

LA “VULNERABILIDAD” Y LA CORTE SUPREMA ARGENTINA: UN NUEVO INSTRUMENTO PARA AMPLIAR EL CONTROL JUDICIAL

“VULNERABILITY” AND ARGENTINA’S SUPREME COURT: A NEW INSTRUMENT TO EXPAND JUDICIAL REVIEW

Horacio Javier Etchichury (*)

Resumen: En 2019, la Corte Suprema argentina declaró inconstitucional una cláusula de la ley de impuesto a las ganancias, dado que no preveía la situación de vulnerabilidad de la accionante. La Corte ordenó al Congreso que reformara la ley aplicable; mientras tanto, quien había formulado el planteo –una mujer jubilada de 79 años– no podría ser obligada a abonar el impuesto. Esta noción abierta de “vulnerabilidad” –ausente en la Constitución Nacional y no definida en la decisión de la Corte– expande las facultades de control judicial de constitucionalidad, mientras que favorece la adopción de un lenguaje legislativo más detallado y focalizado.

Palabras clave: vulnerabilidad – control de constitucionalidad – Corte Suprema

Abstract: In 2019, Argentina’s Supreme Court found an income tax provision to be unconstitutional, since it did not account for the plaintiff’s “vulnerability”. The Court ordered Congress to reform applicable tax law; in the meantime, the plaintiff –a 79-year-old retired woman– could not be required to pay income tax. This opened notion of “vulnerability” –absent in Argentina’s Constitution and not defined by the Court’s decision– expands the judiciary’s constitutional review powers, while fostering a more detailed and more focalized legislative language.

Keywords: vulnerability – judicial review – Supreme Court

1. Introducción

Este artículo^(**) examina cómo utiliza la Corte Suprema de Justicia de la Nación el concepto de “vulnerabilidad” en su fallo “García” (2019)¹, a fin de precisar su alcance,

Artículo recibido el 15/9/2022 – Aprobado para su publicación el 17/10/2022.

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba [UNC]). *Master of Laws* (Yale Law School). Abogado (UNC). Licenciado en Comunicación Social (UNC). Profesor Adjunto, Facultad de Derecho, UNC. Profesor Titular, Facultad de Filosofía y Humanidades, UNC. Investigador Adjunto, CONICET. Director del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES). Correo electrónico: horacio.etchichury@unc.edu.ar

(**) Una versión anterior de este trabajo se presentó como ponencia en el Simposio “Agendas contemporáneas y actores de las políticas sociales en Argentina”, parte del XV Congreso Nacional de Ciencia Política “La democracia en tiempos de desconfianza e incertidumbre global. Acción colectiva y politización de las desigualdades en la escena pública”, organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP) y la Universidad Nacional de Rosario. En el Simposio, coordinado por Pilar Arcidiácono y Gustavo Gamallo, recibí aportes de gran calidad y utilidad. Los borradores previos fueron discutidos en reuniones del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (GIDES). Agradezco al grupo sus observaciones y comentarios; en particular, a Magdalena Álvarez, Nicolás Cocca, Claudio Guinazú, Aldo Novak y Florencia Pasquale. Por supuesto, las insuficiencias que persisten en el artículo son solamente mi responsabilidad.

su relación con el esquema argumentativo del tribunal en esa sentencia y sus posibles proyecciones futuras en materia de control de constitucionalidad, especialmente en materia de políticas sociales.

En el caso, la Cámara Federal de Paraná confirmó la sentencia de primera instancia que –haciendo lugar a la demanda de una jubilada– declaró inconstitucional el art. 79 inc. c de la ley 20.628 (regulatoria del impuesto a las ganancias) y ordenó a la AFIP dejar de imponer ese tributo a la jubilada, como así también reintegrarle lo cobrado desde el inicio de la demanda. Tres argumentos centrales sostuvieron la posición de la Cámara: (i) la jubilación no es “ganancia”, sino “un débito que tiene la sociedad con el jubilado”; (ii) se trataba, en todo caso, de una doble imposición, ya que la accionante había pagado ese tributo durante su etapa activa; y (iii) el principio constitucional de integralidad del haber previsional impide reducirlo mediante impuestos.

Contra esa decisión, la AFIP interpuso recurso extraordinario, concedido parcialmente en lo referido a la interpretación de normas federales; el organismo impositivo también recurrió en queja por el tramo denegado, que se fundaba en las causales de arbitrariedad y gravedad institucional.

2. La noción de “vulnerabilidad” como clave de análisis constitucional

Para invalidar por irrazonable la clasificación tributaria en debate, la Corte utilizó el concepto de “vulnerabilidad”. El voto mayoritario, firmado por Lorenzetti, Highton, Maqueda y Rosatti, considera inconstitucional la norma impugnada, ya que no dispone un tratamiento diferencial para quienes se hallan en situación de mayor vulnerabilidad: abarca a todas las personas jubiladas, sin reconocer subgrupos. La mayoría destaca que no se puede dar el mismo tratamiento impositivo a quienes se hallan en situaciones distintas (cons. 10); por eso, por ejemplo, la ley diferencia entre trabajadores activos y jubilados (cons. 7).

