

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y SOCIALES

ANUARIO XV (2013-2014)

ABRIL, Ernesto; ADÉN, Ercilia; ALTAVILLA, Cristian; ÁVILA PAZ, Rosa;
AZAR, Aldo; BACH, Julia; BERGOGLIO, María I.; BONETTO, María S.;
BORGARELLO, Esther S.; BOSIO, Rosa; BRÍGIDO, Ana M.; CERUTTI, María del C.;
DORONI, Georgina; ETCHICHURY, Horacio; FARAONI, Fabián;
FORADORI, Laura; GAUNA, Gladys; GONZÁLEZ SALVÁ, Cecilia;
GRZINCICH, Claudia; JUÁREZ CENTENO, Carlos A.; JULIÁ, Marta S.;
LLAMOSAS, Esteban F.; LLOVERAS, Nora; OLIVARES, Nicolás E.; ORGAZ, Jorge;
ORLANDI, Olga; ORTIZ, María I.; PARISI, Mariela; PASTOR, Irma;
RICHARD, Efraín Hugo; RÍOS, Graciela; ROBLEDO, Diego; ROBLEDO, Federico;
ROBLEDO, Federico Justiniano; ROBLEDO, Miguel; RODAS PELUC, Juan P.;
ROSSETTI, Andrés; SAAD, Carla; SALA MERCADO, María V.; SALAS, Graciela R.;
SALASSA BOIX, Rodolfo; SCAVUZZO, Natalia; SILES, Matías H.;
STICCA, María A.; TORRES, Félix A.; TRUCCONE BORGOGNO, Santiago;
ULLA, María C.; URIONDO, Amalia L.; URQUIZA, María I.;
VALAZZA, Renato; VILLEGAS, Candela; YORNET, Yésica E.

Copyright © 2015 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AACC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author

Tirada: 300

I.S.S.N. 1667-6122
RNPI en trámite

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR

Francisco TAMARIT

VICERRECTORA

Silvia BAREI

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Ramón Pedro YANZI FERREIRA

VICEDECANO

Lorenzo BARONE

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTOR

Esteban F. LLAMOSAS

COORDINADORA ACADÉMICA POR ABOGACÍA

María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR ABOGACÍA

Isabel Lucía ALEM DE MUTTONI

*COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR LA ESCUELA
DE TRABAJO SOCIAL*

Olga PÁEZ

*COORDINADORA DE EXTENSIÓN POR LA ESCUELA
DE CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN*

Paulina BRUNETTI

COMITÉ EDITORIAL DEL ANUARIO XV

Esteban F. LLAMOSAS
Elena GARCÍA CIMA
Carlos Julio LASCANO
Hugo SELEME
Ernesto REY CARO
María Alejandra STICCA (Secretaria)



Indexado en Catálogo y Directorio en el “Sistema Regional
de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal (Latindex)”.

Editor Responsable: Editorial La Ley
Tucumán 1471 - C.A.B.A - C1050AAC - Tel. 4378-4740

PROPIEDAD Y SEGURIDAD SOCIAL EN UN FALLO DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA. DERECHOS HUMANOS Y ESTATIZACIÓN DE APORTES A LAS AFJP*

Horacio Javier Etchichury**

Resumen: Este artículo analiza, desde una perspectiva de derechos humanos, el fallo dictado por la Corte Suprema argentina en 2013 convalidando la estatización de los aportes a las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP), efectuada en 2008. Luego de describir el sistema creado en 1994 y la ley que restaura el sistema de reparto, el texto describe las líneas argumentales de la Corte. En particular, analiza la tensión entre derecho de propiedad y derecho a la seguridad social, tal como se consagran en la Constitución argentina. El artículo sostiene que la decisión de la Corte se basa en una comprensión limitada del derecho de propiedad, que no toma en cuenta los cambios producidos luego de 1994.

Palabras clave: Seguridad Social - Propiedad - Jubilaciones - Derechos humanos.

1. Introducción

Aquí¹ analizo el fallo “Rossi”², dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el 26 de marzo de 2013. En él, una mayoría de cinco integrantes³, sin votos concurrentes ni disidencias, convalida la estatización de los aportes obligatorios hechos a las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) entre 1994 y 2008. Se revisa la coherencia de este fallo con el marco de derechos humanos. En particular, se discute el alcance en este caso del derecho de propiedad, reformulado a partir de los tratados internacionales de derechos humanos que han recibido jerarquía constitucional en la reforma de 1994. Se destaca la necesidad de que las políticas sociales se diseñen de acuerdo a los derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional (CN). Finalmente, se propone una lectura alternativa a la elegida por la Corte, basada en una interpretación armónica de los derechos en juego, y se repasan posibles al-

* Recibido el 04/05/15. Aprobado el 01/10/15.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). LL. M. (*Master of Laws*), Yale Law School, New Haven, Estados Unidos. Abogado y Licenciado en Comunicación Social, UNC. Investigador Asistente, CONICET. Profesor de Derecho Constitucional, de Introducción al Derecho y de Epistemología de las Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Correo electrónico: etchichury74@gmail.com.

