



LA CRISIS DE LOS PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS. LA LABOR DEL JURISTA

A CRISE DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA SOCIAL. DIREITOS PROGRESSIVOS. O TRABALHO DO JURISTA

THE CRISIS OF THE PRINCIPLES OF SOCIAL SECURITY. PROGRESSIVE RIGHTS. THE LABOR OF THE JURIST

<i>Recebido em:</i>	14/08/2018
<i>Aprovado em:</i>	23/11/2018

Adriana A. Micale¹

RESUMEN

Los principios de la Seguridad Social, como tales, deberían ser inmutables y atravesar la evolución de los sistemas a través del tiempo, de modo tal que puedan cumplir con el ideario de generar directrices sobre las cuales deben sostenerse los derechos fundamentales que protege la disciplina. Sin embargo, a poco que se analiza la mecánica de funcionamiento de los sistemas en el derecho comparado, queda acabadamente

¹ Abogada Con Especialización en Administración Pública. Magister Universitaria en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social. Magister en Prevención y Protección de Riesgos Laborales, de la Universidad de ALCALA de Henares, y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Magister en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa. Universidad de Castilla La Mancha. Especializada en Políticas de Seguridad Social para América Latina en OIT y Universidad de Turín. Posgrado de Especialización "Constitución Social y Derechos Humanos Laborales, Tendencias Globales en la etapa actual – Universidad de Castilla La Mancha. Profesora Adjunta Regular por Concurso de la Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires (U.B.A.) y profesora en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesora de Posgrado invitada en Universidades Nacionales y Extranjeras. Publicista. Endereço eletrônico: am@adrianamicale.com.ar



demonstrado que los principios basales, no resisten a las políticas económicas, que lógicamente pretenden su sostenimiento financiero, en aras a la sobrevivencia de los mismos. Así vemos, que la universalidad deja de contener al conglomerado universal, la igualdad deja de ser la garantía que preserva la medida de los derechos de quién son iguales, la integralidad se embate ante la insuficiencia de los recursos, la subsidiariedad se corre de la centralidad, como consecuencia de los déficit de la empleabilidad, la solidaridad se aleja de la generosidad complaciente, la obligatoriedad se plantea casi voluntaria, la inmediatez cada vez más mediata, y la progresividad en vez de crecimiento en los derechos, transformada en regresividad frente a la mutilación o su achicamiento.

Palabras clave: crisis; principios; seguridad nacional; trabajo del jurista.

RESUMO

Os princípios da Segurança Social, como tal, deve ser imutável e através da evolução dos sistemas ao longo do tempo, de modo que eles possam cumprir os ideais da geração de orientações que devem sustentar os direitos fundamentais disciplina protegidas. No entanto, pequenos sistemas operacionais mecânicos discutido no direito comparado, é acabadamente mostrado que os princípios basais não resistir às políticas econômicas que, logicamente, buscam apoio financeiro, por uma questão de sobrevivência da mesma. Assim, vemos que a universalidade já contém o conglomerado universal, a igualdade não garantia de que preserva a medida cujos direitos são iguais, a integralidade é batendo nos recursos insuficientes, a subsidiariedade é executado a centralidade como resultado de déficits empregabilidade, a solidariedade está longe de generosidade complacente, obrigação surge quase voluntária, imediatismo cada vez mais mediatamente, e escalada em vez de crescimento em direitos, transformado em regressividade contra o mutilação ou o seu encolhimento.



Palavras-chave: crises; princípios; segurança nacional; trabalho do jurista.

ABSTRACT

The principles of Social Security, as such, should be immutable and cross the evolution of systems over time, so that they can comply with the ideology of generating guidelines on which the fundamental rights that the discipline protects must be upheld. However, shortly after analyzing the mechanics of systems functioning in comparative law, it is fully demonstrated that the basal principles do not resist economic policies, which logically claim their financial sustainability, in order to survive them. . Thus we see that universality stops containing the universal conglomerate, equality ceases to be the guarantee that preserves the measure of who's rights are equal, integrality is attacked in the face of insufficient resources, subsidiarity runs from centrality , as a result of the deficits of employability, solidarity moves away from complacent generosity, compulsory nature is almost voluntary, immediacy increasingly mediate, and progressivity instead of growth in rights, transformed into regressiveness towards the mutilation or its shrinkage.

Keywords: crises; Principles; National security; work of the jurist.

1. PROCESOS DE REFORMA

Lo antedicho no implica desconocer que los procesos de reforma en materia de seguridad social, obedecen desde su nacimiento en el siglo XIX, a una necesidad que determina la adecuación de su vigencia, entendida como el cumplimiento de sus objetivos estructurales que le permitan atender las necesidades contingentes de la población a la que deben cubrir.

Por tanto, su existencia misma requiere de una adecuación sostenida ligada a la posibilidad de que las fuentes de financiamiento sean lo suficientemente genuinas para poder sostener con sus recursos el pago de las prestaciones que atienden dichas



contingencias. Y es en este punto, dónde se debaten los dilemas que subyacen al paradigma de los principios con las respuestas economicistas de la sustentabilidad.

La problemática descrita es común en Europa, sus países y en los de América cursándose procesos no siempre coincidentes en la búsqueda de las soluciones.

Los procesos de reforma de la Seguridad Social sin embargo, responden a las necesidades de dar soluciones básicas de protección, las que cada vez están más lejos de las necesidades de las personas.

Por su origen, tal se lo señala² “la Seguridad Social es una institución típicamente europea al nacer en la Europa de finales del siglo XIX, y su éxito es también eminentemente europeo al consolidarse en el Viejo Continente después de 1945; de hecho, en la segunda mitad del siglo XX el modelo europeo de protección social ha sido uno de los elementos determinantes del denominado “Estado del Bienestar”.

Si bien no hay dudas de que el Estado del bienestar es una realización nacional, o si se quiere estatal, tampoco puede olvidarse otro fenómeno genuinamente europeo, la integración supranacional, cuya evolución es contemporánea, la que ha contribuido a perfilar, consolidar y mantener este modelo de sociedad. Y si bien esos modelos han tratado de sostenerse las crisis económicas lo desdibujan.

Hablar de Seguridad Social, siempre es imprescindible, porque las garantías del hombre y la mujer aún cuando trabajan no son suficientes si no están al resguardo de los paradigmas y el establecimiento sustantivo que ella otorga.

Y está garantizada por los principios que se enraízan en derechos sustantivos, que cuando no se cumplen efectivamente es necesario lograrlos a través de los procesos generales, especiales, locales o internacionales que son los que deben nutrir la eficacia de la realización de los derechos.

² David Ordoñez Solís, Seguridad Social y Unión Europea: las nuevas perspectivas de la protección social en Europa.



