

Facultad de Ciencias Jurídicas
Maestría en Ciencias de la Legislación
Universidad del Salvador



AÑO ACADÉMICO 2020

DIRECTOR: Dr. Carlos CARCOVA

CODIRECTOR: Dr. Eduardo GALVEZ

ALUMNO: Juan Bautista GONZÁLEZ SABORIDO

***TÍTULO: “LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y
LEGISLATIVA DE LAS REFORMAS DEL SISTEMA
PREVISIONAL ARGENTINO DEL PERÍODO 2003 - 2009”***

FECHA DE ENTREGA: 17 DE DICIEMBRE DE 2020

Contenido

AGRADECIMIENTOS.....	5
I.- INTRODUCCION:	6
II.- CAPITULO 1: LAS PRINCIPALES REFORMAS DEL SISTEMA PREVISIONAL ARGENTINO.....	14
2.1. La reforma legislativa realizada en la década del 90:	14
2.2. La reforma legislativa del período 2002/2003 – 2009:	16
2.2.1. Incremento de los haberes mínimos y el Plan de Inclusión Previsional:.....	17
2.2.2. Reinstauración de la movilidad y estatización de los fondos de las AFJP:	18
2.2.3. Eliminación del sistema privado de capitalización:	19
2.2.4. Síntesis de las reformas legislativas 2002/3 – 2006:.....	19
2.3. Conclusiones:	20
III.- CAPITULO 2: ¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS?	22
3.1. Introducción:	22
3.2. La escuela positivista:.....	22
3.2.1. El positivismo anglosajón:	22
3.2.2. El positivismo continental:.....	23
3.3. La escuela iusnaturalista:	24
3.3.1. La teoría de John Finnis:	24
3.4. Las escuelas eclécticas:	27
3.5. Actualización de la discusión:.....	28
3.6. Josef Esser:	28
3.7. H. L. A. Hart:	31
3.8. Ronald Dworkin:	32
3.9. Robert Alexy:.....	34
3.10. Conclusión:	36
IV.- CAPÍTULO 3: EL FUNDAMENTOS ANTROPOLÓGICO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN GENERAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PARTICULAR.	38
4.1.- Introducción:.....	38
4.2.- La seguridad social como derecho humano.	40
4.3. El riesgo de relativización de la dignidad humana:	41
4.4. Posmodernidad y desfundamentación antropológica del derecho:.....	48
4.5. El riesgo del avance del mercado sobre la vida humana:	51
4.6. Un nuevo “ethos” en la práctica de los derechos humanos:.....	55

4.7. Crítica a la concepción liberal de los derechos humanos:	57
4.8.- La dignidad de la persona humana como fundamento de los derechos humanos:	60
4.8.1. Fundamentos desde la Antropología In Sistencial:.....	61
4.9.- La perspectiva hispanoamericana de los derechos humanos.	64
4.10. Conclusión:	68
V.- CAPITULO 4: LA RELACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.	71
5.1.- Los derechos humanos y las políticas públicas:.....	71
5.1.1. La política pública con perspectiva de derechos:	71
5.1.2. La comprensión de los derechos sociales en base al deber recíproco con perspectiva cooperativista y social.	74
5.2. Los riesgos de la sociedad del conocimiento en cuanto a la exclusión social.	79
5.3. Conclusión:	83
VI.- CAPÍTULO 5: EL DERECHO DE PREVISIÓN SOCIAL Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS RECTORES DEL SISTEMA.	85
6.1. ¿Qué es la seguridad social?	85
6.2. Existe un nuevo paradigma en materia de previsión social:	86
6.3. Los principios jurídicos del nuevo paradigma previsional.	94
6.4. ¿Qué son y cómo se definen los llamados principios de proporcionalidad y de sustitutividad?.....	97
6.5. Heterogeneidad del sistema previsional:	100
6.6. El cambio demográfico y el envejecimiento poblacional:	102
6.7 Conclusión:	104
VII. CAPITULO 6: EL PROCESO DE CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN DEL DERECHO.	107
7.1.- El proceso de codificación del derecho:	107
7.2- El proceso de descodificación del derecho.	109
7.3.- La era de la recodificación.....	110
7.4. Conclusión:	111
VIII.- CONCLUSIÓN: ¿ES PLAUSIBLE DETERMINAR LOS PRINCIPIOS JURIDICOS DEL SISTEMA PREVISIONAL ?.....	114
8.1. ¿Están identificados los principios jurídicos rectores del sistema previsional?	115
8.2. ¿Es necesaria una hermenéutica que determine con precisión la jerarquía de los distintos principios jurídicos del sistema previsional?	116
8.3. ¿Es relevante fundamentar el derecho a la seguridad social como un derecho humano fundamental?	118

