



**MINISTERIO PÚBLICO FISCAL**

*AUTOS: “RAMIREZ OSVALDO ANDRES Y OTROS C/ANSES S/PENSIONES”*

*EXPEDIENTE N°: 86.370/11*

*JUZGADO N°: 8*

*DICTAMEN N°: 317.085/19*

*FISCALIA N°: 1*

*Señora Jueza:*

*I- Se solicita la opinión de este Ministerio Público Fiscal respecto de la defensa de prescripción opuesta por la demandada y su contestación.*

*II- Se desprende de las constancias obrantes en autos que los Sres. Osvaldo Andrés Ramírez, Luis Antonio Castaldo y Carlos Alberto Caballero interponen demanda contra la Administración Nacional de la Seguridad Social –ANSES- a fin de obtener el cobro de los haberes de pensión honorífica de Veteranos de Guerra (reconocimiento histórico), desde el 14 de junio de 1982 hasta la sanción de la ley 24.652 (B.O. 28/06/1996), con más las actualizaciones, costas e intereses con tasa activa.*

*Solicitan que se dejen sin efecto las resoluciones RNE-E N° 01068 de fecha 24/05/2011, GUA-A N°801 de fecha 07/06/2011 y GUA-A N° 686 de fecha 16/05/2011, dictadas por la ANSES -Gerencia de Unidad de Trámites Complejos-, recaídas en los expedientes administrativos n° 024-20-14589567-8-582-1; 024-20-16224100-2-582-1 y 024-20-16223813-8-582-2, mediante las cuales se desestiman las pretensiones que fueran oportunamente interpuestas en dicha instancia.*

*En ese sentido persiguen que se declare la inconstitucionalidad del artículo 5 del Decreto Reglamentario 2634/90, con fundamento en que se excede de su potestad reglamentaria, por cuanto limita la liquidación del beneficio, más allá de lo legislado en el artículo 1 de la ley 23.848 (T.O. por la ley 24.652).*

*Finalmente, manifiestan que sustentan su reclamo en diversas actas suscriptas entre la ANSES y una Comisión Negociadora que representó a los ex soldados conscriptos que combatieron en Malvinas.*

*Mediante dichas constancias, ambas partes se comprometieron a continuar con las tratativas tendientes al efectivo pago del reconocimiento de deuda histórica y la constitución de una comisión conjunta de trabajo a los mismos fines y efectos.*

*Corrido el traslado de la demanda, a fs. 62/68 luce la contestación por parte de la ANSES, que reconoce que los coactores se encuentran percibiendo el beneficio de pensión vitalicia otorgado a ex soldados, conscriptos y combatientes que se encontraban en acciones bélicas en el Conflicto del Atlántico Sur, y al personal civil que se encontraba cumpliendo funciones.*

*El Organismo Administrativo esgrime que dichas pensiones fueron otorgadas por el legislador en reconocimiento a consecuentes intervenciones bélicas, no siendo su objetivo el de cubrir riesgos de subsistencia, ni sustituir su haber de actividad.*

*Sustenta su posición a partir del texto de la ley 23.848, del cual se colige que estas pensiones son compatibles con cualquier actividad actual del beneficiario, incluso con otro beneficio de carácter previsional, características que le confieren otro régimen completamente diferente al de los haberes previsionales “per se”.*

*Expresa que las actas referidas por los litigantes no fueron más que cartas de intención. Que no se facultó nada concreto y que sólo dan cuenta de la búsqueda de una solución respecto al reclamo de reconocimiento histórico a través del cobro de un retroactivo que nunca dispuso la ley 23.848.*

*También hace mención al Dictamen N° 43.781 de fecha 14/01/2010, en el cual se expresó que ambas partes harían el anuncio del citado reconocimiento.*

*Al respecto el Ente argumenta que es de carácter meramente estimativo, que ello no implica asunción de compromiso alguno por su parte.*

*En razón de ello considera que mal podría sostenerse la existencia de un derecho en expectativa, si a la fecha no existe ley vigente que otorgue derecho al cobro.*

*Por último, la ANSES opone prescripción en los términos del artículo 82, 3º párrafo, de la ley 18.037, ratificado por el artículo 168 de la ley 24.241 (fs. 62/68).*

*La actora contesta el traslado conferido (fs. 80/83), ratificando cada uno de los puntos sostenidos, en especial la inconstitucionalidad del artículo 5 del decreto 2634/90 por exceder la potestad reglamentaria.*

*Asimismo, los ex combatientes reiteran que la condición de beneficiario de la ley, en el caso de los derechohabientes de los veteranos fallecidos con anterioridad a la vigencia de la norma, era reconocida desde el fallecimiento o desde el día presuntivo de fallecimiento dictado por sentencia. Reclaman además, por discriminación en perjuicio de los ex combatientes vivos.*

*En cuanto a la cita del artículo 82 párrafo 3º de la ley 18.037 según artículo 168 de la ley 24.241 por parte de la demandada, también lo consideran improcedente por cuanto la Administración no invoca motivos de oportunidad o conveniencia, ni políticos o institucionales.*

*Entienden que el cese del acto de servicio, sería el final de la guerra y ello tornaría concordante la petición con los conceptos propios del derecho previsional.*

*Alegan también, una obligación moral del Estado Argentino: Manifiestan que los ex combatientes fueron obligados a armarse en defensa de la Patria, respondiendo al requerimiento de un Poder Ejecutivo de facto, sin intervención del Congreso Nacional.*

*Afirman que frente a todo lo expuesto, es imprescriptible el derecho debatido, por tratarse de un derecho humano fundamental, reconocido constitucionalmente y en los pactos internacionales que son ley de la Nación.*

*Por último, refieren al principio de supremacía constitucional para decir que el Estado no puede legislar internamente sino para garantizar derechos humanos y que el reconocimiento del principio de progresividad de las leyes destierra interpretaciones que puedan ser consideradas regresivas.*

*Se suceden "a posteriori", trámites de producción de prueba.*

*En estas condiciones, se me solicita opinión, previo a resolver el caso planteado.*

*III- Sin perjuicio del requerimiento específico de la vista y a fin de una mejor explicación de la situación, se efectúa una **consideración previa**.*

*Así, la temática en examen se centra en determinar si los actores, titulares todos de un beneficio de pensión de guerra en los términos de la ley 23.848 (del 27.09.1990), tienen derecho o no a la liquidación de los mismos desde 1982 y hasta la vigencia de la ley 24.652 de junio de 1996.*

*Desde esa perspectiva, en principio se desarrollan las normas jurídicas que regulan la controversia.*

*Luego, se analiza si el Poder Ejecutivo al dictar el Decreto Nacional N° 2634/90, en su artículo 5, se excedió de las facultades conferidas por el artículo 99 inciso 2 de la Constitución Nacional (artículo 86 inciso 2 de la Constitución de 1853).*

*El artículo 1 de la ley 23.848 establece: "Otórgase una pensión de guerra, cuyo monto será equivalente al cien por ciento (100 %) de la remuneración mensual, integrada por los rubros "sueldos y regas" que percibe el grado de cabo del Ejército Argentino, a los ex-soldados conscriptos de las fuerzas armadas que hayan estado destinados en el teatro de Operaciones Malvinas (TOM) o entrado efectivamente en combate en el área del Teatro de Operaciones del Atlántico Sur (TOAS), y a los civiles que se encontraban cumpliendo funciones de servicio y/o apoyo en los lugares antes mencionados, entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982, debidamente certificado según lo establecido en el decreto 2634/90. Dicha pensión sufrirá anualmente las variaciones que resulten como consecuencia de los aumentos que la Ley de*



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

*Presupuesto General de la Nación introduzca en los sueldos y regas del grado de cabo del Ejército Argentino.”.*

*Esta redacción es producto de la sustitución que de dicho artículo ordenara la ley 24.652.*

*El artículo 2 de la misma ley dispone que: “El beneficio establecido en el artículo anterior, se extiende a los derechohabientes, entendiéndose por tales a los enumerados en el artículo 53 de la Ley 24.241 (sus complementarias y modificatorias). A falta de los mismos serán beneficiarios los padres incapacitados para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso, siempre que éstos no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que otorga la presente. El monto de la prestación se determinará conforme lo dispuesto en el artículo 186 de la Ley 24.241 y sufrirá las mismas variaciones que tenga la pensión establecida en el artículo anterior” (texto sustituido también por la ley 24.652).*