En la línea de esta última distinción, el voto mayoritario de la Corte entiende que si bien corresponde al Congreso la facultad de definir los hechos impositivos, las normas deben estipular respuestas especiales y diferenciales para sectores vulnerables, incluso en el ámbito tributario (cons. 15). La sola “capacidad contributiva” no puede ser el único parámetro, sin atender a la vulnerabilidad. Tampoco basta –agrega la mayoría– el tradicional control meramente cuantitativo, que solo examina si el monto detráido como impuesto resulta confiscatorio (cons. 17).

A través del concepto de vulnerabilidad, en cambio, resulta posible distinguir entre personas jubiladas (cons. 8), ya que el tributo impacta de manera diferente en cada ingreso (cons. 18). En la parte resolutive, la mayoría pone en conocimiento del Congreso “la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva potencial”²; asimismo, ordena

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”. 26 de marzo de 2019. *Fallos*, 342:411.

² Arballo señala que en este caso sería más difícil una futura resolución como la tomada en “Badaro” (2007), es decir, donde la inacción del Congreso deje paso a una definición elaborada por la Corte; en este caso, acerca de las categorías del impuesto a las ganancias; véase ARBALLO, Gustavo, “Una guía para García”, en <http://www.saberderecho.com/2019/03/una-guia-para-garcia.html>, 26 de marzo de 2019. Véase también Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios”. 26 de noviembre de 2007. *Fallos*, 330:4866.

no descontar este impuesto a la jubilada que inició la acción. Al elegir estas razones como base de su decisión, la Corte no analizó los argumentos utilizados por la Cámara Federal de Paraná.

Cabe agregar que un *obiter dictum* de la mayoría inscribe esta sentencia en una línea de casos sobre seguridad social en la que “el Tribunal se ha mostrado particularmente sensible a las cuestiones que atañen al resguardo de los créditos pertenecientes a la clase pasiva, grupo vulnerable e históricamente postergado” (cons. 21). En ese tramo el voto mayoritario formula la clave de lectura política que espera para esta decisión. Se propone ganar reconocimiento como un tribunal “sensible” hacia quienes perciben jubilaciones y pensiones, y preocupado por el bienestar de este colectivo “vulnerable”. Pese a la referencia al “grupo”, el fallo tiene un alcance exclusivamente individual. Cabe preguntarse si la Corte no podía –como en “Halabi” (2009)³– extender su efecto hacia toda la “clase pasiva”, llevando al plano resolutivo los planteos presentados en el considerando 21.

Precisamente, la legitimidad pública del tribunal también se puso en juego. La Corte daba importancia a este caso: lo incluyó junto a otras 10 “causas trascendentes” en la “agenda” de sentencias a dictarse en la primera mitad de 2019⁴. Vale la pena recordar que la cuestión previsional, nuevamente visible tras la aprobación de la discutida reforma de 2017⁵, había dado ocasión a la mayoría de la Corte –en “Blanco” (2018)⁶– para mostrar interés por las personas jubiladas. Poco después se emitiría una nueva señal con el fallo aquí analizado. La Corte decide aliviar la carga impositiva de la accionante, pero –al igual que hizo en “Q. C.” (2012)⁷– limitando al mínimo el impacto y alcance de la sentencia. La amplia visibilidad del caso podría nutrir la legitimidad del Tribunal, mientras el efecto reducido haría posible continuar una convivencia pacífica con las otras ramas del Gobierno federal.

La disidencia –firmada por el entonces presidente de la Corte, Carlos Rosenkrantz– llega a una conclusión contraria al pedido de la jubilada. En el caso –señala la minoría– no se ha demostrado la inconstitucionalidad de la norma; por lo tanto, debe revocarse la sentencia apelada y rechazar la demanda. Con citas de “Busquets de Vítolo” (1998)⁸, un

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”. 24 de febrero de 2009. *Fallos*, 332:111.

⁴ <https://www.cij.gov.ar/nota-33427-Agenda-de-sentencias---primer-semester-2019.html>. Vale la pena destacar que luego de 2019 el Tribunal abandonó esta práctica –brevemente sostenida durante apenas un año– de anticipar las principales decisiones de cada semestre.

⁵ En noviembre de 2018, el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales –al que la Corte reconoce como “intérprete autorizado” del Pacto en *Fallos*, 335:452– expresó en sus Observaciones Finales sobre Argentina estar “particularmente preocupado” por el “impacto negativo” de la ley 27.426 (o ley de reforma previsional) en la actualización de las jubilaciones y asignaciones familiares; además instó a condicionar cualquier medida futura al principio de no regresión. Las Observaciones Finales, disponibles en:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/ARG/CO/4&Lang=en

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Blanco, Lucio Orlando c/ ANSES s/ reajustes varios”. 18 de diciembre de 2018. *Fallos*, 341:1924.

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. 24 de abril de 2012. *Fallos*, 335:452.

