
El rol del juez en pretensiones de la seguridad social: meditaciones desde la Argentina y Perú

Walter F. Carnota

WALTER F. CARNOTA

Catedrático de la Universidad de Buenos Aires y del Salvador

1. Preliminar

El vasto movimiento por el acceso a la justicia, desde Carnelutti para acá, plantea su pertinencia en el campo de los derechos sociales¹. Si la justiciabilidad siempre ha planteado desafíos para la ciencia del derecho procesal constitucional, por vincular una facultad subjetiva con un órgano del poder del Estado (la Administración de justicia) de manera estrecha y casi diríamos *existencial*, con más razón esa lucha se potencia en el campo de los apodados "derechos sociales" o de "segunda generación".

Y ello es así, dado que esta categoría de derechos fundamentales evoca centralmente el otorgamiento, ya por parte del Estado o de un particular obligado, de una determinada prestación (la famosa "obligación de dar" del derecho romano), ya sea en el campo salarial, de condiciones laborales, en la materia previsional o en la rica gama de los beneficios educativos y culturales. Debe evitarse, por otro lado, caer en lo que la literatura denomina "derechos imposibles", de ardua solución en sede jurisdiccional.²

1 En este punto, es de cita obligada la obra de Abramovich, Victor, y Courtis, Christian, "Los derechos sociales como derechos exigibles", Madrid, 2002. También, ver de ambos autores, "El umbral de la ciudadanía (El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional)", Buenos Aires, 2006.

2 V. Sagüés, Néstor P., "El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina", México, 2004, p. 15 y ss.

Veremos cuál ha sido la evolución de este rol del juez en la Argentina, los cauces procesales seguidos, y algunas meditaciones en clave comparativa con el Perú.

2. Los orígenes de la magistratura de la Seguridad Social en la Argentina

Aunque cueste creerlo, y con emplazamientos orgánicos diversos, desde 1953, que la judicatura nacional y/o federal argentina procesa reclamos relativos a la Seguridad Social.

En efecto, en ese año se dicta la ley 14.236 que consagraba un singular recurso de "inaplicabilidad de la ley o doctrina legal", frente a las decisiones que pronunciaba el organismo administrativo de alzada en la materia. Este denominado "recurso" (en realidad, como bien lo desmitificó Humberto Podetti en su momento, se trataba de una verdadera *acción de revisión*) se ventilaba por ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Esta primera etapa de revisión podría ser catalogada sin dificultad como "*restringida*", en la medida que no suscitaba un pleno control jurisdiccional sobre el acto administrativo respectivo.

Tibiamente, la justicia laboral fue ampliando ese limitado cometido, incluyendo supuestos de arbitrariedad para habilitar la instancia revisora. De ese modo, se establecía una analogía con el famoso "recurso de arbitrariedad de sentencias", que había sido fijado en el marco del recurso extraordinario federal por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del famoso caso "Rey c. Rocha" de 1909.

Resultaba importante, en el campo de las jubilaciones y pensiones, y en especial en ciertos beneficios como el reconocimiento de servicios o la jubilación por invalidez (donde básicamente se discuten *hechos*), que se pudiese ventilar y dirimir en sede judicial no sólo la normativa que la agencia administrativa había escogido, sino también la plataforma fáctica que daba pie y sustentaba al pleito.

Pero es recién con la sanción de la ley 23.473 en el año 1987, donde se dota a la Seguridad Social de su "autonomía jurisdiccional", estable-

ciendo un Tribunal especializado, como ser la allí creada Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social.

Dicho Tribunal, que comienza a funcionar recién en marzo de 1989, y que en 2009 cumplió dos décadas de ininterrumpida actuación, va a estar facultado a controlar, a tenor de lo normado por el art.11 del cuerpo legal citado, los "hechos de la causa y el derecho aplicable"³ de las pretensiones articuladas, lo cual va a representar un avance notable en la materia. Ya el operador judicial no va a ser un esclavo de los hechos discutidos y decididos en la órbita administrativa.

Si quisiéramos rotular a esta segunda fase, diríamos que nos encontramos en un esquema "amplio" de revisión judicial.