¹ Una versión anterior de este trabajo fue expuesta como ponencia en las Segundas Jornadas Internacionales Universidad, Estado y Sociedad (Universidad Nacional de Villa María, junio de 2013). El presente artículo es parte del proyecto de investigación tipo “A” con subsidio de Secyt-UNC, titulado *Derechos sociales y políticas sociales: una revisión constitucional de los instrumentos jurídicos*, radicado en el CIJS-UNC y llevado adelante por el GIDES (Grupo de Investigación en Derechos Sociales). Más información en GidesCordoba.blogspot.com

² “Rossi, Pablo Ariel c. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y otros s/ Amparos y Sumarísimos”, Expte. R-37-XLVI, 26 de marzo de 2013.

³ Se trata de los ministros Ricardo Lorenzetti, Elena Highton, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Eugenio R. Zaffaroni. No votaron Carmen Argibay ni Carlos Fayt.

ternativas para alcanzar el cambio de régimen previsional sin afectación de los derechos de las personas aportantes.

2. La ley 26.425: eliminación del sistema de capitalización

El 20 de noviembre de 2008 queda sancionada la ley 26.425. Enviada un mes antes como proyecto del Poder Ejecutivo, la ley elimina el componente de capitalización dentro del sistema previsional. El rebautizado “Sistema Integrado Previsional Argentino” es, a partir de la sanción de la ley, únicamente de reparto, con administración estatal. Un Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS), creado por un decreto anterior, sirve de reaseguro para que el sistema pueda cumplir sus obligaciones.

Esta ley deja atrás un experimento de casi 20 años, iniciado en 1993 con la aprobación de la ley 24.241, concebida en el marco del neoliberalismo. Aquella ley otorgaba una prestación básica universal y una compensatoria, ambas bajo el sistema de reparto administrado por el Estado. Luego, se abría la opción entre dos sistemas que brindarían el otro componente de la jubilación⁴. Por una parte, subsistía el reparto en manos estatales, que brindaría además una “prestación adicional por permanencia”. Por la otra, el régimen de capitalización individual —gestionado por entidades denominadas Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP)⁵— pagaría la llamada “jubilación ordinaria”. Ésta se basaría en los resultados de la administración de cuentas individuales que contenían los aportes de cada afiliado. Un pilar se basaba en la solidaridad, el otro en el ahorro individual. Se adoptó una unidad de medida común a ambos sistemas: el aporte mensual promedio del trabajador en actividad. Existía una “prestación básica”, definida como un cierto número de esos aportes mensuales. A partir de 1995, se estableció que la movilidad de esta prestación no dependía de ninguna relación proporcional con el salario, sino que sería definida por el Congreso en las leyes de presupuesto sucesivas. Las otras dos prestaciones que integraban el haber en el sistema de reparto (prestación complementaria y prestación adicional por permanencia) sí podían tener alguna conexión con el salario percibido en actividad⁶.

El neoliberalismo persiguió así controlar el creciente gasto público en materia de jubilaciones⁷ y apostó a la progresiva desaparición del régimen de reparto. Para ello, dio ventajas al sistema de capitalización, tales como fijar que toda persona que no expresara una opción jubilatoria era asignado automáticamente a alguna AFJP, o que no fuera posible volver del régimen de capitalización

⁴ Por esto, muchos autores consideraban al argentino un “sistema mixto”; véase MESA-LAGO, CARMELLO, “Social welfare reform in the context of economic-political liberalization: Latin American cases”, *World Development*, vol. 25, núm. 4, 1997, p. 510.

⁵ Las AFJP podían ser creadas no sólo por empresas privadas, sino también por Estados provinciales, bancos estatales, cooperativas y sindicatos, entre otras posibilidades (ley 24.241, art. 40).

⁶ BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, en Julio César Rivera, José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 1216.