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Busquets de Vítolo, Adelina c/ Provincia de Mendoza”. 13 de agosto de 1998. *Fallos*, 321:2181.

fallo dividido que convalidó una quita jubilatoria, el voto disidente comienza advirtiendo que los contenidos del art. 14 *bis* no son “lineales” ni “unívocos”: su determinación corresponde al Congreso, que articula los derechos y los objetivos a cumplir en el sistema de seguridad social (cons. 5). En otras palabras, los derechos se garantizan hasta el punto en que sean compatibles con “objetivos” que en el voto de Rosenkrantz no están explicitados ni justificados. Este proceso de delinear la relación entre derechos y objetivos recibe en la disidencia el nombre de “justicia distributiva o justicia social”, a la que se define como un “mandato imperativo” constitucional (cons. 6). Bajo esta concepción, los derechos no son un límite al Congreso, sino apenas un elemento a articular junto a otros, con el solo límite de la razonabilidad, principio consagrado en el art. 28 de la Constitución.

Luego de este planteo general, la disidencia examina y contesta cada uno de los tres argumentos centrales de la Cámara: la distinción entre jubilación y ganancia, la alegada doble imposición y la integralidad de la seguridad social como barrera contra el cobro de tributos. Aunque estos puntos exceden el alcance de este artículo, cabe reseñar muy brevemente las posiciones del entonces presidente Rosenkrantz en torno a las tres cuestiones.

En primer lugar (cons. 10), rechaza que el haber jubilatorio no pueda catalogarse como “ganancia” sujeta a impuestos, ya que precisamente la ley pertinente así la define. En otras palabras, la disidencia funda la gravabilidad en el texto de la misma norma infraconstitucional sometida a crítica. Inscribe esta conclusión en dos doctrinas sostenidas por la Corte “desde antiguo”: la primera consiste en el reconocimiento de la “amplia discreción” legislativa para determinar los hechos impositivos; la segunda establece una “analogía” entre la jubilación y cualquier otra remuneración que haya recibido la persona antes, como –por ejemplo– un sueldo.

Este enfoque, por supuesto, deja abierta la pregunta sobre la aceptabilidad de un argumento analógico para denegar un derecho. El recurso a la analogía muestra, precisamente, que la jubilación *no es* una remuneración, sino que se le parece. Restaría explicar por qué merece el mismo tratamiento impositivo, ya que el antecedente de 1974 citado por Rosenkrantz⁹ para fundar la analogía no es de materia tributaria, sino que analiza la movilidad del haber. En suma, confirmando la línea de deferencia hacia el Poder Legislativo, el voto disidente no lleva a cabo un control de constitucionalidad de la categoría creada por ley, sino que –por aplicación de “doctrinas” de la Corte– la da por válida.

Por otra parte, la disidencia rechaza que el cobro de impuesto a las ganancias a una persona jubilada configure una doble imposición, esto es, la retención de un tributo que ya fue pagado durante la vida laboral activa. En este punto (cons. 11), Rosenkrantz destaca que el sueldo y la jubilación son “distintas manifestaciones de riqueza”, esto es, diferentes hechos impositivos, por lo que cabe gravarlos de modo independiente, sin que ello implique superposición.

Finalmente, tampoco admite que el carácter “integral” que el art. 14 *bis* de la Constitución asigna a la seguridad social implique la prohibición de gravar las jubilaciones. De acuerdo al voto disidente, nada en el debate de la convención constituyente de 1957 –donde se incorporó ese artículo– sostiene esa interpretación; el término “integral” alude a otras prestaciones que acompañan a la jubilación. Del mismo

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Berçaitz, Miguel Ángel s/ jubilación”. 13 de septiembre de 1974. *Fallos*, 289:430.

modo, no encuentra en los tratados de derechos humanos incorporados en 1994 ninguna cláusula que excluya la aplicación del impuesto.

En este punto, además, la disidencia va un paso más allá. Destaca que la integralidad no impide tampoco reducir las jubilaciones y otros beneficios previsionales, tal como “reiteradamente” ha decidido la Corte (cons. 13). Rosenkrantz señala las condiciones para que tales recortes sean admisibles: deben hacerse por ley, responder al interés público y no ser confiscatorios ni mostrar una “arbitraria desproporcionalidad”. En este tramo de su razonamiento, el voto disidente equipara un impuesto con una rebaja, y aplica a ambos elementos las mismas condiciones para reconocerles validez constitucional.

En síntesis, la disidencia firmada por el actual vicepresidente de la Corte utiliza dos líneas argumentales para confirmar la validez del impuesto y revertir la sentencia de la Cámara: la principal se basa en la deferencia judicial hacia las decisiones del Congreso en materia impositiva; la segunda acude a la voluntad de la convención constituyente para fundar una interpretación de la integralidad de la seguridad social compatible con la gravabilidad de las jubilaciones. No lleva adelante un control de constitucionalidad sobre la norma cuestionada, ya que considera ausentes las únicas dos razones que habilitarían esa revisión: el carácter confiscatorio del impuesto o la irrazonabilidad en las categorías fijadas por ley.

3. El nuevo uso de la “vulnerabilidad”: un concepto no necesario, con problemas de precisión y pertinencia

A diferencia del voto disidente, las cuatro firmas de la mayoría no necesitan reproducir ni responder los argumentos del tribunal inferior. Highton, Lorenzetti, Maqueda y Rosatti basan su razonamiento en la noción de vulnerabilidad. Sin embargo, como se explica a continuación, este concepto *(a)* no es necesario para sostener la conclusión; asimismo, *(b)* no se ofrece una definición del término; y finalmente, *(c)* no resulta claro que pueda –a partir de las fuentes citadas por la mayoría– aplicarse a la discusión planteada.