3. La impronta del *economicismo*.

La sanción en el año 1993 de la apodada ley 24.241 del "Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones", con la novedad de incluir un subsistema público o de reparto, y uno privado o de capitalización individual, tornó necesario a ojos de sus impulsores ir sintonizando la administración de justicia a esa nueva realidad. Eran épocas que el economicismo era prevaleciente en nuestra región, como también lo demuestra la instauración de la Constitución Peruana de ese mismo año, con un especial régimen económico⁴.

Bajo esa lógica, se dicta en marzo de 1995 la infausta "ley de solidaridad previsional" 24.463⁵ que trae importantes cambios procesales en el "contencioso previsional" (arts. 14 y ss.) que venía regulando la mencionada ley 23.473.

Entre otras innovaciones, se "federaliza" al fuero de la Seguridad Social, se implanta una primera instancia (reforzada por ley 24.655 al año siguiente), se declara aplicable el procedimiento civil y se establecen ciertas pautas que alejan al juzgador de la "justicia del caso concreto".

3 V. Carnota, Walter F., "Procedimiento de la Seguridad Social", Buenos Aires, 1998, p. 44.

4 V. Palomino Manchego, "Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993", México, 2003, p. 12.

5 V. Carnota, Walter F., "Ley de Solidaridad Previsional 24.463 Comentada. Su problemática constitucional, sustantiva y procesal", Buenos Aires, 1995.

De acuerdo con sus previsiones, el juez deberá tener en cuenta, en una nueva versión del ya citado art.11 de la ley 23.473, a los "hechos de las causas y el derecho aplicable" (conf. art. 28). El plural no es antojadizo: este modelo "macrojudicial" de impartir justicia puede derechamente recibir el nombre de "economicista".

Paradójicamente, el referido "economicismo" no logró ni mucho menos frenar una litigiosidad continua, ya que la Administración Nacional de la Seguridad Social seguía sin cumplir y aún más, profundizaba su actitud desafiante, ante la justicia⁶. Es que la agencia correspondiente había sido abastecida de una suerte de "blindaje", en donde en vez de protegerse como en la concepción clásica al acreedor social, se tutelaba a los intereses del Estado deudor. La emergencia del Estado había entrado con todas sus fuerzas a la Seguridad Social, y su manera de tomarse cierta y real era dilatar "ad infinitum" los pleitos previsionales.

Muchos (aunque no todos) de los preceptos de la ley 24.463 fueron convalidados constitucionalmente por la Corte Suprema en su anterior integración.

4. Una jurisprudencia de idas y vueltas

Durante el año 2005, la Corte Suprema de Justicia argentina resolvió dos casos paradigmáticos, aunque su doctrina ("holding") luego aparece relativizada en casos posteriores.

Así, en marzo de 2005, el Alto Tribunal declaró en "Itzcovich, Mabel", que resultaba inconstitucional el recurso ordinario de apelación que preveía el art.19 de la ley 24.463. Para así resolver, echó mano al nuevo cánón de "irracionalidad", dado que el remedio procesal citado había tenido por único efecto prolongar en el tiempo a los juicios de previsión. La Corte hace gala de este criterio con efectos expansivos (llega incluso a disponer su publicación en el "Boletín Oficial", algo

6 V. Carnota, Walter F., "La litigiosidad previsional autoinducida como disvalor constitucional a rectificar", Ponencia oficial al Ier. Congreso Argentino de Previsión Social, Buenos Aires, 2001, p. 5 y ss.

inusual en Argentina), lo cual es receptado inmediatamente por el legislador a través de la ley 26.025⁷.

Por su parte, en mayo de ese año, en "Sánchez, María del Carmen", la Corte retomó sus posturas anteriores a 1996, concibiendo al reajuste dentro de la matriz del principio sustitutivo del haber jubilatorio.

Como sea, tan saludables opiniones habían quedado en "gestos", desde que aparecieron retaceados por otros fallos posteriores, como "Andino" (muy trascendente en materia de cosa juzgada) y en 2006 en "Badaro I", en donde encomienda al Congreso fijar en un "plazo razonable" la movilidad previsional. En 2007, empero, la Corte dio un señalamiento más claro en punto al índice de movilidad previsional en "Badaro II", frente a la inacción del Congreso. Finalmente, el legislador se hizo cargo del tema en la ley 26.517.

5. Los cauces procesales

Primeramente, el proceso de Seguridad Social tomó prestado mucho de los moldes protectorios del procedimiento laboral. El jubilable era sujeto de preferente tutela, como prolongación de la protección deparada al trabajador ("in dubio pro operario"). Se matizaba ello con ciertas aristas propias del contencioso-administrativo.