8.4. ¿Adolece el sistema previsional de contaminación e inflación legislativa?.....	120
8.5. ¿La técnica legislativa del Código es un instrumento adecuado contra la heterogeneidad y la a sistematicidad del sistema previsional?	122
BIBLIOGRAFÍA:	126



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

AGRADECIMIENTOS:

A los Dres. Carlos M. Cárcova y Eduardo Gálvez por la dirección y codirección de esta tesis. Por su paciencia, sus consejos, sus enseñanzas, sus cuidadosas correcciones y el permanente estímulo.

Al Dr. Guillermo Jensen, por su acompañamiento, por su motivación, por sus consejos y por su apoyo permanente.

Al Dr. Juan Carlos Frontera, por confiar en que podía finalizar con éxito la Maestría y por alentarme a terminar esta tesis, por las fructíferas conversaciones y por sus inestimables aportes.

Al Sr. Rector, Dr. Carlos Salvadores de Arzuaga, por impulsarme a iniciar la Maestría, por su afecto y por estar siempre a disposición.

A la Sra. Decana, Dra. Livia Uriol, por su disponibilidad, por su aliento y por estar siempre incentivando a los profesores de la facultad para que nos perfeccionemos constantemente.

A mi mujer Lucila Vitali, por su permanente apoyo y contención, especialmente en momentos de dificultad y por enseñarme a que nunca hay que bajar los brazos. A mis hijos, María del Pilar, Juan Bautista, Felipe e Ignacio por ser la gran motivación de todas mis acciones y ante quienes me comprometí a construir un futuro mejor.

A mis padres, egresados y profesores de la Universidad del Salvador, que me enseñaron a honrar tanto su ideario como su historia, y a amar a la universidad como a mi segunda casa. A mis 5 hermanos, por su respaldo constante y sus consejos.

A mi familia extendida, suegros, cuñados y sobrinos, por su estímulo, su amor y su alegría.

A las autoridades y profesores de la Maestría por el espacio institucional, por el tiempo y las importantes enseñanzas.

Por último agradezco a todos aquellos que de un modo u otro participaron de la elaboración de esta tesis y colaboraron en su finalización.

I.- INTRODUCCION:

El tema general de interés para la presente investigación es la evolución del derecho a la seguridad social en Argentina a partir de la crisis del año 2001/2002 hasta el año 2009, desde una perspectiva jurídica y legislativa.

Elegimos dicho período de tiempo, debido a que es allí donde se produjeron las más importantes reformas legislativas de carácter estructural del sistema previsional, a tal punto que se puede afirmar que hubo un cambio de modelo en dicho sistema.

En este trabajo, consideraremos especialmente la influencia de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos – en particular la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto de San José de Costa Rica, el Protocolo de San Salvador y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales- en el diseño y en la fundamentación de los principios jurídicos que rigen el sistema de previsión social de nuestro país.

La influencia referida en el párrafo anterior, surge como un elemento sustancial para comprender la lógica del mismo y también para encarar una posible reforma en el futuro próximo. Esto debido a que el derecho a la seguridad social fue afectado en las últimas décadas por sustanciales modificaciones legislativas.

Con respecto a las reformas legislativas, en el año 2017, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social señaló que las mismas produjeron¹:

- a) primero, a través de la ley 24.241² un régimen insolidario cuyas bases resultaban contrarias a los valores que caracterizan a nuestra sociedad;
- b) y luego, en vista del fracaso de dicha experiencia con la crisis del año 2001, las modificaciones legislativas del período posterior, principalmente a través de las leyes 25.994³ –de inclusión previsional-, 26.417⁴ –de movilidad jubilatoria- y 26.425⁵ –que creó el Sistema Integrado Previsional Argentino y que estatizó los fondos de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones-

¹ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, considerandos de la Resolución 188-E/2017 de fecha 31 de marzo de 2017 que creó la Comisión para la Elaboración de un Anteproyecto de Código de la Seguridad Social.

² Publicada en el Boletín Oficial el 18 de octubre de 1993.

³ Publicada en el Boletín Oficial el 7 de enero de 2005.

⁴ Publicada en el Boletín Oficial el 15 de octubre de 2008.