*Dichos artículos fueron reglamentados por el Decreto 2634/90, el cual en lo que aquí interesa dispone: “Artículo 5°. Las pensiones se abonarán: a) En el caso del artículo 1° de la Ley N° 23.848, a partir de la fecha de solicitud de la prestación. b) En los supuestos del artículo 2° de la ley citada en el inciso precedente, desde el día siguiente al de la muerte del causante o al del día presuntivo de su fallecimiento, fijado judicialmente, siempre que la solicitud se formule dentro del año contado desde el deceso o de quedar firme la sentencia que declare el fallecimiento presunto. Tratándose de incapaces que carezcan de representación se abonarán desde las fechas indicadas en el párrafo anterior, en tanto que la presentación se produzca dentro de los TRES (3) meses contados desde la fecha en que quedó firme la sentencia que designó al representante... (Artículo sustituido por art. 5° del Decreto N° 886/2005 B.O. 22/7/2005. Vigencia: rige desde el 6 de octubre de 2004, fecha de entrada en vigor del Decreto N° 1357/2004)”.*

*Con la sanción del Decreto 1357/2004, se establece: “...la Administración Nacional de la Seguridad Social tendrá a su cargo el otorgamiento, liquidación y pago de las pensiones no contributivas a los veteranos de la Guerra del Atlántico Sur y sus derechohabientes y que el monto de dichas pensiones será para sus titulares el equivalente a la suma de TRES (3) veces el haber mínimo de las prestaciones a cargo del Régimen Previsional Público del SISTEMA INTEGRADO DE JUBILACIONES Y PENSIONES, instituido por la Ley N° 24.241, sus modificatorias y complementarias.”*

*IV- La vista conferida en las presentes actuaciones versa sobre la prescripción planteada por la demandada, una defensa que se resolverá al momento de la sentencia, para lo cual resulta de suma importancia el **planteo de inconstitucionalidad del decreto 2634/90**.*

*En ese sentido, toda vez que la prescripción bajo análisis está íntimamente relacionada con la cuestión de fondo, previo a emitir una opinión, corresponde efectuar aseveraciones al respecto.*

*Sobre ello, cabe señalar que el decreto 2634/90, cuya inconstitucionalidad se plantea, fue dictado en el marco del segundo inciso del artículo 86 de la Constitución Nacional de 1853, tratándose de un reglamento para la ejecución de la Ley de la Nación 23.848.*

*Esta especie de reglamento, tiene fundamento constitucional en el artículo 86, inciso 2 de la Constitución Nacional de 1853 (artículo 99 inciso 2° de la Constitución de 1994) cuando señala que el Presidente “expide las instrucciones o reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu como excepciones reglamentarias” (Conf. “Derecho Constitucional Argentino” - Tomo II – Pág. 1104-1111- Quiroga Lavié – Benedetti – Cenicaleya; Paginoa; Editorial Rubinzal - Culzoni Editores, ob. Cit.).*

*La Corte Suprema trazó, por primera vez los límites de la competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo en el caso “Delfino y Cia.” con mención expresa del anterior art. 86, inciso 2°.*

*El Tribunal sostuvo que existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Ahora bien, encontrar la línea divisoria entre una y otra constituye una cuestión problemática y, al decir de la Corte Suprema, una cuestión de hecho (Conf. C.S.J.N. “Delfino y Cia.” Fallos 269:393 (1967)).*

*Se emite en la etapa de implementación de una ley ya sancionada por el Poder Legislativo, promulgada y publicada por el Ejecutivo, cuando aquella requiere que se precisen las condiciones y detalles para su aplicación por parte del propio Ejecutivo.*

*Muchas veces es la propia ley la que señala expresamente la necesidad de su reglamentación (incluso fijando un plazo para ello), tal como ocurre en el artículo quinto de la ley 23.848.*

*Como consecuencia de su posterioridad y necesidad, el rango normativo del decreto reglamentario es sublegal (infra legem), subordinado o inferior a la ley que procura reglamentar (secundum legem). Como está sujeto a la supremacía de la Constitución su contenido debe ser doblemente compatible: con la ley y con la Constitución (Conf. “Derecho Constitucional Argentino” - Tomo II – Pág. 1104-1111- Quiroga Lavié – Benedetti – Cenicalaya; Paginoa; Editorial Rubinzal - Culzoni Editores, ob. Cit.).*

*El más Alto Tribunal ha señalado que los reglamentos de ejecución forman parte de la ley misma, de suerte que pasan a integrarla, claro está, en la medida en que se respete su espíritu (Conf. Fallos 249:189, 262:468 y 312:1484).*

*El requisito de validez de estos reglamentos es que no alteran el “espíritu” de la ley, es decir, que deben adecuarse tanto a los motivos y a los medios como a la finalidad de la ley.*

*Continuando en este temperamento, cabe desentrañar si el artículo 5 del Decreto 2634/90 está en consonancia con el espíritu de la ley 23.848 y en consecuencia es constitucional o en su defecto, lo altera y entra en crisis con la Ley Fundamental.*

*Tanto el entonces artículo 86 inciso 2, como el actual 99 inciso 2 de la Constitución Nacional, facultan al Poder Ejecutivo a reglamentar la ley sancionada por el Congreso pero: “...cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.*

*Resulta fácil comprender cuál es su objeto. De ella, surge en forma inequívoca un insoslayable límite a la atribución del órgano ejecutivo para reglamentar leyes, pues al ponerla en práctica no debe alterar el espíritu de la ley que viene a desarrollar (Conf. Apuntes sobre la reglamentación de las leyes. Autores: Corbalán, Pablo S. Pinese, Graciela Gloria publicado en: Sup. Act. 18/05/2010, Cita Online: AR/DOC/2788/2010).*

*En cumplimiento de ello, el Poder Ejecutivo tiene la atribución de integrar la ley con los pormenores necesarios para su cumplimiento y la efectividad de sus objetivos.*

*Así como la competencia del Congreso de la Nación para reglamentar derechos por medio de la sanción de las respectivas leyes, también de génesis constitucional, encuentra expreso límite en el artículo 28 de la Constitución Nacional, la atribución reglamentaria que la Carta Magna confía al presidente de la Nación también está limitada en su ejercicio.*

*Por un lado, la misma cláusula que la reconoce consigna un límite expreso. Por el otro, el citado artículo 28 también opera como un tope indiscutido.*

*Así, ambas competencias, que no deben ser confundidas en manera alguna, aparecen reconocidas y limitadas en la propia Constitución.*



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

*Ello es así por cuanto el Congreso no puede alterar los derechos al reglamentarlos, ni el Poder Ejecutivo se encuentra facultado a modificar el espíritu de la ley que reglamente.*

*En estas premisas hay razonabilidad, pues, de lo contrario, un ejercicio abusivo de aquéllas competencias que no encuentre límite alguno sería peligroso para la República.*

*Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten a su espíritu; El texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión si ello no afecta su aceptación sustantiva" ("Chadmich, Weir y Cía", Fallos: 151:5. En el mismo sentido, "Bustos c. Gobierno Nacional", Fallos: 232:287).*

*Esta expresión hace referencia a la finalidad y al sentido con que las leyes han sido sancionadas. Se sigue de ello que el Ejecutivo no debe incurrir en excesos al ejercer su atribución reglamentaria que puedan afectar la finalidad y el sentido de la ley. Si dicho límite no se hubiera consignado en el texto constitucional, el órgano ejecutivo podría llegar hasta tener un poder más amplio que el propio que la sanciona, esto es el Congreso de la Nación, y en definitiva aquél impondría su propia voluntad y discreción (Conf. González Calderón, Juan A., Curso de derecho constitucional, pág. 505, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1960).*

*Es necesario que el reglamento de ejecución conserve su condición de tal y no se convierta en una ley adicional o paralela a la que viene a desarrollar.*

*El Poder Ejecutivo Nacional al reglamentar la ley sólo debe limitarse a cumplir con el propósito que encierra dicha competencia: desarrollar y complementar la ley. De eso se trata. Incluso, no está de más recordar que no todas las leyes requieren reglamentación.*