(a) En primer término, a través de la lectura del fallo es posible concluir que la noción de vulnerabilidad **no resulta necesaria** para sostener la decisión impulsada por la mayoría. Al momento de definir la vulnerabilidad observada en el caso, la decisión se basa en el art. 75 inc. 23 y en el concepto de justicia social (75 inc. 19). Explica que el envejecimiento y la discapacidad predisponen a la vulnerabilidad y exigen contar con más recursos (cons. 13). En referencia a la jubilada que inició la acción, se destacan la edad (79 años), sus problemas de salud y los descuentos en sus haberes (cons. 19). Un poco más adelante, reitera que las personas “en situación de mayor vulnerabilidad” son “los más ancianos, enfermos y discapacitados” (cons. 23).

En síntesis, la protección especial se funda centralmente en dos categorías (ancianidad y discapacidad) contenidas en el inciso 23 del art. 75 de la Constitución, al que se remite explícitamente, subrayando la igualdad sustancial introducida por la reforma de 1994 (cons. 12). Clérico y Aldao señalan, precisamente, que la sentencia aplicó el examen de igualdad estándar¹⁰.

¹⁰ CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín, “Situación de mayor vulnerabilidad. El fallo “García” sobre haberes previsionales y el carácter multidimensional del art. 75, inc. 23, CN: luces y sombras”, *Revista del Derecho del Trabajo*, Año LXXIX, núm. 5, mayo 2019, pp. 1208-1223.

En todo caso, la novedad del voto consiste en interpretar el inciso 23 del art. 75 bajo un prisma más exigente. De esta forma, puede declararse inconstitucional una legislación que *omita* medidas de acción positiva para los grupos mencionados allí (personas ancianas, personas con discapacidad). Una posible base para esta postura es el verbo “promover”, contenido en el inciso. Pero todo ello solo refuerza que esta nueva lectura del texto no necesita la noción de vulnerabilidad, sino que le basta el lenguaje incorporado en la reforma de 1994¹¹.

(b) En segundo término, la noción de vulnerabilidad **no aparece definida con claridad**. Además de su carácter innecesario para la argumentación, no se enumeran en la sentencia las propiedades que caracterizan a personas o grupos vulnerables, ni a la situación o contexto concreto que le confieren esa cualidad¹²; así lo advierten tanto Clérico y Aldao¹³ como Carnota¹⁴. No quedan fijadas pautas fácilmente aplicables en futuras decisiones, lo que suma una dificultad a tribunales inferiores que deban tramitar reclamos de personas jubiladas. La noción de “vulnerabilidad” tal como aparece en el voto mayoritario de la Corte tampoco aporta criterios que den mayor precisión a las pautas del art. 75 inc. 23 (es decir, a la enumeración de los grupos allí consignados).

Esta omisión resulta más perceptible frente a los aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano que en los últimos años ha contribuido con pautas para reconocer a sujetos en situación de vulnerabilidad, que requieren protecciones especiales del Estado¹⁵. Al no citar o discutir estos elementos, la Corte mantiene su línea de autoafirmación o distanciamiento frente al tribunal regional, iniciada con la decisión en “Ministerio” (2017)¹⁶, donde –por mayoría– se negó a dejar sin efecto una sentencia firme propia, calificada por la Corte Interamericana como contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁷. El mismo enfoque se mantuvo poco después en

¹¹ Cabe observar, por otra parte, que la vulnerabilidad, tal como aparece en el voto de mayoría (cons. 23, citado), presenta diversos grados posibles (“mayor vulnerabilidad”, “los más ancianos”), algo que no puede derivarse del texto constitucional, que protege grupos completos (“las personas con discapacidad”, por ejemplo).

¹² Sacristán ha señalado, recientemente, que el concepto de “vulnerabilidad” no tiene origen en la disciplina del Derecho, sino en la teoría política y la sociología, lo que ha llevado a intentar definirlo a través del establecimiento de categorías de personas, o bien por medio de la descripción de las situaciones que ponen a los individuos en condición vulnerable; véase SACRISTÁN, Estela B., “Vulnerabilidad: categorización y contextualización como herramientas legislativas”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 140, marzo-abril 2022, pp. 19-31.

¹³ CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín, *op. cit.*

¹⁴ CARNOTA, Walter, “Hacia una jurisprudencia de la vulnerabilidad. Cuando los jubilados no pagan impuesto a las ganancias”, *Revista de Derecho de las Minorías*, núm. 1, 2019, pp. 30-39. Disponible en:

<http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/ojs/index.php/RM/article/download/4564/2674>

¹⁵ ESTUPINÁN SILVA, Rosmerlin, “La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología”, en BURGORGUE-LARSEN, Laurence, MAUÉS, Antonio Y SÁNCHEZ MOJICA, Beatriz Eugenia (coord.), *Derechos humanos y políticas públicas. Manual*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2014, pp. 193-231. Véase también GUIÑAZÚ, Claudio, “Pobreza, vulnerabilidad y derechos humanos”, en ABRIL, Ernesto *et al.*, *Lecturas sobre los derechos sociales, la igualdad y la justicia*, Advocatus, Córdoba, 2010, pp. 103-122.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 14 de febrero de 2017. *Fallos*, 340:47.