Esto nos lleva a reflexionar más profundamente sobre el rol que ocupan los principios, en tanto su crisis se pone de manifiesto recurrentemente, sin cuidado alguno en tanto no ocupan su debida prioridad. ¿Son directrices que informan una materia? ¿Operan Como fuente? ¿Sirven para cubrir lagunas normativas?

2. EL ROL DE LOS PRINCIPIOS

Sobre el Rol de los Principios, aunque parezca una obviedad, no escapan por cierto a las reglas de los principios generales del derecho, por tanto son enunciados normativos que expresan un juicio deontológico acerca de la conducta a seguir en cierta situación o sobre otras normas del ordenamiento jurídico. Y si de juicio deontológico hablamos, no es posible alejarse de la idea de deber u obligación.

Por ello, cada uno de estos principios, constituyen un criterio que expresa un deber de conducta para los individuos, por tanto así el principio es un estándar para el resto de las normas.

El hacer cumplir los deberes del individuo es una prioridad, no constituyen una mera abstracción y por ende, en el diseño de las políticas públicas que necesariamente sustentan el establecimiento de la seguridad social, deben estar presentes, desarrollados en avance y garantizada su administración por quien tiene la obligación de hacer efectivos los derechos sustantivos y procesales³, en este caso, en materia de seguridad social, arbitrando mecanismos de protección.

La Seguridad Social, en su función protectoria, cumple un rol determinante en tanto debe neutralizar con su función, a las teorías que al explicar las causas de la desigualdad dividen a aquellos que las justifican como inevitables (por motivos socio-económicos) considerándolas naturales (darwinismo social, globalización) de los que consideran que,

³ Más adelante desarrollado, en cuanto debe cumplir con las características del derecho fondal.



como existen causas sociales, económicas y políticas que influyen decisivamente en la desigualdad, sólo puede modificarse el rumbo si esas causas se modifican.

Si se considera que la desigualdad tiene causas sociales, se hace hincapié muchas veces en la educación para modificar a corto o largo plazo la realidad social, o se considera que son causas económicas, y por tanto se proponen mejoras, que en ese sentido tienden a una mejor distribución de la renta, aumento de la productividad, mayor competitividad, etc. También se suele destacar el carácter de la desigualdad de derechos sociales, los cuales por ley, deberían ser de acceso a todos los ciudadanos de un país, pero que por diversas causas no tienen plena cobertura. Los derechos sociales cumplen con la función de asegurar igualdad de oportunidades sin importar el nivel de ingreso de un hogar. Pero si no tienen plena cobertura o la misma calidad, acentúan la desigualdad de ingreso; la desigualdad económica está relacionada con la idea de igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados, tanto en términos utilitarios como morales.

Y es en este punto es donde tallan con todo rigor las necesidades de registrar los caminos que indican la evaluación filosófica – jurídica, pues mediante el Derecho los hombres tratan de conseguir una situación de certeza y de seguridad, es decir de orden y de paz en las relaciones sociales, donde se descarten los caprichos del individuo y la irrupción fortuita de la fuerza, lo que en definitiva aspira a que la situación de reforma o cambio además de pacífica y ordenada sea justa. ⁴

Aquí es dónde están en juego, los temas principales de la filosofía del derecho. Por otra parte el desarrollo y la transformación de las circunstancias históricas y de las estructuras sociales promueven la urgencia de cambios en la ordenación jurídica, pero que no deben - a sabiendas que pueden - poner en peligro la estabilidad del orden y de la paz. Vale decir que la preocupación de conciliar un orden cierto y seguro con los requerimientos de la justicia en cualquier caso, son imprescindibles.

⁴ Luis Recasens Siches, Tratado General de Filosofía del Derecho, México Editorial Porrúa.



Por tanto, el valor de los principios o directrices siguiendo al autor referenciado, valen para todas las situaciones y los métodos deben someterse en tanto imperan para ir aplicando o adaptando las normas y sus efectos, en suma a la vigencia de aquellos. Este razonamiento, que se torna en paradigma si es seguido, ejerce un poderoso influjo sobre la formación de las leyes y sobre la práctica de los tribunales.

Por tanto cabe afirmar que en gran medida la historia del Derecho va ligada a la historia del pensamiento filosófico jurídico, tal como se evidenció en el derecho romano por la labor de los jurisconsultos⁵

Las diferentes doctrinas de filosofía social y política de los siglos XIX y XX, albergan con gran influencia la denominada estimativa jurídica; abrevada en esta lógica pareciera entonces que son la fuente que inspiró los cimientos de una seguridad social que lejos de batirse por las políticas económicas cimentó un verdadero derecho de protección.

Ahora bien, tal como lo expresa en su ensayo con cita Carlos Alberto Urteaga Regal⁶ hay que precisar de una vez, que la interrelación e importancia que podemos encontrar entre los estudios estimativos y el Derecho no se dan sólo desde la dirección filosófica, sino que, además, el sentido provechoso parte también de la compleja problemática jurídica. Así lo entiende Ascoli cuando expresa: "...aun los juristas más ciegos para la perspectiva filosófica, han reconocido que la ciencia del Derecho Positivo desemboca en la filosofía en tres momentos: con las lagunas del orden jurídico, con la interpretación de la ley y con los principios generales del Derecho."⁷

⁵ Los jurisconsultos inspiraban en el derecho romano la función interpretativa en la idea de derecho natural y *ratio legis* basada en la doctrina de que el precepto jurídico trata sr una expresión de la razón.

⁶ Filosofía y Axiología: primeras anotaciones para una justificación de la Axiología Jurídica.

⁷ Ascoli, Max. *La interpretazione delle leggi*. Roma, Athenaeum, 1928, p.10, cit. por Cossio, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Ed. Arayú, 1954, p. 30. Argumenta Miró Quesada C., que resulta imposible desvincular el mundo de los valores del Derecho. De ahí la relación de éste con la Filosofía. Es justamente el problema de la justicia, de la dignidad humana, de la hermenéutica, cuestiones que rebasan el ámbito científico. En consecuencia es muy importante que los juristas tengan formación filosófica. Cf. *Intervención del Profesor Francisco Miró Quesada en el Acto de Presentación del Libro "Derecho de*



Por tanto si las normas, desoyen los principios que informan el plexo de derechos, no caben dudas de que la resolución positiva esté alejándose de la estimativa que necesariamente debe propender a su cumplimiento.

3. FINANCIAMIENTO Y PROTECCIÓN

Financiamiento y Protección. Los países con mayores desigualdades económicas son quienes tienen mayores problemas de salud mental y drogas, menores niveles salud física y menor esperanza de vida, peores rendimientos académicos, y mayores índices de embarazos juveniles no deseados. En esos casos también se comprobó que no es el nivel de renta sino la desigualdad económica el factor explicativo principal. Por lo que los autores de dicho estudio concluyen que entre los países más desarrollados, los más igualitarios obtienen un mejor comportamiento en una serie amplia de índices de bienestar social.⁸

La discusión economicista pura de fondo sigue siendo si tanto en épocas de crecimiento como de crisis es mejor repartir (propuesta keynesiana: más igualdad = más crecimiento) que esperar a que sea más grande el ingreso para repartir (propuesta clásica de los defensores del libre mercado: menos costos=más crecimiento).

Como ya se expresó, para muchos autores la teoría económica demuestra que es la desigualdad social (desigual en la distribución de la renta) la que conduce a las crisis; lejos se está entonces de arribar a soluciones que se enmarquen en respuestas meramente financieras si no se compatibilizan con el bienestar de las personas, dado que los métodos tradicionales de la modernidad conocida no se adecuan a las nuevas tecnologías que posicionan al empleo en un lugar más distante de ser la fuente de los recursos; por tanto si a esta incontestable realidad se la alía cada vez más con el alejamiento de la directriz *ius*

las Personas” del Profesor Carlos Fernández Sessarego. En Estudios Jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber Pezet. Lima-Perú, Ed. Cultural Cuzco, S. A., 1988, p. 418.

⁸ Wilkinson y Pickett[1. Wilkinson, R y Pickett, K. (2009), “Desigualdad. Un análisis de la (in)felicidad colectiva”. Turner, Madrid.



filosófica, difícilmente se hallen respuestas que acerquen solución a la protección cuando es necesaria.

Es cierto, según lo expresa Recasens Siches, que desde fines del siglo XX, la producción de la filosofía jurídica en épocas de conquistas técnicas de primera magnitud, solo han ocupado un espacio académico y han influido relativamente poco en la evolución real del derecho positivo. Y frente a las reformas que en materia de seguridad social se tornan regresivas en materia de la estabilidad de los derechos podemos adicionar que si se retrogradan o anulan derechos, teniendo en cuenta el sujeto vulnerable que es a quién van dirigidas rompen con la estructura en la que el jurista puede y debe colaborar.

4. EL ROL DEL JURISTA

El Rol del Jurista. La obra de los juristas ha actuado muchísimas veces como importantísimo factor en el progreso jurídico, haciendo mucho para adecuar el resultado de su tarea a las exigencias de la justicia. Existe por tanto una diferencia entre la tarea del Jurista en sentido estricto y la función de orientar la legislación y la reforma del derecho positivo. En este aspecto hallamos una de las limitaciones de la función estricta del jurista, en tanto que jurista y nada más que como jurista, porque quién sea jurista puede y debe ser algo más, es decir, puede y debe plantearse la crítica de las normas vigentes y meditar sobre las directrices para su reelaboración progresiva, pero cuando esto sucede no se ejerce propiamente como jurista sino como orientador de la legislación futura, en tanto no le es lícito sustituir la norma vigente por un criterio suyo personal, por superior que éste pueda ser.

Esto no impide que su labor esté al estricto servicio del derecho positivo vigente, y que más allá de su oficio medite sobre las fallas de las reglas en vigor y señale las reformas que son de debida y oportuna introducción en los preceptos vigentes, o dicho en otras



palabras independientemente de la profesión jurídica en sentido estricto, orientar las futuras normas, que contengan las directrices y principios que lo informan. Por tanto nadie está en mejores condiciones que éste para llevarlo a cabo porque el jurista es quién posee más amplio y profundo conocimiento de los defectos del derecho positivo, y puede orientar con mayor y más certera capacidad que cualquiera otra gente sobre las reformas que convengan introducir en el derecho vigente.

5. REFORMAS

En materia de Protección (objeto puro de la Seguridad Social) Reformar no debe implicar Resignar Derechos. Las políticas de Seguridad Social, deben así nutrirse de la labor del jurista que arbitre la vigencia de la protección, diferenciando las crisis financieras de la crisis de los principios, en tanto su confusión modificaría terminantemente su función.

A modo de ejemplo, tal como lo expresara Alfredo Montoya Melgar⁹ hablar de las reformas de la seguridad social, es tanto como trazar la historia de esta, partiendo del gran hito que fue la sustitución de los seguros sociales (primero regidos por el principio de libertad subsidiada, luego obligatorios, por el auténtico Sistema de Seguridad Social; así procede recordar en España como la ley base de 1963 anunciaba un nuevo modelo de Solidaridad Nacional presidido por unas directrices centrales: la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de las entidades gestoras, la supresión del ánimo de lucro en la gestión, la conjunta consideración de las situaciones y contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero y la acentuación de la participación del Estado en la financiación del sistema. Articulada la ley de bases en 1966, el llamado

⁹ Prólogo “La Reforma de la Seguridad Social” (El acuerdo del 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo) Editorial Bonarzo.



dinamismo de la Seguridad Social no tardó en exigir la readaptación de la ley a las nuevas exigencias, y así se sucedieron la ley 24/1972 de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción protectora del régimen General de la Seguridad Social, ley que conjuntamente con el texto articulado de 1966 y otras disposiciones de rango legal, fueron objeto de una refundición plasmada en el texto aprobado por el D.2065/1974. Y en vísperas de la aprobación de la constitución el DL 36/1978 sobre Gestión institucional de la Seguridad Social, generándose una profunda reforma de las estructuras gestoras con una gran simplificación y racionalización se eliminaron y crearon entes lo que desembocó en el erigimiento de la Tesorería General en caja única del sistema.

Si bien han sido intensas y en algunos casos polémicas, al decir del citado autor, las reformas de los años 80 marcadas por graves incertidumbres sobre la viabilidad financiera del Sistema, cuya salud financiera se presentaba amenazada por el incremento de los costos por el envejecimiento tardío, el desempleo, la disminución de la natalidad y el encarecimiento de las prestaciones sanitaria se ha debido acorralar el problema; Y aunque no se llegó a la reforma en forma consensuada, la ley 26/1985 reforzó el carácter contributivo, ampliando el período de cotización y los años computables para el cálculo de la base de las pensiones, lo que se complementa con la Creación del sistema Nacional de Salud de 1986 y de los planes y fondos de Pensiones en 1987. No fue menor la ley de presupuestos para 1989 que promovió la separación de las fuentes de financiación de la Seguridad Social siguiendo un criterio finalista, distinguiendo entre prestaciones contributivas financiadas mediante impuestos.

Lamentablemente todas estas reformas no alcanzaron para que en la década del 90 los graves problemas económicos y de empleo hicieran causa para que en 1992 los partidos parlamentarios tuvieran que plantearse la necesidad de una reforma profunda que disipara los temores de quiebre del sistema de protección, así al tiempo que se preparaba un texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en 1994, la que fue precedida de varias



normas importantes como lo fueron las leyes de prestaciones no contributivas de 1990, las medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección frente al desempleo de 1992 y la de protección frente al desempleo de 1993, coronándose con la adopción del llamado Pacto de Toledo, acuerdo político celebrado en abril de 1995, el que sin límite temporal fue renovado en octubre de 2003 con los objetivos básicos de consolidar el modelo básico de Seguridad Social, aunque introduciendo reformas graduales sobre todo en materia de pensiones; confirmar la validez del régimen de reparto sobre el de capitalización, la profundización en la diferenciación de las fuentes financieras, con acercamiento de las cotizaciones a la base real de la remuneración y acentuado el control de las prestaciones.¹⁰

Fue un pacto político, que pudo ser concretado a partir de la suscripción del Pacto Social suscripto por el gobierno español y los sindicatos del 9 de octubre de 1996, lo que motivó que las legislaciones ulteriores, especialmente la importante ley 24 de 1997 de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, que dio lugar a la modificación de la ley general de 1994, que modificó la ley General de Seguridad Social de 1994, diera cuenta de lo que se ha dado en llamar “una verdadera legislación negociada”.

Los acuerdos suscriptos por el gobierno Español y los sindicatos en noviembre de 1998 referidos a la revalorización de las pensiones mínimas, por ejemplo, fueron en su momento fruto del diálogo social y consecuencia del Pacto de Toledo, renovado.

Aunque menos crítica, que la situación que se planteó en los principios de los años noventa, el llamado Acuerdo de 2006, reeditó la necesidad de valorizar alternativas que anunciaron los problemas derivados de la reducción del número de aportantes y del aumento de la cantidad de beneficiarios y del monto de las prestaciones que no podían

¹⁰ Se ejercieron estrictos controles especialmente sobre las prestaciones en general, pero en particular sobre las de incapacidad temporal, en las que se detectaban abusos o irregularidades en el otorgamiento de las mismas.



alcanzar la subsistencia de los beneficiarios. Así con el antecedente del magno acuerdo¹¹ se resalta la necesidad de plantear alternativas ante un horizonte conocido, tales como adecuar los ingresos y gastos del sistema con un refuerzo en la contributividad; mejoramiento de la acción protectora no contributiva, mayor proporcionalidad, incapacidad permanente, muerte y supervivencia e incapacidad temporal, incentivos a la prolongación de la vida laboral, actualización de la jubilación parcial y en definitiva racionalización y simplificación de la estructura del sistema de Seguridad Social, particularmente a lo que se refiere a algunos regímenes especiales, pero sin poner en verdadera crisis a los principios basales.

Señalándose así, objetivos continuistas, consecuencia de que los problemas de la sustentabilidad de los sistemas de seguridad social con mayor o menor gravedad en el fondo obedecen a las mismas causas, suelen repetirse, y no por ello obligan a naturalizar la crisis de los principios lo que irremediablemente conlleva entonces a la pauperización de la protección.

En un primer momento, se hablaba sobre la crisis del mercado financiero, después sobre la crisis bancaria, y cómo especialmente se transformaba rápidamente en crisis internacional por la caída de Lehman Brothers de EEUU, después se comenzó a hablar de la crisis del euro y posteriormente de la crisis de los endeudamientos nacionales; en definitiva las crisis económicas han puesto en jaque a los sistemas de protección social, vislumbrándose necesaria la consolidación de un cambio de paradigma, que permita la necesaria sustentabilidad .

Ese cambio constante, también en parte por la descripción que se ha estado haciendo de los motivos de cada una de las sucesivas situaciones que se presentan como causales de

¹¹ Pacto de Toledo: aprobación por el pleno del Congreso de los Diputados de España, durante la sesión del 6 de abril de 1995, del documento previamente aprobado por la Comisión de Presupuestos el 30 de marzo de 1995, referente al «análisis de los problemas estructurales del sistema de seguridad social y de las principales reformas que deberán acometerse.



las crisis, están teniendo consecuencias y reacciones constantes y sucesivas para la toma de decisiones políticas que se están utilizando y están sirviendo como justificación para llevar a cabo reformas de cariz ideológicas, entre otros.

En los objetivos que se previeron en un principio respecto de lo que hoy se conoce como Estado de Bienestar, a través de los seguros sociales, y de la seguridad social después, se pretendía asegurar o proteger en su inicio a determinados grupos de la población, más ahora a toda la población, contra determinados riesgos típicos como la enfermedad, accidentes, invalidez, vejez, la familia y el desempleo, y así sacar a los trabajadores de la población pobre. Esta ha sido probablemente la aportación más importante de Europa al desarrollo de la sociedad industrial moderna. Fue el resultado de la sociedad industrial capitalista y del paso a una política de masas, que transformó de raíz el carácter de la sociedad europea y obligó a buscar nuevos caminos de integración de la sociedad en su conjunto. El camino hacia lo que se conoce como “Estado de bienestar” y “modelo social europeo” se abrió camino en la sociedad europea,¹² lo que fue receptado también en estructuras de cobertura en América Latina. Podría decirse que las sociedades han ido cambiando hacia formas distintas de convivencia y estructuras sociales diferentes, pero los riesgos a los que las personas en términos generales a lo largo de su ciclo vital se tienen que enfrentar, no son tan diferentes a lo largo del tiempo, aunque se vayan transformado de forma importante pero no tan radical.

Conviene precisar a este respecto que, a lo largo de todas las crisis, y por cuantiosa que haya podido ser la pérdida de empleo de los hombres, la tasa de desempleo de las mujeres siempre ha sido más alta que la de ellos, aunque también es verdad que ambas tasas de desempleo han ido convergiendo, pues al inicio de las crisis, la tasa de desempleo femenina era más alta que la masculina, mientras que en la actualidad la diferencia entre

¹² Fidel Ferreras Alonso Colaborador del Instituto Max Planck-Munich ¿Quién pone los límites al sistema público de pensiones y al estado de bienestar?



ambas disminuye. La razón de esta convergencia no es, en vista de los datos, la mejora en el empleo de las mujeres, sino el puro empeoramiento en el empleo de los hombres, que ha producido una especie de nivelación a la baja de las situaciones de desempleo de ambos¹³ y una imagen claramente falsa de haber avanzado durante la crisis en igualdad de género.

De este modo la participación del jurista es trascendental, pues debe garantizar en el proceso de consolidación normativa la validación de los principios, manteniéndolos incólumes, recayendo así en su justificación la validación de los procesos que se reforman para sobrevivir.

En materia de reformas los estudios comparativos sobre las medidas adoptadas o proyectadas no informan necesariamente sobre el éxito esperado en oportunidad de las particulares situaciones temporales que pueden impactar. Es importante por ello tener en cuenta la diversidad regional de los sistemas de Seguridad Social.

Si revisamos los modelos veremos que para la Solución en la Unión Europea se promueve e implementa el aplazo en el pago de Prestaciones. Sobre las Políticas Proactivas se prioriza preponderantemente prevenir el riesgo social (desempleo, incapacidad laboral); cuando se dificulta pagar prestaciones, aparece el aumento de la edad o tiempo de servicios, el desincentivo a la Jubilación, fortaleciendo los incentivos económicos para permanecer en actividad.

En Iberoamérica ha sido Generalizada la tendencia a la privatización de los sistemas, con reducción en las cotizaciones empresariales y hay reformas administrativas y de gestión: introducción de nuevos gestores nacionales y extranjeros, ruptura de la solidaridad horizontal y vertical con valorización del individualismo, en suma con estrategias de autofinanciamiento.

¹³ Gálvez y Torres, 2010 102. El trabajo no remunerado en la economía global. www.icpc.cat7archivos/cip/digital



A pesar de la convivencia de la seguridad social con el concepto reformas, existen distintos tipos y grados de procesos de reforma: Procesos de Reforma –Refundación: refieren modificaciones a los programas de cobertura, no buscan mejorar el existente, sino que diseñan otro que determina un punto de inflexión impuestos a la mayoría de las veces por relaciones de poder.

Con prototipo inicial en Chile, por Ej. Argentina y Uruguay tomaron el modelo pero le introdujeron importantes quiebres principalmente en el rol del Estado como proveedor de cobertura previsional y el espacio para la actuación de los agentes privados, a administradores de Fondos de los Regímenes de Capitalización¹⁴.

Los Procesos de Reforma Adecuación, entendidos como procesos de menor envergadura, permiten con normas no estructurales el funcionamiento del sistema; introducen ajustes sin discutir los fundamentos del sistema. Ontológicamente son similares los de 1º y 2º grado en cuando no discuten las bases del sistema vigente, el sistema que pretender adecuar o ajustar como resultante de un proceso de refundación.

No se puede desconocer tampoco, el rol de los Organismos Internacionales, que ante los Planteos Reformistas han estado ligados con las posiciones que sobre el particular dichos organismos internacionales plantean.

Enorme trascendencia ha tenido Banco Mundial en tanto ha sido la guía de los diferentes organismos multilaterales de crédito, incluido el Banco Interamericano de Desarrollo. Por su parte la Organización Internacional del Trabajo, OIT recomienda considerar la posibilidad de generar una nueva definición de la responsabilidad en materia de protección social, que reduzca progresivamente el papel del Estado con aliento a los trabajadores y sus empleadores a completar sus aportaciones. La CEPAL tiene una

¹⁴ El sistema Chileno, ante la insuficiente cobertura del sistema puro de capitalización debió adecuarse incorporando una prestación de cobertura universal, financiada por el Estado.



trayectoria atendiendo la Equidad y Solvencia Financiera y tender a Programas de Carácter Mixto.

Los principios de seguridad social se han desarrollado por más de un siglo, principalmente a través de la labor de la Organización Internacional del Trabajo, y rigieron en el mundo y en América Latina sin ningún reto importante hasta el decenio de 1980.

Las reformas estructurales de los sistemas de jubilaciones y pensiones en la región, iniciadas en Chile y que a fines de 2003 se habían extendido a doce países, han modificado los principios convencionales y desarrollado otros propios basados en el nuevo paradigma. A fines de 2002, 56 millones de trabajadores (un tercio de la fuerza laboral en la región); estaban afiliados en los nuevos sistemas de previsión.

Los europeos, han seguido lineamientos diferentes, que se advierten a poco de analizar la corriente estructural que se encuentra en los mismos. Y ya sobre nuestros días asistimos a nuevos procesos,¹⁵ que aunque se presentan como meras adecuaciones de tercer grado producen reformas que alcanzan a los principios y por tanto al orden positivo de su vigencia.

6. EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y LA SEGURIDAD SOCIAL

El principio de Progresividad y la Seguridad Social. Progresivo significa, “que avanza o aumenta gradualmente”. En materia de derechos humanos nos referimos a que una vez que el ciudadano los ha adquirido, no se pueden disminuir y no puede haber un retroceso en el contenido de los mismos. El principio de progresividad constituye el compromiso de los Estados para 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.

¹⁵ Reforma ley 27426 publicada en el BO en diciembre 28 de 2017.



Por tanto, como principio, no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

Por ello, es debido progresar e impulsar los mecanismos necesarios para proteger los derechos humanos, en donde no solo el principio de progresividad se aplique a los derechos civiles y políticos, sino que deben considerarse a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, señalados en diversos artículos constitucionales de todos los países los que hacen efectiva la consagración de los derechos humanos.

Algunos países y Organismos lo consagran como Argentina en el Art. 75. Inciso 19 en la llamada Cláusula de Progreso con Justicia Social. En Ecuador, Expresamente Declarado en el Art. 11.8 consagrando la Progresividad de los Derechos declarando Inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos; para Naciones Unidas, el derecho al Desarrollo es un Derecho humano Inalienable . En Colombia, el principio de progresividad es un desarrollo del principio de favorabilidad, de donde la diferencia radica en que el primero impide la expedición de leyes regresivas, mientras que el segundo, morigerar el efecto de leyes existentes, ambiguas y confusas, pero confluyendo los dos principios cuando se está frente a regímenes de transición y leyes derogadas más favorables. En efecto, en varias decisiones en materia de beneficios previsionales y de seguridad social en general, la Corte Constitucional, recurriendo al principio de progresividad se ha apartado de los mandatos legales y ha optado por aplicar regímenes anteriores más favorables, así estos hubiesen sido derogados. El acogimiento de este principio se surtió inicialmente por vía de la acción de tutela (T-1291 de 2005, T-221 de 2006) y ha permitido afirmar por ejemplo



que: “La regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad”. Luego mediante control abstracto de constitucionalidad (C-248 de 2009) la Corte erradicó aquellas previsiones normativas consideradas regresivas, sosteniendo que para “promover la cultura de la afiliación y evitar el fraude existen otras alternativas de tipo administrativo que serían menos lesivas que obstaculizar el derecho de acceso a la pensión de jubilación por invalidez a cierto grupo de personas”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “El desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos sociales y culturales sobre el conjunto de la población teniendo presente los imperativos de la equidad social” Es decir, que los indicadores de progreso tienen que incorporar los avances en la realización de los derechos y no considerar los adelantos o retrocesos en términos de desarrollo económico o social, por lo que se debe diferenciar entre progreso económico y social y cumplimiento de los derechos ya alcanzados, por lo que podríamos afirmar “nunca menos en derecho”. Así resulta que algunas veces en mayor medida u otras en menor proporción, pero siempre en una dosis importante es el jurista, abogado o juez, o tratadista científico del derecho positivo quién debe cumplir funciones valoradoras, realizando estimaciones que validen el proceso reformador a la luz de los principios.

7. POSITIVISMO Y JUSTICIA

Esto significa que el jurista cuándo analiza la legalidad positiva debe estar en contacto con la idea de la justicia bien que sea en un contacto limitado o indirecto.

Eso debe ser así porque el derecho positivo a su vez se propone servir a las exigencias de la justicia y el derecho positivo formulado en la ley , los reglamentos y otras



fuentes explícitas no constituyen la totalidad del orden jurídico positivo ya que la actividad jurisdiccional es una pieza integrante de ese orden. Una pieza fundamental porque sin los jueces y sin las autoridades administrativas no cabría la posibilidad de un orden jurídico.

Siguiendo a los autores italianos¹⁶ cuando afirman que “El viejo paradigma científico de la dogmática jurídica y de la autonomía del derecho que en el siglo pasado había soportado el impacto de la codificación, no pudo, en definitiva, con el de la Constitución que, justamente por sus exigentes parámetros axiológicos de validez se coloca en permanente tensión y en virtual antinomia con todo el derecho vigente”, podemos afirmar que desde el plano metodológico, el fenómeno de la cultura jurídica prioriza a partir de los sesenta y setenta el “descubrimiento” de la Constitución; justamente por su ajenidad al viejo ordenamiento y por su colocación en el vértice de las fuentes, la Constitución rompe, de hecho, la unidad, la coherencia y la plenitud del sistema jurídico, que constituían los dogmas meta teóricos del viejo ius positivismo.

Se forma así, a partir de esta crisis de los viejos modelos, una generación de nuevos juristas, que comparte una reformulación general en clave constitucional de los métodos,

¹⁶ Véanse los Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, publicados anualmente desde 1972 bajo la dirección de Paolo Grossi y la correspondiente recopilación monográfica. Si bien, el fenómeno más novedoso e interesante, en cuanto síntoma de una inquietud metodológico y de una exigencia de revisión crítica de los paradigmas recibidos de la tradición, lo constituye sin duda la vocación historiográfica de los juristas positivistas desde los años sesenta. Cabe recordar, entre las investigaciones históricas, realizadas por juristas en sus campos disciplinares, las de Massimo Severo Giannini y Sabino Cassese en el derecho administrativo, la de Guido Neppi Modona sobre las cárceles y la magistratura, la de Stefano Rodotà sobre la propiedad privada, la de Natarlino Irti y Cesare Salvi sobre metodología de las disciplinas privatistas, la de Francesco Galgano en derecho mercantil, la de Umberto Romagnoli en derecho sindical, la de Michele Taruffo, Nicola Picardi y Francesco Cipriani sobre la justicia civil, la de Franco Cordero y Massimo Nobili sobre el proceso penal, la de Enzo Cheli, Mario Dogliani y Umberto Allegretti en derecho constitucional; si contar con las cuidadosas reconstrucciones analíticas de diferentes dispositivos institucionales y culturales que, cada vez con mayor frecuencia, aparecen insertas en estudios de carácter dogmático. Por otra parte, también dentro de la disciplina madre de la historiografía jurídica —la romanista— se produce una profunda renovación metodológica, abandonando definitivamente el viejo enfoque pandectístico y “actualizante” del estudio del derecho romano y se orienta, gracias a estudiosos como Ricardo Orestano, Giovanni Pugliese, Luigi Labruna, Mario Bretone, Eva Cantarella y Aldo Schiavone, hacia la investigación sobre los desarrollos jurisprudenciales de la experiencia jurídica, así como a sus nexos con la economía, con los modos de producción y con la vida social y política en las diferentes épocas de la historia romana.



categorías y problemas de la ciencia jurídica, y una apertura programática a las temáticas del conflicto social”.¹⁷

En tanto nos es sumamente cercano, que en materia de derechos humanos, aquellos derechos inherentes a la persona humana, sean fundamentales, precisamente, en tanto son esenciales al ser humano, y son propios de la dignidad humana, también son fundamentales en tanto son recogidos o proclamados en las normas jurídicas de mayor jerarquía tanto del ordenamiento jurídico nacional (Constitución) como del orden jurídico internacional (pactos, declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos). Por ello, deben estar jurídicamente supra ordenados al legislador ordinario, a las autoridades administrativas y a los operadores jurídicos en general¹⁸, de este modo cuentan con los instrumentos que permiten su verdadera realización.

Esta función suele ser realizada algunas veces espontáneamente por los sujetos llamados a cumplir las normas jurídicas, pero siempre y donde quiera que surja alguna duda esta función es la encomendada a los juristas. Como asesores, bien en función de órgano jurisdiccional cuando se plantee oficialmente una duda o un conflicto; esclarecida la razón, el paralelismo y armonía que se dé entre la intención de las normas formuladas y la actividad del juez, inspirada en el deseo de hallar la solución justa, las reglas jurídicas positivas tienen la intención de expresar las exigencias o requerimientos de la justicia y de otros valores con ella conectados, respecto de un determinado tipo de situación social, de un lugar y de una época.

Este propósito cabe que se logre en mayor o menos medida de modo más o menos satisfactorio o que fracase, pero salvo en este último caso es decir salvo cuando ese propósito de justicia se haya frustrado habrá una concordancia, una armonía entre la

¹⁷Biblioteca Jurídica Virtual Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM “La crisis del paradigma de la autonomía del derecho en los años sesenta y setenta”.

¹⁸ De Valdés Ré, Fernando, Los derechos fundamentales de la persona del trabajador, en rev. Der. Lab., Montevideo 2003, XLVI núm. 212.



intención animadora del derecho positivo formulado y la intención animadora del jurista, pues debe ser ¹⁹ lo mismo el ordenamiento formulado o que el juez desee hallar la solución justa para los problemas, tratando de aportar para la convivencia y la cooperación social, donde el derecho cumple una elemental función en tanto es quien debe suministrar certeza y seguridad y justificar Cambio Progresivo²⁰

En este orden de ideas es dable seguir las enseñanzas del precitado autor, cuando valoriza a la seguridad, en tanto es más que un deseo, es un tributo a la certeza, dónde las personas se refugian para saber qué les pasará, o como vivirán.

En tal sentido manifiesta que el hombre no solo experimenta el dolor de la inseguridad frente a la naturaleza, necesita saber a qué atenerse respecto a las acciones de los demás, y saber lo que le puede ocurrir o saber si algo ocurrirá necesariamente. No solo certeza teórica, sino también Certeza práctica, que es ni más ni menos que seguridad; es decir saber que si la ausencia de certeza conlleva decrecimiento de derechos, los que se le impondrán por la fuerza, precisa e inexorablemente por el poder, será imprescindible también que tenga herramientas para procesar su revisión y lograr en su caso la reinstalación. El Derecho no es puro dictamen, ni mera máxima, sino norma cierta y de cumplimiento seguro (de imposición inexorable) norma garantizada por el máximo poder social, que es el Estado. Por ello surge el derecho. Esta es su motivación primaria, a cuyo imperio no se podrá escapar, y es al conjuro de tal necesidad de seguridad, de garantía irrefragable.

Pero certeza y seguridad no bastan, pues la certeza y seguridad deben darse en normas justas, aunque ambas constituyen el sentido formal de la función del Derecho.

¹⁹Recasen Siches, Tratado General de Filosofía del Derecho, México Editorial Porrúa.

²⁰ Recasen Siches, Tratado General de Filosofía del Derecho, México Editorial Porrúa.



Las conductas que, como comportamientos, cumplen los hombres, realizan lo que GOLDSCHMIDT²¹ llama un “reparto”.

Todo reparto es promovido por hombres, y consiste en adjudicar “potencia” e “impotencia”. La potencia significa un beneficio para quien la recibe; la impotencia significa un perjuicio o una carga. Las conductas de reparto forman un orden de repartos. Por un lado, verticalmente, los repartidores supremos —que son siempre hombres (“los que mandan”, dice GOLDSCHMIDT) articulan los criterios rectores del reparto que componen un plan de gobierno. Por otro lado, funciona la ejemplaridad de los repartos: los repartos que se reputan ejemplares son imitados a través del seguimiento; un reparto “modelo” suscita reiteración en otros repartos semejantes en situaciones análogas. Los repartos que no son tenidos como ejemplares, están fuera del orden de repartos, o sea, constituyen lo ilícito dentro de ese régimen. El reparto es siempre llevado a cabo por hombres, a quienes denominamos repartidores. En cambio, los beneficiarios que reciben potencia o impotencia en el reparto pueden ser también —según GOLDSCHMIDT— animales o cosas (3); pero, por supuesto, los beneficiarios fundamentales son, asimismo, los hombres. Lo que se reparte (objeto del reparto) es siempre potencia e impotencia, que no debemos confundir con los objetos materiales sobre los cuales se ejerce la potencia o la impotencia. El reparto presenta dos categorías o clases. Un reparto es “autoritario” cuando su autor lo lleva a cabo sin preocuparse del consentimiento de los beneficiarios. Un reparto es “autónomo” cuando se realiza mediante el acuerdo de sus protagonistas; tal acuerdo no exige un encuentro positivo de declaraciones de voluntad, sino únicamente una coexistencia de conductas coincidentes. Ninguno de ambos repartos es de por sí injusto; la injusticia o la justicia dependen del reparto en sí mismo, sea ese reparto autoritario o autónomo; lo que ocurre es que en el reparto autónomo los repartidores están justificados,

²¹ Goldschmidt Werner III edición de la Introducción al Derecho (La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes), (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967).



porque precisamente el acuerdo entre ellos hace que actúen justamente como repartidores, en tanto en el reparto autoritario es menester justificar al repartidor, con prescindencia del contenido del reparto. El orden de repartos, pertenece a la realidad social, y tiene naturaleza temporal. El orden de repartos ha sido (pasado), es (presente), o será (futuro). A tal realidad temporal se la suele llamar positividad, y por eso es derecho positivo.

Todo reparto autoritario u ordenancista contiene un deber ser real, o sea, un deber ser que “es”. El repartidor que manda pagar una deuda o un impuesto, crea un deber ser real; tal deber ser real se produce por el mero hecho de que el repartidor pide algo a alguien, convirtiendo a ese “algo” como debido. Y el orden de normas, se compenetra con él. El ordenamiento normativo por ello, se compone de normas, así como el orden de repartos se compone de repartos. GOLDSCHMIDT elabora su teoría de la norma en forma clara y persuasiva. La norma es la captación lógica de un reparto por parte de un tercero neutral. La norma describe el reparto, es decir, la voluntad del autor del reparto, por lo cual decimos que el ordenamiento normativo posee una función descriptiva, que representa la voluntad de quien la emite y luego la impone, es una descripción del cumplimiento de esa voluntad, o sea, una descripción anticipada a modo de pronóstico. Cuando, en lo referente a este aspecto, la norma describe fielmente la voluntad de su autor, estamos frente a una norma fiel; es decir, reproduce literalmente lo que quiso ese autor; de lo contrario, la norma es infiel, y ello puede ocurrir si la norma expresa más de lo que quiso el autor, como si expresa menos. En orden al segundo aspecto, la norma es exacta en caso de eficacia, es decir, cuando asegura el cumplimiento de la voluntad del autor. Pero además de la captación lógica que en forma normativa hacen los terceros de un reparto, hay otra captación lógica efectuada, no por terceros ajenos (reales o imaginarios) sino por los protagonistas del reparto. Esta captación lógica es el imperativo, que sólo se encuentra en el reparto autoritario ordenancista. En efecto, como enseña GOLDSCHMIDT, el deber ser real de un reparto de este tipo es captado lógicamente por sus protagonistas (autores y destinatarios,



repartidores y beneficiarios) como deber ser lógico, con lo que el deber ser lógico no se da en la norma, sino en el imperativo.

Pero luego cobra esencia, el VALOR JUSTICIA y, así como hemos hablado de un deber ser real en el reparto, y de un deber ser lógico en el imperativo, el maestro habla del deber ser dikelógico, propio del valor. La justicia, como todo valor, posee intrínsecamente un deber ser ideal, propio de su valencia. El valor vale, y vale aunque no esté realizado. La no realización, o la realización humanas del valor en nada afectan —ni en menos ni en más— la valencia íntima del valor.

Pero el valor no realizado nos permite deducir del deber ser ideal un deber ser actual: es el deber ser actual de que la injusticia cese; y de él, a su vez, surge un deber actuar para que, siendo posible la realización del valor, se realice; o, lo que es lo mismo, un deber de actuar para que la injusticia cese efectivamente.

Cada vez que es hacedero abolir la injusticia, el deber actuar acompaña al deber ser actual. He aquí la gran faena del mundo jurídico: realizar el valor justicia a través del orden de repartos.

El valor justicia es absoluto, y en su función abarca todos los repartos aunque humanamente es imposible el cumplimiento de esa función abarcativa: los hombres realizamos la justicia de modo fraccionado. Las causas del fraccionamiento provienen de obstáculos por ello, en los tres despliegues del valor justicia, GOLDSCHMIDT añade al ya señalado de la valencia de la justicia, la valoración y la orientación. El valor vale, el valor valora, y el valor orienta. La justicia sirve para valorar; lo valorado se llama material estimativo. La justicia también orienta. En el orden del conocimiento (gno-seológico), primero valoramos y después componemos los criterios de valor; en el orden del ser (ontológico) los criterios de valor son anteriores a las valoraciones, de forma que con las valoraciones tan sólo “descubrimos” los criterios de valor. Por fin GOLDSCHMIDT elabora una axiología dikelógica, que contempla la estructura formal de la justicia, y una axiosofía



dikológica, que enfoca su contenido, marcando con su Teoría Trialista, un camino reconocible.