⁵ Publicada en el Boletín Oficial el 9 de diciembre de 2008.

intentaron volver las normas a su cauce histórico, y cambiar las bases del sistema previsional, aunque sin conseguirlo en forma completa, clara y ordenada.

Por consiguiente, en función de lo que surge del análisis realizado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, podemos plantear que las reformas legislativas resultaron deficientes desde el punto de vista legislativo y jurídico. Ello debido a que dichas reformas no explicitaron los principios jurídicos y arquitectónicos que guiaron las mismas y además, porque las modificaciones se hicieron de forma parcial y manteniendo numerosas normas provenientes del sistema de capitalización individual que respondía a principios distintos y a una lógica diferente. Estas deficiencias generaron dificultades interpretativas que complicaron su adecuada comprensión y su correcta implementación.

Las dificultades interpretativas recién apuntadas se manifestaron particularmente en la resolución de los numerosísimos casos litigiosos que inundan los tribunales competentes en la materia. Situación que hasta el día de hoy no ha sido resuelta.

En consecuencia, el problema de investigación que plantearemos es la a sistematicidad, opacidad y fragilidad tanto jurídica como legislativa del sistema previsional argentino, resultado de la reforma del mismo que tuvo lugar a partir de la crisis del 2001/2002, período de importantes cambios estructurales aún vigentes debido a la falta de explicitación de los principios jurídicos rectores del sistema.

Algunas de las preguntas de investigación de las cuales partimos para abordar la a sistematicidad, opacidad y fragilidad jurídica del sistema previsional, son las siguientes: ¿Están jurídicamente bien fundamentadas las reformas legislativas del sistema previsional en el período 2002 – 2009? ¿Están identificados los principios jurídicos rectores del sistema previsional? ¿Es relevante fundamentar el derecho a la seguridad social como un derecho humano fundamental? ¿Es necesaria una hermenéutica que determine con precisión la jerarquía de los distintos principios jurídicos del sistema previsional? ¿Adolece el sistema previsional de contaminación e inflación legislativa? ¿Es necesario que se institucionalice el nuevo paradigma universal del sistema previsional? ¿La técnica legislativa del Código es un instrumento adecuado contra la heterogeneidad y la a sistematicidad del sistema previsional?

Realizaremos un abordaje de tipo exploratorio sobre la legislación sancionada en materia previsional posterior a la crisis del 2001/2002 e indagaremos como se operó su inserción en el sistema previsional y en el ordenamiento jurídico general, considerando especialmente la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como ya señalamos más arriba.

El trabajo consistirá en examinar las principales normas utilizadas para reformar el sistema previsional y determinar si existen principios jurídicos que le den sistematicidad y homogeneidad a todo el plexo normativo. Esta tarea de interpretación de los textos normativos, ordenados jerárquicamente, lo complementaremos con el análisis de los antecedentes bibliográficos, de la jurisprudencia más relevante de la Corte Suprema y de los documentos emanados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como así también de los documentos y la bibliografía editada por Comisión Económica Para América Latina de las Naciones Unidas (CEPAL), para evaluar si existen divergencias sobre los principios jurídicos del sistema previsional.

En el caso de que detectemos divergencias, indagaremos las posibles causas de dicha divergencia e intentaremos armonizarlas mediante una interpretación sistémica y contextualizada.

Simultáneamente, estudiaremos si es posible utilizar la técnica de la codificación fundamentada en los principios rectores del sistema, para la eliminación tanto de las divergencias como de los defectos de contaminación e inflación legislativa.

Las razones por las cuales consideramos que es conveniente analizar la técnica de la codificación, pese a que con la sanción de la Ley 26.939⁶ se aprobó el Digesto Jurídico Argentino consolidado al 31 de marzo de 2013, son varias y las exponemos a continuación:

1.- La sanción de la Ley de Reparación Histórica: En primer lugar, en mayo de 2016 se sancionó la ley 27.260⁷ –denominada ley de Reparación Histórica- que en su artículo 12 dispuso: *“Créase el Consejo de Sustentabilidad Previsional, en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, que tendrá a su cargo la elaboración de un proyecto de ley que contenga un nuevo régimen previsional,*

⁶ Promulgada en el Boletín Oficial el 29 de mayo de 2014.

⁷ Publicada en el Boletín Oficial el 22 de julio de 2016.

universal, integral, solidario, público, sustentable y de reparto para su posterior remisión por el Poder Ejecutivo Nacional a consideración del Honorable Congreso de la Nación...”.