*Sentado lo anterior, es dable apuntar que el espíritu de la ley es un recurso argumentativo recurrente en los fallos. Se lo utiliza como herramienta correctora de alguna deficiencia en la terminología legal, es decir, en el tenor literal o palabras de la ley, en aras de la razonabilidad de los resultados a los que conduce la actividad interpretativa.*

*Esa tendencia se advierte en "Yofre de Vaca Narvaja, Susana v. Ministerio del Interior", precedente en el que se afirma que "no es siempre método recomendable el atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante; es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente injustas cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y de la judicial".(Conf. C.S.J.N. Y. 43. XXXVIII. Yofre de Vaca Narvaja, Susana c/ Ministerio del Interior - resol. M.J.D.H. 221/00, expte. 443.459/98).*

*El uso de ese enunciado interpretativo como parte de la reducción al absurdo se reitera en la causa "Sánchez, Dora C. v. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos", del año 2006, donde se sostiene que "no se trata de desconocer la palabra de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios de hermenéutica enunciados, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente contradictorias ( Conf. CSJN. S. 61. XXXVIII. Sánchez, Dora Cristina c/ M° J. y D.D.H.H. -ley 24.411 resol. 381/00).*

*Como puede advertirse en este precedente, el espíritu de la ley es colocado junto a los fines y a la coherencia del sistema como métodos distintos, en tanto no son tomados como sinónimos." (Conf. Autor: Azar, Aldo Marcelo Título: Del espíritu de la*

*ley a los fines de la ley: concepto, evolución del concepto y alcance de la regla de interpretación legal Fecha: 2015-01-21 Publicado: SJA 2015/01/21-3; JA 2015-I-941)*

*En el caso de marras, es dable destacar que les asiste razón a los litigantes en relación a que el artículo quinto del decreto reglamentario 2634/90 excede el espíritu de la ley 23.848.*

*En efecto, por ley 23.848 se otorga una pensión de guerra, no contributiva, a modo de reconocimiento por la intervención en el conflicto bélico. Dicha pensión tuvo esa finalidad, esto es reconocer al veterano de guerra. Es aquí donde debe centrarse la cuestión conceptual: ¿desde cuándo se es veterano de guerra y por ende desde cuándo corresponde el beneficio?*

*¿El artículo 1 de la ley 23.848 tiene en cuenta el hecho generador de la pensión, que es el conflicto bélico o establece alguna fecha distinta del inicio del cobro? ¿En consecuencia, el artículo 5 del decreto reglamentario se excede o no?*

*Es evidente que la intención del legislador y el espíritu de la ley han sido establecer un reconocimiento y reivindicación históricos a los veteranos de guerra durante el acontecimiento bélico. Carecería de sentido y hasta resultaría contradictorio que se considerara veterano de guerra a partir del día de la presentación de solicitud y no desde el tiempo mismo del conflicto bélico.*

*Asiste razón a los litigantes en cuanto a que es evidente la contradicción entre los dos incisos 1 y 2 del art. 5 del decreto 2634/90, puesto que para el derecho a pensión en los términos del art. 53 de la ley 24.241 se toma en cuenta la fecha del deceso, aun cuando fuere anterior a la fecha de vigencia de la ley, y para el veterano sobreviviente es tomada en cuenta la fecha de presentación de solicitud que obviamente siempre será posterior a la de la vigencia de la ley.*

*Ello es una clara discriminación, lo cual a mi entender no ha sido la intención del legislador, quien consideró veteranos de guerra a quienes participaron en el conflicto, con total independencia de lo que pudiera ocurrir a cada uno de ellos. Vale decir, concluyo que se es veterano de guerra desde el mismo momento en que cesó el conflicto.*

*Del espíritu de la letra de la ley 23.848 surge que la pensión debe cobrarse desde el momento en que se adquiere la condición de veterano de guerra.*

*Ello es así, por cuanto la participación en el conflicto bélico es el hecho que genera la reivindicación y el reconocimiento que se traduce en el derecho positivizado a través de la ley 23.848.*

*Resultaría contraria a los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional la exégesis de interpretación de esta norma en su conjunto (decreto reglamentario incluido), si se considerara veterano de guerra con derecho a percibir desde el momento de la solicitud del beneficio y no desde el mismo momento que cesó el conflicto bélico.*

*Por otro lado, el inc. 2, del art. 5° del mencionado decreto, que regula la manera de adquisición del beneficio de pensión, establece la fecha presuntiva del fallecimiento como el hecho originario desde el cual se adquiere el derecho al cobro, entrando en una clara contradicción con el inc. 1 del mismo articulado.*

*La Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, ante casos con connotaciones similares, resolvió que respecto de la fecha de inicio del cómputo de las retroactividades en caso análogo, corresponde disponer que las sumas que en definitiva resulten se abonen al reclamante desde que se produjo el hecho generador en el que tuviera participación (conflicto bélico con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) (cfr. Decimo Roberto Enrique y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Defensa s/Personal militar y civil de las fuerzas armadas y de seguridad” (Conf. Sent. def. 157842, CFSS SALA I, y “Gramajo, Héctor Horacio c/ Estado nacional- Ministerio de Defensa s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seguridad”, CFSS Sala I, Sent. 115.545 del 20.10.05).*



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

*Cabe señalar que esta Sala se ha expedido en relación al subsidio extraordinario de la ley 22.674, al tratarse de una protección tuitiva del Estado en beneficio de las personas con disminución psíquica y física y cuya afectación tiene como causa haber intervenido en el conflicto bélico del Atlántico Sur.*

*En este último fallo concluyó en reiteradas oportunidades que “comprende un trato discriminatorio con respecto al veterano sobreviviente para el que se determina en el art. 5 la fecha inicial de pago desde la solicitud de la pensión. Tal discriminación no ha sido la intención del legislador, quien consideró que la situación del veterano de guerra de quienes participaron en el conflicto, es la que da origen al beneficio, con total independencia de lo que pudiera ocurrir a cada uno de ellos, por lo que concluye que se es veterano de guerra desde el mismo momento que cesó el conflicto y que corresponde que la pensión sea liquidada desde tal fecha” (conf. C.F.S.S., Sala I, autos: “Pera, Julio Cesar y Otro c/ ANSeS s/ Pensiones” Expte.: 104.483/2011).*

*Es más, el decreto en cuestión además de alterar el espíritu y la finalidad de la ley 23.848 crea una “categoría sospechosa”, ya que utiliza dos criterios al inicio del cobro de la pensión de guerra ante un mismo hecho generado, infringiendo así el derecho de igualdad tutelado por el art 16 de la Constitución Nacional.*

*La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que una concepción de igualdad no se reduce a un mero igualitarismo, o en otros términos, la nivelación absoluta de los hombres (Conf. Fallos 151:359)*

*El Máximo Tribunal ha incorporado al análisis de la razonabilidad de las diferenciaciones normativas, el llamado al juicio de alteración del contenido esencial del derecho fundamental.*

*Ello resulta acertado, puesto que no reduce la razonabilidad a una mera racionalidad técnica, ni se conforma con un análisis utilitarista que subordina la validez y exigibilidad de los derechos fundamentales a la concurrencia de un interés sustancial o imperioso. (Conf. Marta Maria Didier, Tesis doctoral de la Universidad Austral “El principio de igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina y Estados Unidos: Semejanzas, diferencias e implicancias iusfilosóficas”).*

*Todo exceso reglamentario violatorio de la ley que reglamenta es siempre inconstitucional. El control judicial de razonabilidad en términos de proporcionalidad entre la ley objeto de reglamentación y la respectiva normativa reglamentaria, en cada caso permitirá que el órgano judicial examine que la competencia que la Constitución Nacional le atribuye al Presidente de la Nación, sea ejercida dentro de sus respectivos límites.*

*Un reglamento de ejecución que altere el espíritu de la ley es irrazonable y, por lo tanto, inconstitucional.*

*Es importante tener en cuenta que el principio de razonabilidad no sólo tiene plena aplicación con relación a las leyes reglamentarias de derechos exigiendo que sean razonables, sino que, por el contrario, su campo de aplicación tiene un espectro mayor y comprende a todos los actos emanados de los órganos clásicos del Estado, los cuales deben ser razonables (Conf. Corbalán, Pablo S. Pinese, Graciela Gloria, “Apuntes sobre la reglamentación de las leyes”, publicado en: Sup. Act. 18/05/2010, Cita Online: AR/DOC/2788/2010).*

