrina reiterada de la Corte Suprema ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias. Con lo cual ha examinado la categoría normativa hacia adentro, para evaluar si aluno de los integrantes de aquélla se los excluye del goce de los derechos que se reconocen a los otros.” (v.”Constitución de la Nación Argentina –Comentada y Concordada- Ed. La Ley, 2da. Edición ampliada y actualizada, pág. 136). En efecto, tiene reiteradamente dicho el Tribunal Cimero que: “El derecho de igualdad debe ser interpretado en el sentido de la posibilidad de acceder a las mismas prerrogativas que le son otorgadas a los iguales en circunstancias iguales”, (“Fisco Nacional Dirección General Impositiva- c/ Freire y Gambarotta S.H. s/ ejecución fiscal”, sentencia del 20 de febrero de 2001; Fallos 324: 286); Asimismo puntualizó que: “La igualdad establecida por 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 en iguales circunstancias se concede a otros.” (“Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia del 8 de agosto de 2006; Fallos: 329: 2986). Más explícitamente –y en línea con esta doctrina- los señores ministros Ricardo Luis Lorenzetti y Elena I. Highton de Nolasco expresaron lo siguiente: “El derecho que consagra la garantía de igualdad consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurrentes según sus diferencias constitutivas. No se trata de la igualdad absoluta o rígida, sino de la igualdad para todos los casos idénticos, lo que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en las mismas circunstancias, pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes o que obedezcan a una objetiva razón de discriminación.” (“R.A.D. c/ Estado Nacional”, sentencia del 4 de septiembre de 2007, Fallos: 330: 3853)

[149] Sobre la cosa juzgada Chiovenda afirma lo siguiente: "Nada tiene de irracional que se admita la impugnación de la cosa juzgada, ya que su autoridad misma no es absoluta y necesaria, sino establecida por consideraciones de utilidad y oportunidad, de tal manera que esas mismas consideraciones pueden, a veces, aconsejar su sacrificio para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de la conservación

El recordado maestro Hugo Alsina señalaba al respecto lo siguiente: "No solamente cada uno de los institutos procesales importa el desenvolvimiento de un precepto de la Constitución [como lo es la "cosa juzgada"], sino que aún aquellos que no han tenido en la ley procesal su tratamiento correspondiente, deben hacerse efectivos por los jueces, obligados como están a aplicar en primer término la ley suprema del Estado. Una garantía o un derecho [como la movilidad constitucional] que carezcan de esa protección no pasan de la categoría de meras declaraciones líricas, porque quedan supeditadas al respeto gracioso de quienes ejercen la autoridad o se apoya exclusivamente en la fuerza; la falta de protección jurídica es la negación del régimen jurídico."[150]

El fortalecimiento del nexo protectorio desde el vértice normativo supremo hasta la base que encarna el sujeto tutelado, constituye el cometido precipuo de la jurisdicción protectoria de la seguridad social. Ninguna decisión en sentido contrario debería prevalecer sobre una sentencia justa y equitativa, ni, tanto menos, que subordinara un derecho o una garantía constitucional a una regla o principio ritual o formal de inferior rango.

Las reglas procesales –como la cosa juzgada, la congruencia, la preclusión, etc.- fueron instituidas para apuntalar las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio, cuyo principal cometido–precisamente- es lograr que el proceso constituya un instrumento de tutela del derecho sustancial –constitucional o legal- y no su tumba, como enfatizaba el maestro Eduardo J. Couture.

El destacado constitucionalista Raúl Bazán, en su comentario al fallo "Ibáñez, Máximo c/A.N.Se.S",[151] (en el cual colisionaron el "solemnis ordo iudiciorum" con la tesis que postulaba la admisión irrestricta de las "pretensiones procesales preventivas diferenciadas de carácter alimentarias"), expresa al respecto lo siguiente: "Las formas tienen un sentido y un porqué. Brindan orden procesal, predictibilidad seguridad jurídica. Sin embargo, ni el proceso es un conjunto de solemnidades desprovistas de signficado, ni puede tolerarse un reinado sin sobresalto de las formas que conduzca a una desautorización del derecho, o que permita a aquéllas proyectarse en sistemáticos menoscabos y mediatizaciones de derechos sustanciales, pues al tiempo de ser innegable que toda solución jurisdiccional que se imprima a un litigio no puede quedar desconectada de los valores constitucionales que incumbre custodiar a las normas

---

de una sentencia intolerablemente injusta (Chiovenda, G., "Principios de Derecho Procesal Civil", vol. II, p. 511, Madrid, Ed. Reus, 1941).

[150] Hugo Alsina, Derecho Procesal, Ed. EDIAR, 1963, T. I pág. 32/3

[151] "Ibáñez, Máximo c/ANSeS s/reajustes varios", Sentencia del 8 de septiembre de 2005, del registro de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social

procesales, tampoco lo es menos el axioma que prescribe que el proceso no es sino un instrumento de justicia."[152]

Eduardo J. Couture, a su vez, en su afán de cuestionar la afirmación de Scaccia en cuanto a que " … la cosa juzgada hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero" [duro y gélido criterio que pareciera predominar en nuestro sistema jurídico] señala con profunda sabiduría lo siguiente: "Es verdad que en el sistema de derecho la necesidad de certeza es imperiosa. El tema de la impugnación de la sentencia no es otra cosa que una lucha entre las exigencias de verdad y las exigencias de firmeza. Pero es que aún siendo esto así, la necesidad de firmeza debe ceder, en determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad. La cosa juzgada –concluye el maestro Couture- no es de razón natural. Antes bien, la razón natural parecería aconsejar lo contrario: que el escrúpulo de verdad sea más fuerte que el escrúpulo de certeza; y que siempre, en presencia de una nueva prueba o de un hecho fundamental antes desconocido, pudiera recorrerse el camino andado para restablecer el imperio de la justicia."[153]

El centro de gravedad de la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva se emplaza con fines preventivos -en estos supuestos en que parecieran enfrentarse las formas e institutos procesales con los derechos sustanciales infungibles en riesgo de sufrir un daño irreparable[154] - sobre estos últimos –"prius tempore, prius ius"- y en procura de evitar que el perjuicio se conume.