¹⁷ <https://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>

“Sindicato Policial” (2017)¹⁸, una decisión en la que el voto mayoritario explícitamente (cons. 19) prefirió dejar indefinido el valor como fuente de una Opinión Consultiva emitida por el órgano americano¹⁹.

(c) En tercer y último término, la noción de vulnerabilidad presentada por la mayoría **no resulta pertinente**: se relaciona con el acceso a la justicia, y no con el tema central del fallo. Como ya se dijo, el voto mayoritario utiliza (cons. 22) el concepto fijado en las Reglas de Brasilia, un texto adoptado por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). El documento –aprobado por Acordada 5/2009– define como vulnerables a quienes por diversas razones “encuentran dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el sistema jurídico”. La mayoría emplea, por tanto, un instrumento referido al *acceso a la justicia* para evaluar la razonabilidad de la regulación de un derecho sustantivo (la seguridad social, en este caso).

La vulnerabilidad mencionada en las Reglas de Brasilia podría fundar cambios en el funcionamiento del Poder Judicial²⁰, o en normas procesales o sobre acceso a los tribunales²¹, pero no en la reglamentación legislativa de derechos. Esta última área puede revisarse a la luz de los principios de razonabilidad o legalidad, tal como la Corte ha venido haciendo históricamente.

El novedoso uso de la “vulnerabilidad”

En este fallo, la mayoría emplea esta noción como una categoría que *obliga* al Congreso a ejercer sus atribuciones previstas en el art. 75 inc. 23; así, la falta de distinciones dentro de la categoría “jubilado/a”, por ejemplo, resulta inconstitucional. De esta forma, la vulnerabilidad –ausente en el texto de ese inciso– funciona como clave detrás del texto: la Constitución habilita (o, bajo esta nueva lectura, obliga) a adoptar medidas especiales para proteger a ciertos grupos (mencionados, pero no de modo taxativo) para remediar la “vulnerabilidad”.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales”. 11 de abril de 2017. *Fallos*, 340:437.

¹⁹ Esta indefinición surge, precisamente, cuando el voto mayoritario en “Sindicato Policial” (2017) analiza un aspecto central para la cuestión en juego, a saber, si –de acuerdo al art. 16.3 de la CADH– la prohibición de sindicalización para el personal de fuerzas de seguridad puede hacerse solo por ley o también por decreto del Ejecutivo. La expresión utilizada por el voto mayoritario es: “Cualquiera sea la relevancia que se asigne a dicha opinión [la Opinión Consultiva 6/86] [...]” (cons. 19). Luego aplica su propio criterio sobre la cuestión, favorable a la prohibición por decreto.

²⁰ Ribotta considera que el destinatario de las Reglas de Brasilia es el Poder Judicial; véase RIBOTTA, Silvina, “Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la Justicia”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 6, núm. 2, pp. 77-113. Disponible en:

https://urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_6_2012_2/REIB_06_02_04Ribotta.pdf. Por ejemplo, un trabajo reciente de Carignano analiza la vulnerabilidad social en relación con el *acceso a la justicia* laboral argentina; véase CARRIGNANO, Claudia, “Vulnerabilidad social y acceso a la justicia del trabajo”, *Revista de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, AbeledoPerrot, septiembre 2021, fascículo 17, pp. 30-37.

²¹ Por ejemplo, en el Código Civil y Comercial vigente desde 2015 la única mención a personas “vulnerables” se halla en una norma destinada a facilitar el acceso a la justicia en procesos de familia (art. 706).

Si la Corte, a su turno, detecta vulnerabilidad en un grupo que el Congreso no ha reconocido ni la Constitución ha mencionado, igualmente puede exigir al Legislativo que regule medidas de acción positiva para beneficiarlo (por ejemplo, distinguiendo subcategorías en leyes tributarias). El Congreso así pierde la exclusividad en la iniciativa para definir otros grupos a proteger de manera especial por fuera de los expresamente incluidos en el texto del inciso 23. La magistratura gana, a su turno, una nueva atribución: la de encargar al Legislativo la creación de nuevas categorías, sin necesidad de declarar la irrazonabilidad de las existentes; le bastará con alegar que se trata de un grupo vulnerable.

Este planteo resulta novedoso en las decisiones de la Corte. Hasta ahora, el tribunal había señalado en algunos casos a la vulnerabilidad como un rasgo compartido entre los grupos expresamente protegidos por el art. 75 inc. 23 (o los que pudiera definir el Congreso hacia el futuro). Pero no hacía la operación inversa, a saber, emplear la vulnerabilidad como un elemento que habilita a la Corte a exigir al Congreso proteger nuevos grupos, definiendo como inconstitucional la omisión de hacerlo.

La revisión de los sumarios publicados por la Corte desde su instalación hasta el día anterior a la sentencia en “García” (2019) muestra que la palabra “vulnerabilidad” referida a personas aparece en 32 sumarios, todos ellos correspondientes a fallos dictados después de 2000. No se emplea como base para declarar la inconstitucionalidad de normas aprobadas por el Congreso. En general, la noción se relaciona con la cuestión del acceso a la justicia²², incluyendo la asignación de un defensor público²³, o mencionando expresamente las Reglas de Brasilia²⁴. En otras palabras, coincide con el rol asignado por esas Reglas. La noción de “extrema vulnerabilidad” aparece en “Q. C.” (2012), el fallo sobre derecho a la vivienda, como un justificativo para admitir, precisamente, la exigibilidad judicial de este derecho, pero no para analizar sus aspectos sustantivos. A su turno, votos concurrentes y disidencias en dos fallos sobre el cobro de créditos en una quiebra²⁵ utilizan la noción de vulnerabilidad al explicar por qué confieren carácter privilegiado a la acreencia de una persona que reúne las calidades de niño y persona con discapacidad, dos categorías expresamente incluidas en el inciso 23 del art. 75. Dos decisiones²⁶ utilizan esas cuatro categorías explícitas y mencionan – como ya se dijo – a la vulnerabilidad como un rasgo que caracteriza a esos grupos señalados en la Constitución; pero es la inclusión expresa en aquel inciso la que sirve de argumento constitucional. Por otra parte, en seis casos, resueltos entre 2005 y 2008, se utiliza el término pero solo para calificar el estado de una persona sujeta a internación psiquiátrica involuntaria²⁷, mientras que en otros se aplica a la situación de niños²⁸, de

²² Véase *Fallos*, 339:1077, 339:1382, 339:1683. Véase también el expediente CSJ 334/2012 [48-T]/CS1 (22 de diciembre de 2015), no publicado en *Fallos*.

²³ *Fallos*, 341:1450.

²⁴ *Fallos*, 343:103.

²⁵ *Fallos*, 341:1511; 342:459.

²⁶ *Fallos*, 330:855, voto de Lorenzetti y Zaffaroni; 338:29; 339:381. También se describe como “vulnerable” al grupo integrado por las personas ancianas en el voto de Lorenzetti en *Fallos*, 328:566; del mismo modo –y con referencia a las Reglas de Brasilia– se califica a “los jubilados” en *Fallos*, 337:530 (aunque erróneamente se indica que están mencionados de manera expresa en el art. 75 inc. 23 de la Constitución).

²⁷ *Fallos*, 328:4832; 330:2774; 330:5234; 331:68; 331:1524; 331:1854.

²⁸ *Fallos*, 324:975, voto del ministro Fayt. Véase también *Fallos*, 331:147.

víctimas de abuso sexual²⁹, o de trabajadores rurales³⁰. En síntesis, no se había utilizado como base para declarar la inconstitucionalidad por omisión de una categoría legal creada por el Congreso.

La singularidad de este nuevo uso de la noción de “vulnerabilidad” también queda a la vista haciendo otro cotejo. Ese concepto no fue utilizado por la Corte en ninguno de los casos en que negó prestaciones o cobertura a personas con discapacidad a partir de “P., A.” (2015)³¹ e incluso luego de la sentencia que analizamos; en todos ellos se empleó como razón suficiente la aplicación de las normas infraconstitucionales (tales como la ley 24.901) o de los contratos de las empresas de medicina prepaga o los estatutos de obras sociales. En esas sentencias³² el análisis no incluyó la noción de vulnerabilidad, pese a tratarse de un grupo específicamente mencionado en el art. 75 inc. 23 de la Constitución; tampoco se puso en juego la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento internacional dotado de jerarquía constitucional desde 2014.

En otras palabras, la Corte no solo se atribuye la posibilidad de adoptar la vulnerabilidad como criterio para exigir al Congreso la distinción de nuevas categorías para garantizar protección especial, sino que también se reserva la facultad de no emplear el concepto de vulnerabilidad al rechazar solicitudes de grupos específicamente mencionados en el texto constitucional aplicable, y que cuentan, por otra parte, con un tratado de derechos humanos destinado concretamente a su tutela. Por ello cobra relevancia la advertencia que formulan Heikkilä y Mustaniemi-Laakso³³ al destacar el carácter abierto de la noción de vulnerabilidad y su uso selectivo como riesgos para una protección generalizada de los derechos.

El enfoque de la disidencia

Respecto a esta noción, el voto minoritario rechaza que el concepto de “vulnerabilidad” –o la pertenencia a alguno de los grupos mencionados en el art. 75 inc. 23– autorice a eximir a ciertas personas de sus obligaciones tributarias. En particular, descarta que el concepto sea aplicable en este caso. Recurriendo a un argumento *ad absurdum*, Rosenkrantz señala que si se aceptara aquel planteo, las mujeres –“por el solo hecho de serlo”– deberían pagar menos impuestos que los varones, o no pagar, lo que para el entonces presidente del tribunal es “una conclusión que parece inaceptable” (cons. 18). Insiste, por su parte, en que la inconstitucionalidad de la norma impositiva atacada solo podría fundarse demostrando su irrazonabilidad, o bien el carácter confiscatorio del tributo.

La disidencia, además, dedica varios renglones a destacar que la persona que interpuso la acción “se encuentra en una mejor situación que la mayoría del colectivo de jubilados

²⁹ *Fallos*, 334:725, voto de la ministro Highton.

³⁰ *Fallos*, 333:2156.

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “P., A. c/ Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/ amparo”. 16 de junio de 2015. *Fallos*, 338:488.

³² *Fallos*, 339:290; 339:389; 339:423; 339:683; 340:1149; 340:1600; 343:1406. Véanse también estas sentencias, no publicadas en *Fallos*: CSJ 75/2013 (49-S) /CS1 (2 de marzo de 2016); CCF 12922/2006/CA2 - CS001 (5 de diciembre de 2017); FCB 36650/2016/2/RH (17 de diciembre de 2019).

³³ HEIKKILÄ, Mikaela y MUSTANIEMI-LAAKSO, Maija, “Vulnerability as human rights variable: African and European developments”, *African Human Rights Law Journal*, vol. 20, núm. 2, 2020, pp. 777-798.

y pensionados”, ya que cobra casi 15 veces el haber promedio (cons. 15). De todas maneras, estas precisiones no resultan necesarias para el argumento principal de la disidencia: la posibilidad de que el Congreso dicte medidas de acción positiva o la vulnerabilidad con la que “comúnmente se asocia” a los grupos especificados en el art. 75 inc. 23 no bastan para invalidar la cláusula objetada de la ley de impuesto a las ganancias.

Por otra parte, el entonces presidente Rosenkrantz enumera (cons. 19) un conjunto de medidas destinadas a “maximizar la probabilidad del pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales de los jubilados”. Todas esas medidas (salvo una) fueron adoptadas entre diciembre de 2015 y la fecha del fallo. A partir de ese listado de disposiciones, la disidencia señala que la Nación ha establecido “un sistema multidimensional” en el que las personas jubiladas –al igual que el resto de quienes contribuyen– aportan para mantener al Estado, mientras que esas mismas personas jubiladas –según cuánto perciban– “reciben beneficios” que van más allá del haber. Luego subraya que corresponde “primariamente al Congreso” definir el régimen de la seguridad social (aunque casi todas las medidas que menciona no tienen origen en el Legislativo). Por último, recuerda –en un tramo de tono didáctico– que “vivimos en una democracia y que las razones que nos convencen a cada uno de nosotros no se convierten, por ello, en derecho vigente” (en el mismo cons. 19).

Un eje central de la argumentación ofrecida por la disidencia, en síntesis, consiste en reivindicar el rol del Congreso en la materia, como encargado de lograr la “justicia distributiva”. Así rechaza la postura del voto mayoritario, centrado en reforzar el control judicial sobre esas decisiones legislativas. En particular, el ministro Rosenkrantz subraya que los tribunales no tienen competencia para “establecer categorías tributarias o distinciones no previstas en las leyes sometidas a su consideración” (cons. 20). Aquí cabe precisar que la mayoría no ha creado categorías nuevas: en rigor, ha considerado que su ausencia resulta inconstitucional, más allá de reconocer que corresponde al Congreso la decisión definitiva sobre cuáles deben ser esas categorías.

4. Conclusiones: la vulnerabilidad y las facultades de la Corte

La decisión mayoritaria se basa –como ya se señaló– en un concepto que resulta innecesario, difuso y no pertinente. Sin embargo, esta noción de vulnerabilidad permite a la Corte (1) limitar el alcance de esta decisión particular y, a la vez, (2) ampliar hacia el futuro el ámbito de control sobre el Legislativo (o incluso el Ejecutivo), abarcando otras políticas que puedan conectarse con grupos que el Tribunal podrá caracterizar como “vulnerables” (políticas educativas, laborales, sanitarias o de seguridad social, entre otras posibilidades).

(1) Una decisión de alcance limitado. Gracias a su imprecisión, el concepto de vulnerabilidad hace posible aliviar la situación de una jubilada en particular, sin pronunciarse sobre el alcance ni el contenido concretos de esta categoría en relación con el conjunto de las personas jubiladas o en la población contribuyente en general. No hay precisiones sobre qué determina la condición vulnerable de la accionante. Esto brinda a la Corte un mayor margen para definir y pautar sus intervenciones: no es necesario abarcar a todas las personas jubiladas, o a todas las personas ancianas, sino solo a aquellas que presenten la característica de “vulnerabilidad”, delimitada por el Tribunal en el caso (a pesar de que, como ya se dijo, un *obiter dictum* aluda a “la clase pasiva”).

Incluso la versión adoptada en las Reglas de Brasilia presenta un contorno difuso, con una definición que incluye elementos como “diversas razones”, “dificultades” y “plenitud”, todos aptos para una aproximación casuística.

En cambio, las pautas fijadas en el art. 75 inc. 23 se alejan de este abordaje caso por caso: encomiendan al Congreso legislar medidas específicas para asegurar la igualdad real, y menciona grupos en particular, sin que sea una enumeración taxativa. Por lo tanto, las medidas de acción positiva allí descritas tienen un alcance que excede a los individuos y se ordena a partir de características compartidas por un grupo (la condición de mujer, la discapacidad, la edad avanzada, etcétera). De haber fundado su decisión centralmente en este inciso, la Corte no podría haber recortado el alcance de su decisión (en cuanto a la suspensión del cobro) solo a la jubilada accionante, ya que la ancianidad es una característica que –casi por definición– incluye a amplísimos sectores de “la clase pasiva”. La mayoría necesitó esta base diferente para su sentencia, a fin de poder limitar quirúrgicamente el impacto concreto, mientras ofrecía (cons. 22, citado) una clave de lectura de proyecciones colectivas.

Por último, al utilizar la vulnerabilidad como eje para estructurar la sentencia, la Corte evita tratar el argumento de fondo utilizado por la Cámara: que la jubilación no es una ganancia. De haber seguido esa línea, la mayoría tampoco podría haber limitado el alcance del fallo al caso examinado. La conclusión lógica –que toda la población pensionada o jubilada dejara de pagar impuesto a las ganancias– hubiera tenido un impacto mayúsculo en la relación con los otros dos poderes, incluso si hubiera mantenido el reenvío al Congreso como solución.

(2) Un amplio efecto a futuro. A la vez, el esquema adoptado por el voto mayoritario permite ampliar el control de razonabilidad frente a omisiones detectadas del Congreso³⁴, a medida que la Corte señale personas o grupos vulnerables para los que no haya tratamiento específico (en legislación tributaria, en normas que establezcan otras políticas sociales, siempre que establezcan distinciones). El tribunal no necesita limitarse a los grupos identificados en el inciso 23 del art. 75 (mujeres, niños y niñas, personas ancianas, personas con discapacidad) ni esperar a que el Legislativo delimite nuevos colectivos.

Al contrario: ante una norma, la Corte podrá identificar que una persona o grupo presenta caracteres de vulnerabilidad (bastaría aludir a las “dificultades” para ejercer derechos, según el lenguaje de las Reglas de Brasilia) y cuestionar la ausencia de previsiones específicas.

Si se mantiene la modalidad empleada en “García” (2019), el paso siguiente será reenviar la cuestión al Congreso y suspender los efectos (entre partes) de la norma en debate. A primera vista, parece reiterarse la solución adoptada en “Badaro” (2006)³⁵. Sin embargo, hay dos diferencias importantes que marcan una ampliación de las facultades del tribunal en comparación con aquella otra decisión:

(a) mientras el Congreso discute alternativas, la norma no se aplica;

³⁴ Esta expansión del control representa una transferencia de poder a quienes dirimen conflictos jurídicos, de acuerdo a la caracterización que puede verse en GILES, ALEJO, “Las políticas estatales y los mecanismos de control frente a la expansión del derecho en Argentina: La función del poder judicial según la Corte Suprema de Justicia (2005-2015)”. *Estudios Constitucionales*, vol. 17, núm. 1, 2019, pp. 87-118.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Badaro, Adolfo Valentín c/ Anses s/ reajustes varios”. 08 de agosto de 2006. *Fallos*, 329:3089.

(b) la base para la declaración de inconstitucionalidad es la vulnerabilidad, concepto no mencionado en el texto constitucional, mientras que en “Badaro” (2006) se utilizó la noción de movilidad, explícitamente consagrada en el art. 14 *bis*.

Cabe preguntarse si esta facultad para introducir (o solicitar al Congreso) distinciones y subcategorías dentro de las pautas legisladas puede emplearse para fomentar –ahora incluso desde el Poder Judicial– políticas focalizadas³⁶, esto es, destinadas a ciertos sectores sociales, caracterizados por niveles comparativamente más altos de afectación de derechos. En esa línea puede inscribirse la ya citada decisión de 2012 sobre derecho a la vivienda, que no cuestionó la falta de políticas universales en la materia, sino la falta de programas para casos “desesperantes” (cons. 12, voto de la mayoría). La “extrema vulnerabilidad” se utilizó en aquel fallo como criterio para admitir la exigibilidad judicial (“operatividad directa”).

Ahora, en “García” (2019), la mera “vulnerabilidad” es la pauta para extender el control sobre el Legislativo y solicitarle que distinga dentro de una población para conferirle tuteladas especiales, sin que exista una clara base textual para ello. Precisamente, Heikkilä y Mustaniemi-Laakso señalan –luego de analizar el “selectivo uso” de este concepto en los tribunales regionales de derechos humanos de Europa y África– que la vulnerabilidad ofrece un “potencial para priorizar”, esto es, para establecer una “protección selectiva” en un contexto donde los derechos se reduzcan para el conjunto³⁷. Esta posibilidad se fortalece si –tal como señala la mayoría (cons. 23)– la vulnerabilidad en sí misma está sujeta a diferenciación de grados. Queda en manos de los tribunales la posibilidad de identificar nuevas categorías “vulnerables” y, a partir de ellas, requerir la creación de políticas definidas exclusivamente para quienes las integran.

Así, el ejercicio de esta nueva atribución judicial no obliga a mantener el criterio para nuevos casos: las múltiples distinciones dentro de la vulnerabilidad y sus grados siempre permitirían separar una situación de otra, y solicitar al Congreso que refine sus esquemas, poniendo en riesgo modelos de políticas universales.

³⁶ Véase LESSA KERSTENETZKY, Celia, “Políticas sociais: focalização ou universalização?”, *Revista de Economia Política*, vol. 26, núm. 104, pp. 564-574.

³⁷ HEIKKILÄ, Mikaela y MUSTANIEMI-LAAKSO, Maija, *op. cit.*, pág. 797.