*En esta inteligencia los reglamentos de ejecución deben guardar congruencia con el principio de razonabilidad contemplado en el artículo 28 de la Constitución Nacional.*

*Las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta su contexto general y los fines de que las informan y de la manera que mejor se compadezcan con los principios y garantías constitucionales, en tanto con ello no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso (Conf. Superintendencia de Seguros de la Nación, 29/11/79, Fallos: 301:1149, en este sentido véase “Nación Argentina c. NN y/o Juan P. Varela, 8/11/71, ídem, 281:146 y Bravo Quiroga 15/7/70, ídem 277:213).*

*Es con el propósito de evitar que se desconozcan los fines tuitivos de las normas, que la Corte ha exigido una máxima prudencia en el intérprete afirmando que*

las desigualdades surgidas como consecuencia de la aplicación de una ley provisional no pueden resolverse sino tendiendo a alcanzar mayores niveles de bienestar (Conf. Valdez c. Provincia de Catamarca, 21/9/82 Fallos: 304:1340); ello resulta del “objetivo preeminente” de la Constitución Nacional de lograr el bienestar general. (Conf. American Cyanamid, 21/12/70, Fallos: 278:313) lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social” (cfr. Helguera de Rivarola, María Teresa, 11/12/75, Fallos: 293:551). (Conf. Cipolletta Graciela E., “La interpretación de las normas previsionales Una reflexión sobre el Fallo Demarchi”, Revista del Derecho del Trabajo, año 2008-B, pág. 3).

En el caso de marras, y sin perjuicio del motivo de vista, debo manifestar la existencia de una palmaria violación al principio de igualdad consagrado por la Constitución Nacional. En virtud de ello, el pago de la pensión honorífica debió hacerse efectivo desde 1982 para no incurrir en tal violación.

De este modo, pagar a los derechohabientes de los soldados muertos en la guerra o a los conscriptos comprendidos en las premisas de la ley 22.674 y no a los soldados conscriptos que sobrevivieron, como es el caso de los actores, implica una grave vulneración a la manda constitucional.

A los efectos de una mejor ilustración, más adelante se desarrollará inclusive el contexto histórico en que los sobrevivientes fueron a la guerra de Malvinas y las condiciones que padecieron desde el final del conflicto bélico.

**Como conclusión de lo expuesto, he de sostener que los actores tienen derecho al cobro de la pensión honorífica desde el momento del hecho generador, el conflicto bélico.**

V- Dicho ello, **corresponde analizar la defensa de la prescripción**, a fin de resolver es si se aplica la prescripción del art. 82 de la ley 18037, siendo éste el planteo de la demandada y en ese sentido el tema a decidir.

En relación a ello, cabe señalar que reconociendo que les asiste a los peticionantes el **derecho al cobro desde 1982**, tales acreencias son **imprescriptibles**, correspondiendo por lo tanto el pago de la pensión honorífica en razón de los argumentos que expondré a continuación.

El antiguo Código Civil de Vélez Sarsfield, en su artículo 3947 definía a la prescripción como el “medio de adquirir un derecho o liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo”.

El nuevo Código Civil y Comercial en cambio, no enuncia una definición legal del instituto.

Los integrantes de la Comisión Redactora del Proyecto lo consideraron conveniente por considerar que, ni las que la conceptualizan como un modo de extinción de obligaciones, ni las que ponen el acento en su efecto de privación del derecho a accionar para solicitar tutela jurisdiccional, resultan conceptualizaciones idóneas.

Las primeras, en razón de la subsistencia de ciertos efectos respecto de obligaciones prescriptas; las segundas, porque utilizan el término “acción” en una concepción que no se corresponde con el significado que la doctrina procesal asigna a esta palabra en nuestros días.

Además, señalaron el hecho de que la prescripción se proyecte a situaciones que exceden el ámbito de los derechos personales y reales, abarcando situaciones que comprometen actos en general (acción de nulidad por ejemplo).

No obstante ello, se ha definido al instituto de la prescripción como el medio por el cual, en ciertas circunstancias, el transcurso del tiempo opera la adquisición o modificación sustancial de un derecho.

En nuestro derecho se reconocen dos tipos de prescripción: la adquisitiva y la liberatoria.

La primera es un vehículo para la constitución de algunos derechos reales.



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

*Por la segunda se extingue la acción judicial para reclamar por el reconocimiento de todo tipo de derechos.*

*Mariani de Vidal expresa que el fundamento de la prescripción adquisitiva, al igual que el de la liberatoria, es consolidar situaciones fácticas, como medio de favorecer la seguridad jurídica, liquidando situaciones inestables, dando certeza a los derechos y poniendo en claro la composición del patrimonio, con lo cual se propende a la paz y el orden social.*

*La defensa de la prescripción debe ser atendida en el marco de las cuestiones que atañen al derecho de la seguridad social y a la luz de la jurisdicción protectora que reviste la justicia federal de la seguridad social.*

*En el caso particular, estamos analizando la prescripción respecto de la pensión de los veteranos de guerra, soldados conscriptos que fueron convocados a armarse en defensa de la Patria, por un gobierno usurpado en el marco de una dictadura cívico militar.*

*Como bien dicen los actores, los ex combatientes fueron obligados a alzarse en armas en defensa de la Nación Argentina, respondiendo al requerimiento de quienes usurparon el poder, siendo un dato no menor que la decisión se tomó sin intervención del Congreso de la Nación, por encontrarse cerrado.*

*No obstante ello, **deben ser reconocidos los actos de servicio específicamente cumplidos por los ex combatientes, desde el momento mismo del hecho generador, es decir desde los tiempos de la guerra.***

*VI- Más allá del reconocimiento que implica una pensión de guerra, ésta no deja de participar de la naturaleza de los derechos de la seguridad social.*

*Considero útil efectuar algunas precisiones respecto de la seguridad social y a las prestaciones, que facilitarán la comprensión de la temática en cuestión.*

*La seguridad social ha dejado de verse como un simple conjunto de coberturas que tienden a proteger a las personas frente a las diferentes contingencias que puedan afectarlas, para convertirse en la necesidad de plasmar en la realidad de la vida cotidiana y volcar en la legislación una determinada idea o concepción de la justicia.*

*El derecho al goce de los beneficios de la seguridad social es reconocido por los distintos instrumentos internacionales, tales como: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Socio laboral del Mercosur, los Convenios 102, 118, 128 y 157 de la Organización Internacional del Trabajo, etc.*

*La seguridad social es una de las misiones del Estado y hace a la naturaleza del mismo. Consiste en satisfacer las necesidades sociales brindando a la población los suficientes bienes requeridos para el logro del bien común y el mantenimiento de la paz social.*

*Del término necesidades sociales deviene propio el término contingencias – palabra clave en la Seguridad Social-.*

*Hablar de contingencias supone la voluntad de disponer de recursos y medios convenientes para atender necesidades sociales.*

*La tutela que proporciona el derecho de la seguridad social es un derecho fundamental de toda persona, frente a ciertos eventos o acontecimientos inciertos que repercuten en su vida.*

*El Estado, como sujeto activo, obra en función de una causalidad final, que es el bien común. Éste se logra a través de la consecución de fines particulares -sociales, económicos, políticos, relaciones internacionales, etc.-. La obtención de los fines particulares genera la actividad legislativa especializada, inspirada en valores y principios propios de esos fines (Chirinos Bernabé Lino, “Tratado de la Seguridad Social”, LL, 2009, T.1, pág. 35 y ss.).*

*Estos principios concebidos como mandatos de optimización amplían, adaptan y mejoran los objetivos perseguidos por la seguridad social según la circunstancia y el contexto histórico existente.*

*En definitiva, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (Robert Alexy, “Teoría de los Derechos Fundamentales”).*

*Cuando los principios jurídicos que sustentan al derecho de la seguridad social, se incorporan en la normativa y se aplican en la gestión y administración de la seguridad social, su efectividad se acrecienta; y de este modo se contribuye a mejorar la justicia social y económica. Tanto el legislador como el técnico y el juez, deben atender a estos principios inspirados en la equidad y la justicia, en función de las necesidades de las personas protegidas, y que buscan promover su bienestar y calidad de vida (conf. Goldin, Adrián, “Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, Bs. As., 2009, Ed. La Ley, p. 804).*