El grado de plasticidad de la garantía de la defensa en juicio, frente al mandato preambular de afianzar (o "garantizar") la justicia en el proceso, representa la clave de bóveda del eficaz funcionamiento de la justicia de protección y el nivel de efectividad de la respuesta jurisdiccional en el caso concreto.

Esta certidumbre nos convence de que si la garantía de la defensa en juicio procura preservar la integridad de los derechos sustantivos o garantías constitucionales de la seguridad social (como la de "movilidad de las jubilaciones y pensiones"), y no al revés, resulta a todas luces evidente que toda regla de naturaleza procesal o ritual

[152] Raúl Bazán, "Dos visiones del derecho ante un reclamo previsional", La Ley del 10 de abril de 2006, pág. 11

[153] Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, 1981, pág. 406

[154] Luiz Guilherme Marinoni destaca que la tutela preventiva apunta a garantizar la integridad de los derechos, especialmente de aquellos de contenido no patrimonial –o prevalentemente no patrimoniales-. ("Tutela… op. cit. pág. 1127). En el mismo sentido, Adela Seguí agrega que la tutela preventiva responde a un principio general de prevención, inmanente a cualquier ordenamiento jurídico del mundo civilizado y en tiempos en que la evolución del sistema jurídico ha colocado en el centro de sus preocupaciones a la persona humana. (v. Prevención de los daños, Internet: www.alterini.org/tonline/to_sa1.htm)

representa –desde el prima de la lógica formal- un "posterius" con relación a estos últimos (que constituyen un "prius" en esta escala de valores supremos).[155]

Por esta razón coincidimos nuevamente con Raúl Bazán cuando destaca que en los supuestos en que se ventilan derechos de naturaleza alimentaria (salarios, indemnizaciones, reajustes de haberes jubilatorios, etc.), el debido proceso se erige en pilar estratégico para viabilizar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, en supuestos de excesos rituales manifiestos, menoscabos a la defensa, dilaciones indebidas en la tramitación de casos previsionales, viéndose obsturada la posibilidad de arribar a una sentencia util y fundada."[156]

VIII. EPÍLOGO

Si se procura garantizar el goce efectivo –y no simbólico o teórico- de los derechos sustanciales de la seguridad social de prosapia convencional y constitucional, la "jurisdicción protectora" jamás debe consentir que las garantías constitucionales y procesales (como el debido proceso, defensa en juicio, cosa juzgada, congruencia, preclusión, etcétera), erigidas por el constituyente y el legislador para resguardar o apuntalar la integridad y operatividad de estos derechos fundamentales, descaminen o deserten de su cometido supremo.

El sacrosanto instituto de la "cosa juzgada" debe ceder por imperativo convencional y constitucional, no sólo frente a la existencia de "dolo", "fraude", "colusión", "vicios de la voluntad", "estafa procesal", violación al "debido proceso, "error esencial", "ausencia de mayoría",[157] etcétera, sino también cuando cobija u oculta el quebrantamiento de un derecho humano o garantía convencional o constitucional de superior jerarquía, en desmedro del principio axial de "supremacía constitucional" y –lo que es más grave todavía- del mandato preambular de AFIANZAR LA JUSTICIA, eventualidad que ningún juez de la Constitución debería consentir.[158]

---

[155] Luis René Herrero, libro titulado: Debido Proceso –Realidad y debido Proceso – El debido proceso y la prueba, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2003, pág. 106

[156] Raúl Bazán, "El caso Itscovich: Protección de los derechos sociales y reivindicación del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Debates de Actualidad, Año XX –N° 195 pág. 114

[157] C.S.J.N. casos: "Tibold" (Fallos: 254: 320); "Campbell" (Fallos: 279: 59), "Bemberg" (Fallos: 281: 241) y "Atlántida" (Fallos: 283: 66); "Felcaro" (Fallos: 310: 858)

[158] Andrés Gil Domínguez, en un excelente artículo de doctrina sobre el tema que nos ocupa, consigna un valioso precedente de la Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (publicado en La Ley 1999-F, 529), en el cual sostuvo que la "cosa juzgada" no es una noción de orden lógico, sino un concepto de naturaleza

Ninguna de estas proposiciones tendrían sentido ni utilidad práctica, si las pretensiones procesales de la seguridad social continuaran sustanciándose por la vía del "proceso ordinario" que regula el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para otro tipo de conflictos.

La jurisdicción "dirimente" continúa atornillada desde el año 1995 en una parcela que le es totalmente ajena por imperativo convencional y constitucional: la "jurisdicción protectora de la seguridad social"

LUIS RENÉ HERRERO
Ponente General

procesal; que su autoridad no es absoluta y necesaria, de manera tal que cabe admitir su revocación cuando ello resulta imprescindible para impedir los efectos de sentencias intolerablemente injustas; que, en consecuencia, los motivos de seguridad jurídica, economía procesal y la necesidad de evitar sentencias contradictorias que dan fundamento a esta institución, no son absolutos y deben ceder frente al deber de afirmar otros valores de raigambre constitucional (v. "La acción de nulidad por cosa juzgada írrita. Aspectos formales y sustanciales", La Ley 2006-B, 808)