Tal como lo expresa Recasens Siches, en cuanto al fundamento de validez jurídica, todo derecho, concebido en su versión de derecho consuetudinario, legislado o jurisprudencial, institucional o judicial, deriva de la voluntad del Estado; esa fuente o razón unitaria formal del derecho positivo del que deriva la voluntad del Estado, en lenguaje jurídico no es ninguna realidad psicológica, ya que el Estado no es un sujeto real que tenga conciencia ni voluntad en el sentido propio. Es sencillamente un caso donde la ley general de imputación normativa realizada por legisladores, funcionarios administrativos o judiciales, de los tribunales, etc, pero que no son atribuidos a título personal a dichas personas individuales sino a un sujeto ideal que es el Estado, que constituye y significa la personificación total y unitaria de todas las normas jurídicas.

El Estado, o lo que es lo mismo su voluntad, consiste en un punto central y común de imputación que constituye la unidad del ordenamiento jurídico. Y aún en las tesis más alejadas del positivismo Kelseniano extremo²², no caben dudas de que la manifestación del Estado es su derecho positivo, como “ordenamiento constituyente y como ordenamiento constituido”²³ como expresión misma de las políticas que implementa a partir del desarrollo concordado de directrices políticas y económicas, nunca divorciadas entre sí, todo lo contrario aunadas en el logro de un rumbo global.

El hombre necesita, en tanto es individuo, garantías de libertad, de holgura, seguridad y como miembro de la sociedad, en colectivo necesita de la solidaridad, la ayuda; entre esos múltiples quehaceres individuales y sociales que se plantean los hombres, hay algunos que son reputados como más urgentes, necesarios e, indispensables; la conducta

²² Goldschmidt Werner III edición de la Introducción al Derecho (La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes), (Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967) y de La Ciencia de la Justicia (Ed. Aguilar, Madrid, 1958).

²³ Conceptualización de Luis Recasens Siches, Tratado General de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa.



relativa a estos derechos, es la que más interesa establecer de modo cierto , y para asegurarlo de manera efectiva, es imprescindible hacerla CONTENIDO DEL DERECHO.

8. LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL

En atención a lo hasta aquí expresado, la ley, su interpretación, su aplicación ya administrativa o judicial, si no contiene derechos y su certeza de vigencia mediante la aplicación directa o su adecuación al marco constitucional, debe ser en cumplimiento de los principios que informan el derecho ajustada , corregida y suministrada dentro del marco local. Y si, aún en dicho cuadro de situación que se advierte desde esta postura imprescindible, no fuera cumplido, existen otros procedimientos de control nutridos por la consagración de los derechos fundamentales.

Existen seis mecanismos no contenciosos. Los tres primeros son del sistema interamericano. Se trata de una facultad de verificación del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Parte. Artículo 43 Convención Americana de DH: Sobre los derechos consagrados en la CADH Artículo 42 Convención Americana de DH: Sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales Artículo 19 Protocolo de San Salvador: Sobre los derechos consagrados en dicho protocolo. Para la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer; para prevenir y sancionar la tortura; para eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (en tratados Universales).

Este marco de solución no es ilusorio, aunque claramente violatorio del Principio de Inmediatez. Así se advierte con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú.

El 4 de diciembre de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Perú, la cual se originó en la denuncia N° 12.034, recibida en la Secretaría de la Comisión el 1 de febrero de 1998. La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 51 de la Convención Americana, con



el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 25 (Protección Judicial) y 26 (Desarrollo Progresivo) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, debido a la modificación en el régimen de pensiones. Además, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que derogara y cesara, de manera retroactiva, los efectos del artículo 5 del Decreto-Ley Nº 25792 de 23 de octubre de 1992. (Modificación del régimen de otorgamiento de las Pensiones) Finalmente, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que investigara los hechos, estableciera las responsabilidades por la violación a los derechos humanos cometida en el caso, y condenara al Estado a pagar las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante el Sistema Interamericano, además de la restitución de las pensiones.

Así, y tal como lo expresa Luis R. Herrero²⁴, con cita de Morello²⁵ quién destacó la notable interpretación en la dimensión social y tuteladora propias del denominado Modelo de la Justicia de Protección o Acompañamiento encaminada a lograr un eficaz y concreto reconocimiento del interés superior del niño, a que se refiere el art. 3º de la Convención de Nueva York de 1989, incorporado a nuestra Constitución de 1994 (art. 75 inc. 22)”²² la Jurisdicción proteccional o de acompañamiento en las Pretensiones alimentarias o prestacionales, es de vital importancia y se debe adjudicar al derecho procesal las características del derecho fondal, a fin de garantizar la realización superior de los derechos amparados.

CONCLUSIÓN

²⁴ Ápices procesales inconstitucionales del proceso previsional actual <http://www.rjyp.com.ar>

²⁵ Augusto Mario Morello, *El proceso justo*, Ed. Librería Editora Platense S.R.L., 1994, pág. 577; Roberto O. Berizonce, *Tipos de proceso en los proyectos de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, J.A. 5938 del 21/06/95 pág. 4; Adolfo A. Rivas, *Pautas para el nuevo amparo constitucional*, E.D. 163-704).



Tomando como motivación el título del presente trabajo, se ha pretendido analizar si frente a los procesos de reforma de los sistemas de seguridad social, los Principios rectores que informan la disciplina han ingresado en una crisis de tipo terminal frente a las consecuencias que estas determinan.

Teniendo en cuenta el contenido deontológico que los principios imponen, y el quebrantamiento que proponen las normas sancionadas recientemente y los fundamentos expresados se impone suponer una profundización de medidas que se reflejarán en normas jurídicas pasibles de ser cuestionadas a la luz de los parámetros ius filosóficos que se han señalado en el presente desarrollo.

Asimismo se advierte una alteración de los procesos de estimativa jurídica necesaria, lo que alejarían a dichas normas de las garantías constitucionales y supra legales de los derechos fundamentales, lo que se presenta manifiestamente en oposición a las reglas que el Derecho brinda en el ámbito de una sociedad organizada. Por tanto, es imprescindible nutrir a las garantías individuales de la colaboración versada de los juristas, quienes en sus roles, y ámbitos de participación son quienes deben procurar por el mantenimiento de los mismos.

Los principios, no puede estar en crisis. Sí pueden estarlo las fuentes de financiamiento, a la luz de las políticas económicas que atraviesan a las políticas de la seguridad social.

La tarea entonces será para el jurista, y es la suya: Propender en derecho las garantías de los derechos humanos fundamentales a través de la Ciencia Jurídica, el Asesoramiento o Representación y en la Administración de Justicia. Queda reservado al administrador, dirigir las políticas de seguridad social (ineludiblemente protectorias) en progresión de derechos, sometiéndose a la deontología de los principios; lo contrario importaría sin dudas la violación de las garantías que son ni más ni menos que la propia Constitución.