*Para no extenderme demasiado efectuaré una breve reseña de aquellos que, a mi entender, revisten una mayor trascendencia y que no pueden dejarse de lado al momento de resolver la cuestión en análisis.*

*Ellos son los principios de solidaridad, universalidad, subsidiariedad, integralidad, justicia social, equidad, razonabilidad y pro homine.*

*La solidaridad debe ser considerada como un principio que conduce a la convergencia entre los hombres. Es la unión del esfuerzo conjunto orientado a alcanzar el bien de toda la comunidad.*

*La función subsidiaria, desde el punto de vista del Estado como sujeto activo, debe estar regida por la justicia distributiva. Sintetizado en palabras claras “dar más al que tiene menos y exigir más al que tiene más” (Chirinos Bernabé Lino, ob. cit., p. 46).*

*El derecho de la seguridad social busca incluir en el circuito de bienes a quienes están excluidos.*

*La inclusión del mayor número de personas al sistema integral de la Seguridad Social está estrechamente vinculado con el principio de universalidad. Este debe ser el motor que impulse al legislador a dictar normas tendientes a ampliar el número y la calidad de beneficiarios del sistema. Debe primar como regla hermenéutica para el juzgador al cumplir las funciones que le son propias.*

*No en vano el preámbulo de nuestra Constitución Nacional postula la promoción del bienestar general “para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.*

*Todas las contingencias sociales a las que puede estar expuesto un individuo deben ser atendidas. El carácter integral que reviste esta temática así lo exige.*

*En relación a la justicia social como principio rector del Derecho de la Seguridad Social, cabe reconocer el concepto esbozado por la CSJN: “es la virtud que ordena al hombre a hacer posible el libre perfeccionamiento integral de los demás hombres. Es la obligación de quienes forman parte de una comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella, sin el cual se tornan ilusorios o no alcanzan plena satisfacción los derechos y las virtualidades auténticamente humanas de los integrantes de aquellas. En el marco de esta forma de justicia no puede hablarse con propiedad de contraprestación, porque el primordial y suficiente bien del que participa el integrante de la comunidad no es un bien particular apropiable individualmente, sino un bien común que es de todos porque es del todo comunitario del que cada uno es parte integrante” (Fallos 300:836).*

*A ello puede añadirse que nadie puede desarrollarse en una comunidad si no se logra el bienestar de todo el pueblo.*

*El principio de equidad reviste carácter vital en la tarea del intérprete quien debe evitar que la aplicación de una norma configure una injusticia extrema.*

*La vigencia del principio pro homine implica un “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a*



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria ... Los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, al limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos” (conf. Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de Hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en AAVV “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales”, PNUD, Bs. As., 1988, Editores del Puerto, p. 163/164).

Por último, se destaca el principio de razonabilidad vinculado a “la necesidad que las prestaciones de toda naturaleza respondan a la magnitud y extensión de las contingencias resguardadas” (Chirinos Bernabé Lino, “Tratado de la Seguridad Social”, LL, 2009, T.1, pág. 62).

El Estado es quien debe garantizar el goce de los beneficios de la seguridad social y le incumbe, en ejercicio de su potestad legislativa, plasmar en la ley los derechos y obligaciones para realizar esa obligación de garantía. Los “beneficios” consisten en las prestaciones resultantes de la cobertura de las contingencias que puedan afectar a la persona, provengan ellas tanto de regímenes de carácter contributivo como asistencial. La cualidad de “integral” que la Constitución impone a esa cobertura, implica que debe ser amplia y total en relación con el conjunto de contingencias incluidas en el sistema, abarcándolas globalmente. El carácter de “irrenunciable” parece indicar, una obligatoriedad que no admite voluntad en contrario, respecto a la incorporación al sistema y al goce de sus beneficios (conf. Bidart Campos, G., “Principios constitucionales del derecho del trabajo individual y colectivo y de la seguridad social en el art. 14 bis”, TySS, 1981-p. 481 y ss.).

La tradición jurídica ha subsumido las distintas ramas del derecho en el esquema romano germánico, asignándole el carácter de público o privado según quienes sean sus protagonistas: el Estado o los particulares.

La evolución histórica, principalmente a partir de la segunda Guerra Mundial, ha dado surgimiento a una nueva concepción de derecho, el denominado Derecho Social.

Este derecho procura la regulación de las relaciones humanas no ya como individuos, sino como integrantes de lo social.

Este proceso de socialización de la actividad privada, unido al rol que tiene el Estado y a la circunstancia que los titulares del derecho sean las personas físicas no frente a otro particular o individuo, sino ante la sociedad en cuanto tal o a través de la actividad del Estado, es mérito suficiente para darle la asignación de social a esta rama del Derecho (Chirinos Lino Bernabé, ob. cit., pág 89).

La caracterización de este nuevo sistema jurídico está dado por el hecho que las normas participan del carácter de orden público. Esta característica, fue acompañada también por el marcado intervencionismo estatal para su aplicación, y la restricción a la autonomía de la voluntad de las partes. Todo ello porque está en juego no solo el interés del individuo sino el de la propia sociedad (ob. cit.).

Gustav Radbruch ha concebido la idea que sostiene que: “El Derecho social no es simplemente la idea de un derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor. Se trata en realidad de una nueva forma estilística del Derecho en general. El Derecho social es el resultado de una nueva concepción del hombre por el Derecho” (Radbruch Gustav, “Introducción a la Filosofía del Derecho”, México, 1978, 3. Ed., pág. 157).

Uno de los exponentes principales del Derecho social es el Derecho de la Seguridad Social, el que nace como consecuencia de la evolución hacia el reconocimiento más profundo del ser humano. Como individuo y como social, como responsable primigenio de su propio destino y como partícipe solidario en el destino

de sus prójimos, en el proceso de socialización de la humanidad basado en la autonomía y libertad de los individuos (conf. Chirinos Lino Bernabé, *ob. cit.*, pág 100).

La nueva concepción social del derecho debe interpretarse como un sistema con presupuestos teóricos y no como una simple acumulación de normas con fin y destinatario comunes.

La idea central en que el Derecho Social se inspira no es la idea de igualdad de las personas sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen, la igualdad deja de ser punto de partida del derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico (Radbruch Gustav, "Introducción a la Filosofía del Derecho", México, 1978, 3. Ed., pág. 162).

Esta desigualdad puede verse entre individuos ligados entre sí por determinado vínculo jurídico o en aquellas situaciones objetivas que a las personas les tocan en suerte. De este modo se advierte la existencia de individuos en una situación de mayor desventaja o vulnerabilidad que otros por diferentes motivos: discapacidad o enfermedad, vejez, imposibilidad de subsistencia digna, etc.

La concepción igualitarista del Derecho Social propicia que estas personas o sectores en situación de vulnerabilidad, por esta sola causa y con fundamento en su natural dignidad humana, deben tener una mayor protección por parte de la comunidad, expresada principalmente a través de su forma institucional que es el Estado (Sosa Rodolfo Alberto, "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", UNLP, Año 6, 2008 No. 39).

Radbruch sostiene que si quisiéramos traducir al lenguaje jurídico, la enorme revolución que estamos presenciando en los hechos y en las ideas, diríamos que la tendencia hacia un derecho social, va excavando la rígida separación entre el derecho privado y el derecho público, entre el derecho civil y el derecho administrativo, entre contrato y ley. Ambos tipos de derecho penetran el uno en el otro recíprocamente dando lugar a la aparición de nuevos campos jurídicos, que no pueden ser atribuidos al derecho público ni al privado, sino que representa un derecho enteramente nuevo (Radbruch Gustav, "Introducción a la Ciencia del Derecho", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930).

En orden a todo lo señalado, resulta evidente que el Derecho de la Seguridad Social se encuentra enmarcado dentro del denominado Derecho Social.

VII- En este contexto, resulta insoslayable que la Ley 23.109 (promulgada el 23/10/1984 y modificada por la Leyes 23.240, B.O. 09/10/1989, y 23.701, B.O. 09/10/1989) acordó una serie de beneficios a "ex soldados conscriptos que han participado en las acciones bélicas desarrolladas en el Atlántico Sur entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982".