Los aires economicistas de mediados de la década del noventa cambiaron de cuaje este orden de cosas, llegándose a aplicar a estas litis el procedimiento civil.

Claramente, este molde procesal no resulta idóneo a fin de abordar *la índole de la pretensión*. De ahí que su consagración legislativa no conllevó menos ligiosidad, sino todo lo contrario, es decir, un incremento exponencial de esos índices.

La ley 26.153 derogó afortunadamente los artículos 16, 17 y 23 de la ley 24.463, y reformuló su artículo 22. Dichas reformas apuntaron a dismantelar las cláusulas más lesivas del precitado cuerpo normativo al orden público constitucional.

⁷ Se demuestra así como a veces las sentencias de un Alto Tribunal (Corte Suprema o Tribunal Constitucional) pueden activar la actuación de un moroso órgano legislativo.

6. El infaltable análisis comparativo

Cuando se vulnera algún beneficio de la Seguridad Social, no sólo aparece afectada o violentada la propiedad privada, que es lo más manifiesto. Tal como destacó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia recaída el 28 de febrero de 2003 "in re" "Cinco Pensionistas"⁸, puede suceder que aparezca lesionado el art.25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto promete el acceso a un recurso sencillo y rápido para dirimir controversias sobre derechos fundamentales.

Este señalamiento ha sido seguido en algunos casos por los diversos tribunales argentinos, y es resaltado por la doctrina cuando enfatiza que los lentos mecanismos del proceso civil son poco aptos para la tutela (efectiva) del crédito de Seguridad Social.

De allí que algunos autores se encaminen hacia la cuestión de los *procesos urgentes*, y de su atención en temas de Seguridad Social. La satisfacción de esas acreencias debe ser tempestiva y oportuna, existiendo para el jubilable tiempos "existenciales y biográficos" muy distintos, por cierto, que los de una persona joven.

Pero nos encontramos con la dificultad de que todas las cuestiones relativas a la Seguridad Social no pueden ser encaminadas a través de acciones de amparo o de medidas cautelares, a riesgo de colapsar aún más los tribunales. Además, debe diferenciarse cuando un tribunal ejerce una supervisión constitucional (v.gr. la Corte Suprema argentina a través del recurso extraordinario federal) de cuando ello no acontece (i.e., el fenecido "recurso ordinario de apelación").

En este orden de ideas y de experiencias, resulta útil traer a colación las reflexiones vertidas por el Tribunal Constitucional peruano en su sentencia del 8 de julio de 2005 (Manuel Anicama Hernández)⁹. Allí, el

8 V. su texto en Landa Arroyo, César (Comp.), "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Lima, 2005, p. 868. La referencia peruana a la "cédula viva" es muy similar a lo que en Argentina se conoce como "principio sustitutivo". Sobre el primer concepto, ver Salado Osuna, Ana, "Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Trujillo, 2004, p. 97.

9 Puede consultarse su contenido en "Justicia Constitucional" número 2, Lima, agosto-diciembre de 2005, pág. 15 y siguientes.

Supremo intérprete de la Constitución entendió que "la vía idónea para dilucidar los asuntos pensionarios que no versen sobre el contenido directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, es el proceso contenciosoadministrativo" (fundamento 51). A contrario, el Colegiado enuncia aquellos contenidos esenciales directamente protegidos por el derecho fundamental a la pensión que, a su juicio, devienen objeto de la jurisdicción constitucional (fundamento 37 y ss.).

Consideramos que ese distingo, cimentado sobre el hecho de que el derecho pensionario es una potestad fundamental de configuración legal, resulta de sumo interés a la hora de tener que desbrozar sendas jurisdiccionales y procesos aplicables.

7. Conclusiones

El ejercicio de la magistratura en asuntos de Seguridad Social reclama la prudencia de toda práctica del oficio judicial. El juez debe saber mantenerse dentro de su esfera de competencia, sin invadir otras pero ser celoso guardián de la suya. Por ejemplo, la jurisdicción constitucional no puede renunciar gratuitamente a realizar la respectiva inspección de constitucionalidad.

Adicionalmente, el operador judicial en estos temas requerirá de una especial *sensibilidad equitativa* hacia grupos desaventajados de la sociedad como en el caso los ancianos.