Posteriormente, como señalamos más arriba, con fecha 31 de marzo de 2017 el entonces Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, dictó la Resolución 188-E/2017 que creó la Comisión para la Elaboración de un Anteproyecto de Código de la Seguridad Social⁸, en cumplimiento de lo que dispone el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, cuyos integrantes deberán elevar las bases del mismo en el plazo de 180 días desde la constitución de la comisión⁹.

En los considerandos de dicha resolución el entonces Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social realiza una fundamentación acerca de la necesidad de que se elabore un código de seguridad social y señala que las reformas realizadas en los últimos años en el sistema de seguridad social resultaron deficientes e injustas, generando importantes alteraciones interpretativas que complican su conocimiento y aplicación. Y concluyen los considerandos de dicha resolución refiriendo textualmente: *“Que el escenario trazado torna necesario proceder a ordenar el plexo legal vigente y debe iniciarse la tarea por lo más importante, es decir, procediendo a dictar el Código de fondo que establezca con claridad los riesgos a cubrir y contenga los principios generales y rectores de los derechos y obligaciones de todos y cada uno de los sujetos comprendidos y obligados, todo ello sin sustituir la legislación especial.”*

Por consiguiente, respecto a la seguridad social, nos encontramos frente a la voluntad del Congreso de la Nación y especialmente del Poder Ejecutivo Nacional de presentar un proyecto de código de seguridad social.

2. La profusión normativa de rango inferior a la Ley: En segundo lugar, en el marco jurídico que rige la seguridad social, existen una enorme cantidad de normas de rango inferior a la ley, que por delegación legislativa o directamente por extralimitación modifican incluso a las mismas leyes, o regulan aspectos importantes del sistema. Por

⁸ El subrayado me pertenece.

⁹ La última información pública al respecto es que con fecha 10 de abril de 2018 se presentó un anteproyecto que iba a ser elevado en consulta. Sin embargo, no publicó el contenido del anteproyecto elaborado por la comisión, consulta en línea el 3 de enero de 2019 en <http://www.coord-cajas.org.ar/noticias/noticias-institucionales/presentacion-del-anteproyecto-de-codigo-de-la-seguridad-social/>

citar un ejemplo, la Ley 24.241 fue modificada por 1157 normas¹⁰, y la mayoría de esas normas modificatorias son decretos reglamentarios y resoluciones administrativas¹¹, algunas de ellas de singular relevancia en el funcionamiento del sistema previsional como las resoluciones que determinan los índices de movilidad de las jubilaciones y pensiones.

En lo que respecta específicamente a la legislación vigente sobre la materia, del análisis preliminar que realizamos, se puede advertir que la misma fue sancionada en épocas distintas y que la “ratio” de dichas leyes, responde a paradigmas distintos. Además, debido a las diversas reformas que se fueron realizando en dicho cuerpo legal, podemos suponer que la misma adolece de lo que en la técnica jurídica se conoce como inflación y contaminación legislativa.

La inflación legislativa es una expresión que se usa para señalar un aumento excesivo en la producción de normas. Tal como lo señalamos antes, este concepto lleva ínsito una visión cuantitativa del problema. Pero esta visión no refleja el problema en su sustancia, ni en su profundidad, ni en toda su dimensión.¹²

La contaminación legislativa, por su parte, es la ruptura del equilibrio del sistema de leyes debido al crecimiento descontrolado de normas y a la dificultad de eliminar los residuos a través de la abrogación.¹³

Con respecto a estos defectos recién definidos, existe el gran aporte de la sanción del Digesto Jurídico Argentino a través de la Ley 26.939. En efecto, dicho instrumento es muy importante para la clarificación de las normas de jerarquía legal de origen nacional. Pero lógicamente, en el Digesto no están incluidas las normas de rango inferior a la ley que fueron dictadas por delegación; y a su vez, tampoco están incluidas las leyes de

¹⁰ Consulta realizada a la ley 24.241 en “Infoleg, Información legislativa”, consulta en línea realizada el 3 de enero de 2019 en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=639>

¹¹ Con fecha 18 de diciembre de 2018 la Corte Suprema de Justicia en el fallo “CSS 42272/2012/CS1-CA1 Blanco, Lucio Orlando c/ ANSeS s/ reajustes varios” decretó la inconstitucionalidad Resolución Anses N° 56/18 y de la Resolución 1/2018 de la Secretaría de Seguridad Social que establecían que para el cálculo del haber jubilatorio inicial las remuneraciones del beneficiario debían actualizarse en base al índice RIPE, por considerar que dicha potestad es del Congreso de la Nación y no del Poder Ejecutivo Nacional.