Los mismos, conjugados con el reconocimiento pecuniario que hiciera el Estado Nacional "a posteriori", conllevan una concepción más acabada en términos de Seguridad Social, asegurando el acceso a las áreas: salud, trabajo, vivienda y educación.

Es este sentido y a los fines de una mejor ilustración, corresponde destacar las previsiones de los arts. 1, 4, 7, 11, 12 y 13, que rezan:

"ARTICULO 1° — Tendrán derecho a los beneficios que acuerda la presente ley los ex soldados conscriptos que han participado en las acciones bélicas desarrolladas en el Atlántico Sur entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982.";

"ARTICULO 4° — Si la Junta dictaminare que el peticionante padece de secuelas psicofísicas derivadas de su participación en el conflicto, la fuerza en la que éste preste servicio deberá hacerse cargo de la atención médica y de todos los gastos que demande el completo restablecimiento del interesado, cuya alta deberá ser convalidada por la Junta de Reconocimiento Médico.";

"ARTICULO 7° — Las personas mencionadas en el artículo 1°, pensionados en la ley 19.101, quedarán incorporadas como beneficiarios de la obra social de la



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

*respectiva fuerza o del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados a su libre elección.”*

*“ARTICULO 8° — Las personas mencionadas en el artículo 1° tendrán prioridad para cubrir las vacantes que se produzcan en la Administración pública (Organismos Centralizados, Descentralizados, Empresas del Estado, Servicios de Cuentas Especiales, Obras Sociales del Estado y Organismos Autárquicos) y de todo otro organismo del Gobierno Nacional, siempre que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo.”;*

*“ARTICULO 11. —Las personas mencionadas en el artículo 1 y los oficiales, suboficiales y civiles que han participado en las acciones bélicas referidas en el mismo artículo, que carecieran de vivienda propia, tendrán derecho de prioridad, en igualdad de condiciones con el resto de los postulantes, en los diversos planes de vivienda que implemente el Banco Hipotecario Nacional, el Instituto Provincial de la Vivienda y el Fondo Nacional de la Vivienda. A los fines de facilitar la prioridad relacionada, las entidades que se mencionan en el párrafo anterior destinarán no menos del 1 % de los planes de viviendas que implementaren, a ser adjudicados a los beneficiarios de la presente ley, y hasta que se complete el requerimiento de los mismos. Invítase a las provincias a adherir a las disposiciones de la presente ley.”;*

*“ARTICULO 12. — Las personas mencionadas en el artículo 1, y los oficiales, suboficiales y civiles que han participado en las acciones bélicas referidas en el mismo artículo, que hubieran iniciado estudios de nivel primario, posprimario, secundario, terciario o de formación profesional o que los iniciaren con posterioridad a la promulgación de la presente ley, tendrán derecho a una beca equivalente al salario mínimo, vital y móvil mensual, más la asignación por escolaridad, conforme a lo dispuesto por la ley 18.017 (texto ordenado 1974). Esta beca será incompatible con cualquier otro ingreso proveniente de actividad remunerativa o prestación previsional, mientras duren los estudios del beneficiario y el mismo cumpla con las condiciones que se establecen en el artículo siguiente.”; y*

*“ARTICULO 13. — El beneficiario deberá acreditar, periódicamente, mediante certificación de la autoridad educativa competente, el cumplimiento de las siguientes condiciones: a) Conservación de la condición de alumno según las normas correspondientes al respectivo plan de estudios; b) Mantenimiento de dicha condición en años lectivos consecutivos, tanto entre cursos de un mismo nivel como en el pasaje de un nivel al inmediato superior.”*

*Por su parte, el Decreto 509/88 reglamentó los derechos consagrados en la norma de mención, a la vez que su artículo 1°, 1° parr., definió el concepto de Veterano de Guerra, como: “los ex-soldados conscriptos que desde el 2 de abril al 14 de junio de 1982 participaron en las acciones bélicas desarrolladas en el Teatro de Operaciones del Atlántico Sur, cuya jurisdicción fuera determinada el 7 de abril de dicho año y que abarcaba la plataforma continental, las ISLAS MALVINAS, GEORGIAS Y SANDWICH DEL SUR y el espacio aéreo correspondiente.”*

*De este modo, a la luz de la normativa primigenia en el Derecho de los Veteranos de Guerra, ya se desprende una premisa para la creación de cualquier norma particular desde el Derecho Judicial: La República Argentina emprendió el reconocimiento progresivo a sus héroes de guerra desde la óptica de los principios del Derecho de la Seguridad Social el 23/10/1984, al otorgar los mentados beneficios al amparo de la Ley 23.109.*

*Sin perjuicio de lo dicho respecto de la inconstitucionalidad del decreto 2634/90, refuerza la teoría de la imprescriptibilidad de los derechos derivados del reconocimiento histórico, la circunstancia de haber tenido el hecho generador – conflicto bélico- un amparo dado por la mencionada ley 23.109 que data de 1984.*

*No obstante ello, en los párrafos siguientes se desarrollarán otros los elementos esenciales a tener en cuenta.*

*Ante todo, resulta necesario determinar el contexto histórico en el cual se desarrolló la convocatoria de los soldados conscriptos que participaron en el Conflicto del Atlántico Sur.*

*A esos efectos, resulta sumamente ilustrativo resaltar lo expresado por el Dr. Horacio Rosatti, quien votó en disidencia en el precedente "Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional c/Daños y Perjuicios", en cuanto al análisis del flagelo humanitario que implicó la última dictadura cívico militar que padeció nuestro país.*

*En este sentido, el Sr. Ministro de la Corte manifestó "(...) que el llamado "Proceso de Reorganización Nacional" no solo presentó ciertas notas distintivas respecto de las anteriores experiencias golpistas que proyectaron regímenes autoritarios (caracterizados por: a) la participación activa de civiles que requieren la intervención militar y luego colaboran con la gestión gubernamental sobreviniente; b) el despliegue anticipatorio y ratificadorio de un sector de la prensa; c) el activismo de un grupo de militares que derrocan al gobierno constitucional invocando el orden extraviado que se proponen restaurar; y d) el intento de perpetuarse en el poder una vez que ha sido obtenido por vías de hecho), sino que incurrió en prácticas aberrantes, ejecutadas con inusitada planificación y magnitud".*

*Continuó su argumento precisando que "(...) para caracterizar la naturaleza del régimen militar de 1976-1983 resulta necesario recurrir a los estudios sobre el totalitarismo publicados con posterioridad a la segunda guerra mundial, en particular a los trabajos de Hannah Arendt ("Los orígenes del totalitarismo") y Carl J. Friedrich - Zbigniew K. Brzezinski ("Dictadura totalitaria y autocracia"), a partir de los cuales fue posible concluir que experiencias ideológicamente disímiles como el nacional socialismo alemán y el estalinismo soviético encubrían una idéntica "matriz de dominación", definida por las siguientes notas: a) monopolio del poder por parte del Estado, con dilución o cooptación de las energías de la sociedad civil; b) reconocimiento de un único partido político (...); c) explicación ideológica de la realidad y unidireccional de la historia (...); d) utilización de un "mito" convocante (...); e) recurrencia a la movilización social por medio de un sistema propagandístico; y, f) persecución del pensamiento disidente, mediante la utilización de un sistema policial estatal o por medio de un sistema paraestatal (...) que incluía la deportación, la muerte civil, la tortura y la eliminación física de los disidentes reales o potenciales".*

*Sobre estas bases, el Juez del Máximo Tribunal expresó: "Que en ese plano, el proceso militar gestado a partir del golpe de 1976 incurrió en varias de las notas distintivas de la "matriz totalitaria" descriptas precedentemente. Así, estableciendo un paralelismo con la caracterización obrante en el considerando anterior podría señalarse:*

*a) respecto del control del Estado: una Junta Militar, integrada por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación, tomó el poder y asumió el control total de los resortes políticos del Estado; declaró caducos los mandatos del Presidente de la Nación y de los gobernadores y vicegobernadores de provincia, el cese de los interventores federales de las provincias intervenidas, del gobernador del -por entonces- Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y del intendente de la Ciudad de Buenos Aires, que en esa época era designado por el Presidente de la Nación; disolvió el Congreso de la Nación, las legislaturas provinciales, la Sala de Representantes de la ciudad de Buenos Aires y los concejos municipales de los municipios de provincia; removió a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al Procurador General de la Nación, al Procurador General del Tesoro y a los integrantes de los tribunales superiores de provincia y suspendió las actividades gremiales de trabajadores, empresarios y profesionales (Junta Militar, "Acta para el Proceso de Reorganización Nacional" del 24 de marzo de 1976, puntos 2, 3, 4, 5, 6 Y 8);*



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

b) respecto del sistema de partidos: al momento de asumir el gobierno militar decidió asimismo "suspender la actividad política y de los partidos políticos a nivel nacional, provincial y municipal" (Junta Militar, "Acta ...", cit., punto 7);

c) respecto de la explicación ideológica y unidimensional de la historia patria: para justificar la necesidad del golpe de Estado se apeló a una brumosa y discutible noción del "ser argentino" -que había sido extraviada y necesitaba ser recuperada caracterizada por ciertos atributos morales, por la tradición nacional y los valores de occidente (Junta Militar, Acta del 24/03/1976, Puntos 2.2, 2.6, 2.8 Y 2.9). Sin mengua de la relevancia axiológica de estos atributos, lo cierto es que la particular articulación que de los mismos formuló el régimen militar de entonces terminó por convertirlos en una amalgama sesgada e ideologizada de la realidad;

d) respecto del "mito político" convocante: de modo recurrente el gobierno militar invocó, como factor aglutinante, la existencia del citado "Ser Nacional" (Junta Militar, "Proclama" del 24 de marzo de 1976 por la que informa la asunción del poder), evidente y omnipresente, emparentado con los orígenes mismos de la Nación, que encarnaría valores inmaculados, vincularía a los protagonistas de la gesta emancipadora y permitiría distinguir, según la lógica política binaria del "amigo-enemigo", a los defensores del Orden (un Orden que todos entenderíamos del mismo modo) y a sus detractores (las oscuras fuerzas del Mal), propiciadores de la disolución nacional;

e) respecto del sistema propagandístico y las movilizaciones dirigidas: el régimen militar desplegó una estrategia mediática por la que intentó convencer a la población y a la comunidad internacional que su objetivo no era otro que respetar aquello que -en realidad- violentaba de modo sistemático: la Constitución, los valores ciudadanos, la participación, la igualdad, la paz y los derechos humanos;

f) respecto de la persecución del pensamiento disidente: la persecución contó como herramienta ideológica de justificación a la "Doctrina de la Seguridad Nacional", en función de la cual nuestro país asumía la cosmovisión internacional que enfrentaba en "guerra fría" al Este Comunista con el Oeste Capitalista, disociando la defensa militar "externa" (que delegaba en el sistema militar internacional occidental) de la defensa militar "interna" (que asumía por medio de las fuerzas armadas nacionales), con lo que se traicionaba el legado sanmartiniano de no empuñar las armas contra los compatriotas. El "enemigo interno", al que se debía detectar y combatir dentro de las fronteras nacionales, estaba integrado por "subversivos" del orden capitalista a quienes se les declaraba la guerra. Al asignarle esta tipificación al enfrentamiento, el gobierno militar consideró que tenía justificativo para desplegar los métodos de persecución, amedrentamiento, confinamiento y ejecución más deleznales."

A modo de conclusión sobre este punto, manifestó: "El régimen que autoproclamaba el retorno a los valores de la civilización occidental se convirtió en un típico ejemplo de "Terrorismo de Estado", que incluyó -en su modus operandi- a la delación, el secuestro, la tortura, el enclaustramiento en centros clandestinos de detención y el homicidio planificado (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas - CONADEP), "Nunca Más", ed. Eudeba, Buenos Aires, 1985, especialmente págs. 16 y ss., 26 y ss., 54 y ss. y 223 Y ss.). Tales actos, entre los que se comprenden ataques a la libertad personal y a la vida -como los que habrían sufrido el hijo de la actora y su esposa y cuyas consecuencias constituyen el objeto de la pretensión en la causa-, resultan concreciones del modus operandi totalitario que ha sido analizado precedentemente."

En estos términos, no puede perderse de vista que los entonces combatientes fueron convocados desde los actos viciados originados en el ejercicio ilegítimo de un poder usurpado, bajo la suspensión de la Constitución Nacional y la clausura del Congreso Nacional.

Vale precisar, que el texto constitucional vigente a la fecha, contemplaba en su artículo 44: “A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas.”

Esta misma redacción fue receptada por la reforma constitucional de 1994, por lo cual resulta pertinente la apreciación realizada por la Dra. María Angélica Gelli, en cuanto “(l)a excepción particular prevista en el art. 52 constituye una aplicación del más antiguo y clásico principio de representatividad democrática en virtud del cual el pueblo no puede ser obligado a (...) ingresar a las fuerzas armadas para la defensa de la Nación, sin que por medio de sus representantes preste consentimiento acerca del alcance y extensión de aquellas obligaciones”.

Ahora bien, en relación a la deuda hacia nuestros veteranos de guerra, deviene fundamental el primer acto del Estado Argentino, restituido en su capacidad plena al amparo del estado de derecho constitucional y de la democracia, en tanto sancionó la Ley 23.109, que reconoció sendos beneficios de la Seguridad Social a modo de pago inicial por el daño producido en un marco de ilegalidad.

Sin perjuicio de ello, más allá de todo intento legislativo por parte del Estado Argentino, en los hechos resulta innegable el denominado proceso de “desmalvinización”, que implicó un desentendimiento virtual de la causa Malvinas.

Sobre este punto de la exposición, es dable poner de resalto que se han promovido causas penales contra el Estado Nacional ante la Justicia en lo Criminal, por el delito de abandono de persona, calificado como acto inhumano de lesa humanidad, en el cual resultan como víctimas los conscriptos y todos aquellos que participaron en el conflicto bélico.

Asimismo, ex soldados han presentado denuncias contra sus superiores de carrera, por la comisión de delitos de lesa humanidad, tales como torturas, vejámenes, coacciones, amenazas, lesiones graves, lesiones leves y abuso de autoridad (<https://www.perfil.com/noticias/politica/torturas-en-malvinas-el-entramado-oculto-de-antisemitismo-estaqueos-y-hambre.phtml>).

**Debe tenerse presente que los ex soldados fueron abandonados por el mismo Estado que los convocó a defender la patria; se desentendió, los abandonó y los dejó en el olvido, no sólo durante la consecución del conflicto, sino a partir del 14 de junio de 1982, fecha en la cual inició la posguerra.**

En este contexto, vale remarcar que el Estado Nacional los convocó desde un gobierno usurpador, fuera de la manda constitucional, a un conflicto bélico. Y que gran número de los convocados tenían 18 años.

Peor aún, tras un regreso penoso, en época de democracia no han contado con políticas públicas suficientes para paliar uno de los aspectos más insidiosos del mal de la guerra, que es el que perdura en la posguerra como trauma de naturaleza psicológica que parece no cicatrizar aunque corra el tiempo, en esta situación se hallan quienes sufrieron experiencias próximas a la muerte, entre otras, habiéndose producido a la fecha más de 100 suicidios entre las filas de los excombatientes (Gómez, Héctor Carlos, Carpa Verde – La última batalla, Buenos Aires, El Escriba, 2016).

Hubo derrota, seguida por olvido en vez de reconocimiento y apoyo.

La mayoría de la doctrina nacional está conteste en afirmar que el injusto (abandono de persona) puede ser efectuado tanto por acción como por omisión. En estos términos, el Estado Argentino habría cometido el delito de abandono de persona por omisión.

El sujeto activo del abandono de persona es el Estado Nacional por su posición de garante frente al sujeto pasivo, con anterioridad y posterioridad a la guerra. Así, la inactividad surge como elemento esencial para la constatación de una omisión de la Administración Pública, toda vez que estaba dada más que la mera posibilidad material de brindar asistencia.

Así, puede trazarse un paralelismo con la aplicación del instituto de la prescripción como continuador del abandono y el olvido instalados.



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

***Aplicar el instituto de la prescripción para el cobro de los haberes de la pensión honorífica deviene en un refuerzo a la apología al olvido. En cambio, su imprescriptibilidad hace que el reconocimiento legal se lleve a su plenitud y se materialice el derecho reconocido desde el hecho generador, que es el conflicto bélico.***

VIII-. A esta altura de la exposición realizada, no puedo dejar de señalar en cuanto al derecho a pensión honorífica y a su prescripción, que es deber del Juez no apartarse de la verdad jurídica objetiva, más cuando correspondería su otorgamiento por la simple aplicación de las disposiciones legales vigentes.

Desde esta perspectiva también puede tenerse presente lo reiteradamente señalado por el Máximo Tribunal en cuanto que: "En materia de previsión social no debe llegarse al desconocimiento de derechos sino con extrema cautela" (CSJN, "Gernaert Willmar c/ Estado Nacional" sentencia del 26 de marzo de 1990) como así también que "los conceptos utilizados por el legislador en las leyes de seguridad social deben interpretarse conforme a la esencia y al sentido de la institución en juego" (conf. CSJN "Veloza Alcides Ramón" sentencia del 28 de septiembre de 1990").

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que "la Constitución Nacional, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo si se encuentra en debate un derecho humano. Por ende, al reglamentar derechos de este tipo, el llamado a hacerlo no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles toda la plenitud que le reconoce la Constitución Nacional, o sea, el texto supremo que los enunció y que manda a asegurarlos (CSJN, "Reyes Aguilera, D. c/ Estado Nacional", sentencia del 4/9/2007).

De las constancias del expediente surge válidamente que los actores tenían la condición de veteranos de guerra en el marco legal aplicable para acceder a la pensión honorífica.

El Estado es el responsable de otorgar los beneficios de la seguridad social, que tienen el carácter de integrales e irrenunciables, por ello no es válido sostener el carácter excepcional de su proceder respecto del caso de autos. No existe un derecho excepcional, ni aún cuando se hace valer la equidad, porque un derecho se tiene o no.

Es decir que se trata de igualar a las partes. Pero también debe respetarse este derecho fundamental a lo largo de la causa, en el resultado final y en los efectos de éste.

Por otro lado, el plexo jurídico procura nivelar a los seres humanos y reparar desigualdades.

Esto invita a reflexionar si es posible que los derechohabientes de los soldados caídos en la guerra hayan sido beneficiados por el derecho a pensión por la actuación de sus familiares muertos en el Conflicto del Atlántico Sur, otorgados desde fechas que se corresponden con el período de la guerra, y que un decreto disponga la aplicación del instituto de la prescripción para los soldados que han sobrevivido a un acontecimiento histórico tan extremo y lo haga sin lesionar el derecho a la igualdad y por tanto tornarse inconstitucional (art. 16 de la Constitución Nacional).

Si los soldados que sobrevivieron al conflicto bélico, como los actores, hubieran fallecido durante la guerra, sus familiares podrían haber solicitado la pensión de su familiar desde 1982 y el Estado Nacional se la habría reconocido.

Como ya hemos detallado, el Estado cumple un rol fundamental dentro del denominado Derecho Social, y es justamente esta función primordial la que debe estar protegida frente a institutos jurídicos que, en virtud de la finalidad por la que fueron creados, resultan totalmente inadmisibles en materia de seguridad social.

En virtud de lo expuesto, si tenemos en cuenta, en las particulares circunstancias de la causa, que hubo un derecho de acceder a la pensión honorífica, de carácter imprescriptible, que no pudo ser válidamente ejercido en su oportunidad; ***entiendo que corresponde reparar este ignominioso hecho y reconocer el derecho al beneficio de pensión de los accionantes, por el período comprendido entre la fecha***

**del cese del conflicto bélico -14/6/82- y la fecha de la entrada en vigencia de la ley 24652 -28/6/96-.**

Así, la excepción de prescripción, no resulta procedente pues choca contra los propios actos, y como lo ha señalado calificada jurisprudencia nacional, el deber de coherencia que supone la teoría del acto propio ("nemo potest contra factum venire"), exige el renunciamiento al ejercicio de prerrogativas que supongan la contradicción con su conducta anterior (ver Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro in re Brouard - Incidente de Nulidad en autos Domínguez Donald c/Romero y Olivera s/Recurso de Casación).

Es decir, nadie puede alegar un derecho que esté en pugna con su propio actuar, pues su fundamento reside en que el mismo ordenamiento jurídico es el que no puede tolerar que un sujeto pretenda ejercer un derecho en abierta contradicción con una conducta suya previa que engendra confianza respecto del comportamiento que se iba a observar en la relación jurídica (ver Dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación, Tomo 216, página 211, 29 de Febrero de 1996 in re Sociedad Española de Beneficencia - Hospital Español).

En el caso, el Estado Argentino llegó inclusive a elaborar actas-acuerdos, aun cuando no se hayan instrumentado debidamente.

La CSJN estableció que "la actitud de las partes no pueden ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente (Fallos: 305:1402).

Este reconocimiento del propio Estado en cuanto a la imprescriptibilidad del derecho de los titulares, unido a los particulares aspectos de la causa, impiden formular objeciones respecto de la dispensa del curso de la prescripción.

Tiene dicho la Cámara Federal en la causa "Silvero Jose Isidoro y o c/ Estado Nacional-Mrrio de Defensa-s/Juicio de conocimiento" CAF Sala I 04.10.2005: Del voto del juez Coviello "Es preciso tener presente los fines tuitivos que, para indemnizar o compensar los daños sufridos por el personal que participó en el conflicto armado del Atlántico Sur, han tenido todas las normas que hasta el momento se han dictado. Negar tal alcance, aplicando un rigorismo no compatible con dichos fines tuitivos, sería quitarles su virtualidad"

La Procuradora ante la Corte Marta A. Beiró de Goncalvez, cita que ya la Corte había dicho (fallos: 320:2131) que "cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación, ésta debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en ellas".

Es evidente que el espíritu de la ley es establecer el reconocimiento y reivindicación históricos, y carecería de sentido y hasta resultaría contradictorio que a los veteranos de guerra los considerara con derecho a partir del día de la sanción de una ley y no desde el mismo día que cesó el conflicto bélico.

Haciendo un poco de historia, que en lo referente a las circunstancias en las que se envolvió el conflicto bélico que aquí nos ocupa resulta sumamente enriquecedor, basta recordar que se trató de una guerra decidida por una dictadura cívico militar, en posesión de un poder usurpado por tratarse de un gobierno de facto, durante la que se cometieron graves violaciones a los derechos humanos, especialmente torturas, como así también abandono de personas o reducción a la servidumbre; y que dichas violaciones fueron cometidas por miembros de las fuerzas armadas, si no fomentadas, al menos toleradas y ocultadas por las autoridades del gobierno dictatorial que decidió la ocupación militar de las Islas Malvinas.

En abril de 1982, unos 10.000 soldados de las tres armas fueron enviados a Malvinas en una operación pésimamente preparada, en la que no teníamos ninguna chance contra un ejército del Primer Mundo.

Los británicos venían ejercitándose contra las inclemencias del frío en campos de entrenamiento en el norte de Noruega, y de pelear en sus guerras coloniales en los



## MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

*cinco continentes. Venían armados y vestidos para ganar la guerra. (www.revistaanfibia.com/ensayo/la-verdad-estaqueada-2/).*

*Los testimonios de soldados de la clase 63, dicen que muchos de sus compañeros jamás pisaron el cuartel: como eran clase 63, una o dos semanas después de entrar a “la colimba”, fueron enviados a Malvinas.*

*Es sabido que en estos años se suicidaron casi tantos veteranos como los 649 que murieron durante la guerra. El 58% de los ex soldados sufre depresión y 3 de cada 10 reconoce haber tenido pensamientos suicidas, como indicó en 2012 un estudio oficial (ídem sic).*

*VIII-. Por lo expresado respecto a la especial contingencia en cuestión y a la amplia cobertura de los derechos sociales, de los principios jurídicos que ilustran desde la razonabilidad y el principio pro homine, la necesidad de reconocimiento histórico y de nivelación de desigualdades, opino que debe reconocerse el derecho a pensión del accionante, por el período comprendido entre el 14-06-1982 y el 28-06-1996, por lo que correspondería el rechazo de la defensa de prescripción opuesta por la demandada.*

*En los términos que anteceden téngase por contestada la vista conferida.  
Fiscalía, 28 de mayo de 2019.*

*GABRIEL DE VEDIA  
Fiscal Federal*

*ANTE MÍ*

*PATRICIO J. TORTI CERQUETTI  
Secretario Federal*