⁷ Véase ROFMAN, RAFAEL, “The new pension system in Argentina”, *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 26, núm. 4, octubre 2001, p. 599; ORENSTEIN, MITCHELL A., “Pension privatization: evolution of a paradigm”, *Governance*, vol. 26, núm. 2, 2013, p. 265, y también KIGUEL, MIGUEL A., “Structural reforms in Argentina: success or failure?”, *Comparative Economic Studies*, vol. 44, núm. 2, verano 2002, p. 84.

al de reparto⁸. El sistema bajo administración privada contenía aspectos inconstitucionales: no aseguraba la movilidad ni la participación de los interesados en la administración, requisitos exigidos por el art. 14 *bis* de la CN⁹ en relación con el art. 9º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consagra el derecho de toda persona a la seguridad social¹⁰.

El análisis de lo ocurrido entre 1994 y 2008 con el régimen de AFJP excede el marco de este trabajo. Más allá de sus marcas de inconstitucionalidad, parece claro que el modelo no cumplió las promesas hechas: la reducción de las contribuciones patronales¹¹, el crecimiento de la informalidad y la consecuente caída de los aportes, sumados a las crecientes comisiones cobradas a los aportantes y la incertidumbre en el nivel de los beneficios¹², incidieron en el deterioro apreciable de las jubilaciones¹³. Además, el mercado de la capitalización se concentró rápidamente: el sistema se inició con 24 AFJP y hacia 2000 sólo quedaban 13; para ese entonces 4 de ellas se repartían el 70% de la fuerza laboral¹⁴, haciendo ilusoria la posibilidad de una competencia entre las administradoras. La llamada "ley de solidaridad previsional" (ley 24.463), por otra parte, eliminó los mecanismos de actualización automática, dejando los haberes en una situación de atraso insoportable, pero convalidada por un conocido fallo de la Corte Suprema en 1996¹⁵.

La crisis de 2001 puso a la vista los efectos del neoliberalismo, desmintió sus premisas y abrió cauce para su reemplazo por otras orientaciones ideológicas en el Estado. Ello fue posible, además, por la recuperación del espacio fiscal, el aumento de la formalidad laboral y de la recaudación impositiva¹⁶. Comenzó a ponerse en cuestión generalizadamente la noción de que la seguridad social dependía de cada persona. Volvió así a primer plano una concepción diferente, que define a las jubilaciones y pensiones como una responsabilidad estatal, surgida a partir de un derecho, en este caso el derecho a la seguridad social. En virtud del PDESC, se introducen cambios más amplios: las prestaciones no contributivas no son parte del ámbito discrecional del Estado, esto es, no dependen sólo

⁸ Véase DANANI, CLAUDIA y HINTZE, SUSANA, "Reformas y contrarreformas de la protección social: la seguridad social en la Argentina en la primera década del siglo", *Reflexión Política*, vol. 12 (núm. 24), diciembre de 2010, pp. 18-29. Cuando el régimen de capitalización entró en vigencia en 1994, cerca del 30% de la fuerza laboral no expresó preferencias y fue asignada automáticamente a una AFJP. En los años subsiguientes, casi el 70% de las personas que comenzaban a trabajar tampoco expresaban una opción y seguían el mismo destino. De quienes hacían una elección explícita, la gran mayoría optaba por incorporarse al sistema de capitalización. Todo ello condujo al crecimiento de este último esquema; véase ROFMAN, RAFAEL, *ob. cit.*, p. 595.

⁹ Véase LOÑ, FÉLIX, "Las jubilaciones en la encrucijada", *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008 (octubre)*, 27 de octubre de 2008, pp. 65-67.

¹⁰ En la interpretación de ese derecho, debe tenerse en cuenta la Observación General 19, emitida en 2008 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=47d6667f2>

¹¹ Apenas cinco años después de la puesta en marcha del sistema, los aportes patronales ya habían sido reducidos en un 40%, como forma de estimular el empleo; véase ROFMAN, RAFAEL, *ob. cit.*, p. 601.

¹² *Ídem*, p. 603.

¹³ BERTRANOU, FABIO et al., *Beyond the privatisation and re-nationalisation of the Argentine pension system: coverage, fragmentation and sustainability*, p. 8. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2191202>.

¹⁴ ROFMAN, RAFAEL, *ob. cit.*, p. 605.

¹⁵ Se trata de "Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos" Fallos: 319:3241; 27 de diciembre de 1996. Véase HERRERO, ÁLVARO, "La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino", *Política*, vol. 49 (núm. 1), 2011, pp. 79-81.

¹⁶ BERTRANOU, FABIO et al., *ob. cit.*, pp. 14-22.

de la (buena) voluntad de las autoridades. Hoy estas prestaciones se sujetan a los principios de igualdad, universalidad, debido proceso y razonabilidad, entre otros¹⁷. Además, la protección de la seguridad social ya no puede depender de que exista un lazo laboral formal, ni tener un carácter exclusivamente contributivo. El principio de universalidad hace que sea irrelevante la condición de empleo o desempleo al momento de ejercer este derecho. Por otra parte, la consagración constitucional del derecho a la seguridad social también significa que expandir la cobertura hacia personas excluidas del sistema no sirve para justificar la reducción de las prestaciones (porque ello implica una medida regresiva y puede incluso afectar el derecho a un “nivel de vida adecuado”, garantizado por el art. 11 del PDESC). Por el principio de igualdad formal y real (CN, arts. 16 y 75, inc. 23), una mejora en las prestaciones no habilita —por ejemplo— a dejar fuera del sistema a grupos de personas, ni a postergar la edad de retiro.

Néstor Kirchner, el primer presidente electo tras la crisis, inició una política de expansión de la cobertura y de aumentos en el haber mínimo. También habilitó, a través de la ley 26.222, la posibilidad de regresar al régimen de reparto, y cambiar esa opción cada 5 años. Así se revertía un elemento que sesgaba el sistema a favor de la capitalización.

La cobertura llegó al nivel —sin precedentes— del 90%, a través de medidas especiales y transitorias, incluyendo el Plan de Inclusión Previsional, que incorporó —entre 2005 y 2011— a 2,7 millones de personas que no reunían los aportes exigidos. El haber mínimo creció un 1025% entre 2002 y 2012, y en 2008 se aprobó la ley 26.417, que estableció dos aumentos anuales para el conjunto de las personas beneficiarias¹⁸. En este caso, la movilidad se calcula en base a una fórmula que no refleja completamente la evolución general de los salarios. Este ítem (siempre que no exceda en un 3% la variación de los recursos netos de ANSeS) determina el 50% de la movilidad, y la otra mitad depende de la variación en los recursos tributarios por beneficio¹⁹. Es decir, que la movilidad reconoce un límite diferente al de la evolución de los salarios, basado en la recaudación estatal. Ello se aparta de las pautas fijadas por la Corte en el fallo de 2007, donde aplicó como criterio de actualización la variación de los salarios, sin compensarlo con índices recaudatorios. Esta visión resulta coherente, por otra parte, con la línea jurisprudencial de la Corte al reconocer al haber jubilatorio como sustitutivo de la remuneración de la vida activa, por lo que la proporción debe mantenerse²⁰.

Esa serie de medidas preanunciaba la restauración del sistema de reparto bajo control estatal completo, concretada a través de la ley 26.425.

¹⁷ ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Constitución y política social. Proyecciones de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre derechos a la seguridad social en la esfera no contributiva”, en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 194.

¹⁸ DANANI, CLAUDIA y HINTZE, SUSANA, ob. cit., pp. 23-24; BERTRANOU, FABIO *et al.*, ob. cit., p. 11.

¹⁹ BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, cit., p. 1222.

²⁰ La movilidad definida mediante el índice de variación salarial se adoptó en el fallo dictado en “Badaro” (2007); el carácter sustitutivo se refleja en los sucesivos fallos de la Corte, con la excepción de “Chocobar” (1996); véase BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, cit., pp. 1222, 1230.

3. La propiedad como cuestión constitucional

En su art. 7º, la ley 26.425 establece que los activos en especie de los fondos de las AFJP contabilizados en las cuentas individuales de capitalización serán transferidos a la ANSeS (salvo los aportes voluntarios y convenidos) e integrarán el FGS. Los decretos 2103/08 (art. 5º) y 2104/08 (art. 4º) reglamentan este cambio de titularidad. El sistema público garantiza a quienes tenían cuentas de capitalización prestaciones iguales o mejores que las que hubieran obtenido en el sistema anterior (ley 26.425, art. 2º).

Sin embargo, existe un derecho de propiedad en juego. La ley 24.241 estableció, en su art. 82, que los aportes contenidos en las cuentas individuales eran propiedad del afiliado, y no de las AFJP. Más aún: si la persona titular de la cuenta fallecía antes de poder obtener la jubilación y no dejaba familiares con derecho a pensión, lo aportado era heredable (art. 54). Por otra parte, los fondos sólo podían utilizarse para solventar las prestaciones jubilatorias que correspondieran en el momento en que se cumplieran las condiciones exigidas para acceder al beneficio. No eran fondos de disponibilidad libre.

De modo que la ley 26.425 implica, a primera vista, una transferencia de propiedad: desde el patrimonio de los afiliados hacia el Estado, o una de sus instituciones particulares. Tal cambio podría considerarse como expropiación, esto es, una entrega forzosa por razones de interés público declaradas por ley. Sin embargo, falta un elemento crucial: la indemnización previa. Si ella no está, lo ocurrido será, en realidad, una confiscación prohibida por la CN. Este aspecto de la ley 26.425 mereció críticas de algunos constitucionalistas²¹ y motivó, además, una serie de reclamos judiciales.

¿Se trata, entonces, de una confiscación? ¿Se ha afectado el derecho de propiedad? La pregunta resulta importante si adoptamos un enfoque de derechos humanos en materia de políticas públicas. Bajo tal enfoque, una política social cualquiera (incluyendo la previsional) debe diseñarse no sólo considerando su viabilidad política y su fundamentación técnicas, sino también su coherencia con el exigente marco de derechos humanos contenidos en la CN.

4. La respuesta de la CSJN: no hay afectación

El 26 de marzo de 2013, la CSJN rechaza el reclamo de un afiliado contra la ley 26.425, a través de la sentencia dictada en la causa "Rossi". El tribunal simplemente confirma la opinión de la Procuradora actuante, emitida más de un año antes²².

En su amparo, Pablo Ariel Rossi solicitó que no se transfirieran a la ANSeS los fondos de su cuenta individual. Invocó su derecho de propiedad establecido en los arts. 82 y 54 de la ley 24.241. Alegó que el paso de sus aportes al Estado violaba el derecho constitucional de propiedad, y que una ley posterior no podía eliminar la garantía existente. Señalaba, además, que el sistema anterior le permitía jubilarse con menos años de aportes y que los fondos estatizados se desti-

²¹ Por ejemplo, véase CARNOTA, WALTER, "¿Hay una propiedad previsional constitucionalmente garantizada?", *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008 (octubre)*, 27 de octubre de 2008, pp. 21-23; véase también LOÑ, FÉLIX, ob. cit.

²² El fallo y el dictamen, disponibles en: <http://www.infojus.gov.ar/archivo.php?archivo=rossiafjp.pdf>.

narían a fines ajenos a la previsión social (tales como financiar emprendimientos productivos²³).

El dictamen de la Procuradora Fiscal, Marta Beiró de Gonçalves, rechazó los argumentos del amparista. Sus razones fueron básicamente tres:

En primer lugar, Rossi no pudo demostrar un daño efectivo causado por el cambio de régimen. La posibilidad de jubilarse antes no pasa de ser una mera conjetura.

En segundo lugar, Rossi no tiene derecho a que no se modifique la legislación previsional, en tanto el Estado le reconozca su derecho a jubilarse en el sistema que se halle vigente cuando alcance la edad y condiciones requeridas.

Por último, la Procuradora rechazó que los fondos fueran una “propiedad” de Rossi protegida por la CN. Sostuvo que la naturaleza obligatoria de los aportes y la falta de libre disponibilidad de ellos definen que no se trata de un derecho de propiedad.

La línea argumental de la Procuradora reitera lo dicho por dos de los tres jueces de la sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social cuando emitieron su propia resolución contraria al amparo de Rossi el 31 de agosto de 2009. Los camaristas enfatizaron que la ley 24.241 no reconocía un derecho de propiedad de dominio como el previsto en el art. 2513 del Código Civil. Por ser obligatorios y de disposición limitada, no era esa clase de derecho de propiedad. Algo similar se había dicho en el debate parlamentario de la ley 26.425. Respondiendo a la cuestión de la propiedad en la sesión de Diputados del 6 de noviembre de 2008, el miembro informante por la mayoría, Juan Carlos Díaz Roig, había destacado que las cuentas de capitalización no se hallan bajo un derecho real de dominio, ya que no se puede usar ni gozar de esos fondos libremente²⁴.

5. Una concepción limitada del derecho de propiedad

La solución adoptada por la CSJN se basa en una idea limitada de la propiedad, que omite los importantes cambios introducidos por la reforma constitucional de 1994. A partir de ella, el derecho de propiedad presenta nuevos caracteres, que son de aplicación para este caso.

La Corte parece entender que sólo es propiedad aquella que se adoptó en el siglo XIX, la que presenta las formas previstas en el art. 2513 del Código Civil vigente al momento del fallo. Parece aludir solamente al derecho real de dominio, que abarca una larga serie de facultades para el propietario. Entonces, si no se puede usar y disponer con total libertad de algo, no hay derecho de propiedad sobre ese objeto. De más está decir que el dominio civil admite distintas limitaciones, incluso en las fórmulas del Código Civil original, pero supondremos que ellas no existen para dejar el argumento bajo su forma más fuerte.

Esa concepción de propiedad entendida como dominio amplio y sin restricciones pudo ser —quizá— correcta bajo la constitución liberal de 1853, que

²³ En junio de 2009, la automotriz General Motors recibió un crédito del Gobierno por un monto de 259 millones de pesos, con fondos provistos por la ANSeS. La empresa devolvió el préstamo antes del plazo fijado; las autoridades nacionales informaron que la operación generó una ganancia para ANSeS de 61 millones de pesos. Véase <http://www.lanacion.com.ar/1325574-general-motors-cancelo-antes-el-credito-de-la-anses>.

²⁴ Período 126, Reunión 28, 15ª sesión ordinaria; 6 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/reunion.asp?p=126&r=28>.

garantizaba aquella visión decimonónica. El art. 17 define a la propiedad como “inviolable”, garantía adicional al derecho ya consagrado en el art. 14 (“usar y disponer”). Ambos artículos siguen vigentes, pero ahora deben leerse en conjunto con los tratados de derechos humanos que, a partir de 1994, tienen la misma jerarquía que los artículos del texto constitucional.

La propiedad después de 1994

Suele explicarse el derecho de propiedad como la relación (exclusiva) entre una persona y una cosa. Sin embargo, la propiedad es —en realidad— una relación entre personas: entre el propietario y quienes no lo son. El derecho de propiedad sobre una cosa es el poder legítimo de impedir a las demás personas (no propietarias) que la usen, exploten, presten, alquilen, o destruyan. La relación con la cosa, en cambio, no siempre es ejercicio del derecho de propiedad (por ejemplo, quien roba algo no es su propietario). El derecho se halla adecuadamente cumplido cuando las demás personas lo reconocen; depende de la relación de la comunidad con el propietario, y no la del propietario con la cosa.

Este derecho se define según las atribuciones reconocidas al propietario (usar, prestar, alquilar, vender, transformar, explotar, destruir), y sobre qué bienes (recursos naturales, objetos creados por el hombre, bienes inmateriales). Este contenido ha variado históricamente, y justamente la reforma de 1994 es una muestra de esa evolución. Hay un nuevo perfil del derecho de propiedad: un espectro diferente de atribuciones reconocidas al propietario.

Se reconoce la posibilidad de propiedad colectiva, contenida en el art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Puede haber objetos propiedad de un conjunto de personas, o de la comunidad toda; por ejemplo, las empresas públicas, o los parques nacionales; las decisiones sobre ellos podrían tomarse por votación popular. Es diferente de la “propiedad comunitaria” reconocida a los pueblos indígenas argentinos (art. 75 inc. 17).

La propiedad ahora puede ser subordinada al interés social. En su art. 21, la Convención Americana de Derechos Humanos establece que el “uso y goce” de los bienes puede “subordinar[se] [...] al interés social”. Algunas facultades del propietario quedan así limitadas por necesidades de la comunidad, siguiendo el planteo propio del constitucionalismo social²⁵.

Se protege de modo especial, además, la propiedad de bienes esenciales. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) establece en su art. 23: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. Este derecho no abarca cualquier bien, ni en cualquier cantidad. Se centra en aquellos que satisfacen “necesidades esenciales” para la dignidad personal.

Es necesaria entonces una lectura integradora, para poder leer conjuntamente las nuevas y viejas cláusulas. En tanto derecho “inviolable”, sólo excepcionalmente puede privarse a alguien de su propiedad, y mediante un procedimiento específico (judicial, o de expropiación). El derecho incluye usar, gozar y disponer de los bienes, siempre según la reglamentación. Siguiendo una línea

²⁵ ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 52-56.

larga de fallos de la Corte, se incluyen dentro del derecho de propiedad los derechos surgidos de la celebración de un contrato, de una sentencia definitiva, o de la vigencia de una determinada legislación: son los denominados “derechos adquiridos”²⁶, parte de la propiedad.

La diferencia surge a partir del tipo de bienes en juego. El uso y goce pueden regularse con el “interés social” como criterio dominante, en el caso de grandes extensiones de tierra fértil, plantas industriales, o fuentes de energía. En cambio, hay bienes cuyo uso, goce y disposición no puede subordinarse al interés social, ni afectarse reglamentariamente: los “bienes esenciales” para la dignidad de la persona y el hogar, como la vivienda, los ahorros familiares, o los bienes de uso personal.

Por ello cabe preguntarse dónde ubicar a los aportes hechos a las AFJP. En principio, no parece conveniente seguir aquella postura que reduce la jubilación o la pensión a un derecho de propiedad específico²⁷. Bajo este marco, se quita identidad al derecho a la seguridad social (previsto en el PDESC, art. 9º) y se pierden de vista las pautas fijadas en el art. 14 *bis* y en el art. 2º del PDESC: movilidad, progresividad, no regresividad, uso del máximo de los recursos disponibles. Estas cláusulas sirven para dar forma a un derecho constitucional en sí.

Sin embargo, parece adecuado analizar (también) desde el punto de vista del derecho de propiedad las sumas de dinero entregadas a las Administradoras. Dentro del espectro de modalidades de propiedad que la reforma de 1994 integró, ¿en qué renglón se debería incluir? Por su carácter alimentario, por su carácter obligatorio, y por tener como único destino posible sostener las jubilaciones del aportante, se trata de una propiedad sobre un bien necesario para preservar la dignidad de la persona y el hogar. Es similar a los ahorros familiares. Por eso, recibe una protección especial. Su inviolabilidad se mantiene, pero ahora reforzada por las previsiones del art. 23 de la DADDH.

Bajo esta lectura enriquecida con las nuevas cláusulas sobre propiedad, pierde sentido el argumento de que los aportes a las cuentas individuales no son propiedad porque no se podían disponer libremente. La propiedad no es sólo la del Código Civil vigente al momento del fallo (o del nuevo Código Civil y Comercial, igualmente). Por el contrario, la propiedad constitucional (en sus diferentes especies: colectiva, individual, comunitaria, etcétera) es más amplia, incluye distintas variedades. Es la que debe guiar el análisis: no puede usarse el Código Civil para evaluar la constitucionalidad de una ley. Esa revisión debe basarse (no puede ser de otra forma) en la Constitución misma.

Las limitaciones (aporte obligatorio, disponibilidad determinada) niegan el derecho de propiedad. Del mismo modo, la ley 14.394 vigente al momento del fallo imponía serios límites a las facultades del propietario de una vivienda protegida como bien de familia. Esa vivienda no podía ser enajenada, ni objeto de legados (art. 37); el propietario debía habitar en ella, no podía abandonarla (art. 41). Nadie supondría que eso significaba que el Estado tenía derecho a expropiar esa vivienda sin indemnización. De nada valdría alegar que como no

²⁶ GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 85; SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 782-785.

²⁷ Esa es la propuesta, por ejemplo, de BEGUERIE, DELFINA, “La jubilación integral: el derecho social de propiedad”, cit.

era de libre disponibilidad, o como tenía un destino definido (vivienda familiar), no era realmente una propiedad.

Precisamente, este derecho de propiedad sobre los aportes individuales fue creado por la ley 24.241 con esos particulares caracteres y limitaciones, y con ellos se incorporó al patrimonio de cada persona afiliada. No son razones que justifiquen la confiscación; solamente definen las facultades reconocidas al propietario. De hecho, el texto de la ley 26.425, al ordenar la transferencia de la propiedad, la está reconociendo expresamente. No hay excusas para tomar esos bienes, que tienen carácter alimentario por definición, y cambiar su titularidad sin indemnización al afectado.

Si hay propiedad y si fue quitada sin compensación, hay daño y así caen los tres argumentos centrales del dictamen de la Procuradora Fiscal y el fallo de la Corte basado en él. Revirtiendo el razonamiento: los aportes son propiedad de Pablo Ariel Rossi; el Gobierno los transfirió sin compensación a un ente estatal; hubo confiscación; la medida es inconstitucional y el daño habilita la interposición de un amparo.

Indudablemente, abandonar el sistema de capitalización individual es un paso adelante, un regreso a un régimen mucho más cercano al espíritu y letra del art. 14 *bis* de la CN. Sin embargo, ese objetivo aceptable no admite medios inconstitucionales. Una política social, como toda acción del Estado, debe ser coherente con los derechos humanos constitucionales.

6. Alternativas respetuosas del derecho de quienes aportaron

Reconocer el derecho de propiedad sobre los aportes no significa, por supuesto, que el sistema creado por el neoliberalismo en 1993 debiera mantenerse. Por el contrario: la vigencia efectiva de los derechos humanos a la seguridad social y los derechos constitucionales a la movilidad y a la participación de los interesados en la gestión de los organismos del área hacían necesaria la eliminación de aquel régimen, por las razones que se expusieron más arriba.

Dejar atrás el sistema de capitalización debía llevarse a cabo respetando los derechos de quienes aportaron. En esto radica el enfoque de derechos²⁸: diseñar las políticas, las medidas de gobierno, buscando no sólo el apoyo político, la viabilidad financiera y el sustento técnico, sino también la adecuación a los derechos humanos. La responsabilidad del Estado es dar forma a las alternativas que cumplan estas condiciones.

En principio, aparecen dos vías posibles. La primera surge del voto en minoría del camarista Martín Laclau al dictar sentencia en este mismo caso en 2009. Luego de aceptar las facultades del Estado para cambiar el régimen jubilatorio, Laclau subraya que la ley 24.241 crea un derecho de propiedad sobre los contenidos de las cuentas, y que ello no puede deshacerse sin indemnización. Su propuesta no es devolver íntegro el contenido al amparista. En cambio, sostiene que deben sumarse todos los aportes obligatorios que Rossi debería haber hecho bajo el régimen de reparto al que ahora va a ser transferido, y restar ese total del monto que hay en su cuenta individual. El saldo, si lo hubiera, debe ser devuelto

²⁸ SEPÚLVEDA, MAGDALENA, *De la retórica a la práctica: el enfoque de derechos en la protección social en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2014, p. 21.

al amparista. Laclau entiende que así se solventa el régimen de reparto y se reseta (mediante el reintegro) el derecho de propiedad sobre lo aportado.

Una segunda vía, en cambio, podría haber adoptado un régimen de transición, aplicable a quienes ya estaban dentro del sistema de capitalización. Para ese grupo, el Estado nacionalizaría la *administración* de los fondos (es decir, el negocio de las AFJP) y no los fondos mismos. La tarea podría haber quedado en manos de ANSeS²⁹. Quizá a través de incentivos, o por el mero paso del tiempo, el número de personas en ese régimen de transición podría haber disminuido, y el régimen de reparto quedaría como única alternativa.

Posiblemente no sean soluciones perfectas, ni las únicas posibles. Pero sí parten de una base diferente: el diseño de una política debe incluir el respeto de los derechos constitucionales. No basta con la aceptabilidad política, la solvencia técnica y la sustentabilidad fiscal. Los derechos crean obligaciones para el Estado: limita las opciones disponibles. Fijan nuevos marcos para encauzar la voluntad política. Incluso para alcanzar objetivos constitucionalmente válidos, los medios elegidos deben contar con esa misma calidad.

Bibliografía

ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

ABRAMOVICH, VÍCTOR, "Constitución y política social. Proyecciones de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema sobre derechos a la seguridad social en la esfera no contributiva", en Roberto Gargarella (coord.), *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

BEQUERIE, DELFINA, "La jubilación integral: el derecho social de propiedad", en Julio César Rivera, José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre (directores), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 1212-1264.

BERTRANOU, FABIO *et al.*, *Beyond the privatisation and re-nationalisation of the Argentine pension system: coverage, fragmentation and sustainability*, 2012. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2191202>

CARNOTA, WALTER, "¿Hay una propiedad previsional constitucionalmente garantizada?", *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008 (octubre)*, 27 de octubre de 2008, pp. 21-23.

DANANI, CLAUDIA y HINTZE, SUSANA, "Reformas y contrarreformas de la protección social: la seguridad social en la Argentina en la primera década del siglo. *Reflexión Política*, vol. 12 (núm. 24), diciembre de 2010, pp. 18-29. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11017129003>.

GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005.

HERRERO, ÁLVARO, "La incidencia de la Corte Suprema de Justicia en la formulación de políticas públicas: una exploración empírica del caso argentino", *Política*, vol. 49 (núm. 1), 2011, pp. 71-106.

KIGUEL, MIGUEL A., "Structural reforms in Argentina: success or failure?", *Comparative Economic Studies*, vol. 44, núm. 2, verano 2002, pp. 83-102.

²⁹ La misma ley 24.241 preveía (art. 72) la posibilidad de que la Superintendencia de AFJP asumiera la gestión de los fondos sustituyendo a una administradora que no pudiera operar más, o que hubiera incurrido en alguna de las causales de revocación de la autorización para funcionar.

LOÑ, FÉLIX, "Las jubilaciones en la encrucijada", *Suplemento Especial Reforma al Sistema Previsional 2008 (octubre)*, 27 de octubre de 2008, pp. 65-67.

MESA-LAGO, CARMELO, "Social welfare reform in the context of economic-political liberalization: Latin American cases", *World Development*, vol. 25, núm. 4, 1997, pp. 497-517.

ORENSTEIN, MITCHELL A., "Pension privatization: evolution of a paradigm", *Governance*, vol. 26, núm. 2, 2013, pp. 259-281.

ROFMAN, RAFAEL, "The new pension system in Argentina", *The Geneva Papers on Risk and Insurance*, vol. 26, núm. 4, octubre 2001, pp. 587-610.

SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999.

SEPÚLVEDA, MAGDALENA, *De la retórica a la práctica: el enfoque de derechos en la protección social en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2014.