¹² Brenna, Ramón Gerónimo “El ordenamiento de las leyes” en Revista electrónica de Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas, pág 5-18. Consulta en línea el 7 de enero de 2015 en http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/re_tpenj_001.pdf

¹³ Martino, Antonio A. “La contaminación legislativa”, en Separata del Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas, Barcelona, 1977, págs. 47-63.

origen provincial que rigen las jubilaciones y pensiones de cajas previsionales provinciales, que luego fueron transferidas a la órbita nacional.

Estos problemas señalados, se agravan –según nuestro criterio- por la dificultad que existe para dilucidar en forma nítida que se ha configurado un nuevo paradigma en materia de seguridad social. Este nuevo paradigma es de carácter universal y tiene como eje a la persona humana por su condición de tal, perdiendo vigencia el paradigma contributivo que tenía como eje al trabajador asalariado y su familia.

Esto último es un tema de gran relevancia en atención a la ya señalada litigiosidad existente en materia de seguridad social y la distorsión que esta cuestión acarrea en la implementación de la política pública sobre la materia.

Consideramos que el tema es de atractivo interés y actualidad, en razón de lo dispuesto en la ley 27.260 y de la Resolución 188-E/2017 antes citada, que expresan la voluntad explícita de sancionar un Código de Seguridad Social con el objeto de dar cumplimiento a la mandato del art. 75 inciso 12 de nuestra Constitución Nacional y sancionar un código de seguridad social.

Para la investigación, en primer término haremos una síntesis de las reformas estructurales que se realizaron en el sistema previsional en las últimas décadas e indagaremos si en las mismas se explicitaron los principios jurídicos rectores del sistema.

Luego abordaremos la cuestión de los principios jurídicos desde una perspectiva ius filosófica para determinar que son y qué importancia tienen en los sistemas jurídicos.

Nos proponemos también, realizar una fundamentación profunda de los derechos humanos en general y del derecho a la seguridad social en particular desde una base antropológica, porque interpretamos que ello incide posteriormente en el alcance concreto que se le debe asignar al mismo y en consecuencia, en el sistema de seguridad social que se diseñe para garantizar este derecho que consideramos sustancial en estos tiempos.

Para realizar esta fundamentación, adoptamos un enfoque multiposicional, donde intentaremos hacer una síntesis de elementos que provienen de diversas perspectivas

como la antropología filosófica in sistencial, la teoría crítica posmoderna, el iusnaturalismo histórico y el enfoque de derechos.

En el capítulo siguiente, nos detendremos en inquirir cuáles son los principios jurídicos rectores del sistema previsional, e intentaremos detectar si existen divergencias sobre este tema, especialmente con la interpretación que realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación como cabeza del Poder Judicial de la Nación.

Luego, consideraremos sintéticamente como está actualmente conformado el subsistema previsional con todos los regímenes especiales y diferenciales que lo conforman.

A estos análisis le agregaremos un factor que a nuestro juicio es de una importancia extraordinaria como lo es la cuestión del cambio demográfico y el envejecimiento poblacional que se está operando en nuestro país y en la región.

Seguidamente, examinaremos el proceso de codificación, descodificación y recodificación del derecho civil, porque estimamos que dicho proceso sirve de base y modelo para el presente análisis.

Somos conscientes de que con estos elementos no agotamos el análisis de la totalidad de la problemática, pero entendemos que si es suficiente para un primer abordaje de carácter exploratorio.

El objetivo general de la presente investigación es indagar si es posible establecer cuáles son los principios jurídicos que rigen el sistema previsional y si la explicitación de los mismos es útil para solucionar la a sistematicidad, opacidad y fragilidad normativa de la reforma del sistema previsional generadas a partir de las reformas efectuadas desde el año 2001/2002.

Los objetivos específicos son: a) fundamentar el derecho a la seguridad social como un derecho humano fundamental, b) ordenar jerárquicamente los principios jurídicos del sistema previsional, c) explorar si la técnica del código es la herramienta legislativa adecuada para darle mayor homogeneidad al sistema previsional.

Finalmente, nos interrogamos sobre la necesidad de realizar una profunda reforma del sistema de seguridad social mediante la técnica del código y esbozamos cuales son a

nuestro criterio los ejes que deben contemplarse en ese posible código de seguridad social.



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR