

"CONCEPTO DE CONTINGENCIA SOCIAL"•

Mario Paganini

1. - El término tiene un significado que es consecuencia del desarrollo de la Seguridad Social (SS), la que, a su vez, evoluciona en función del sistema¹. Con esta afirmación estamos suponiendo que el sentido de las palabras no se mantuvo estático sino que fue variando y, de alguna manera, descargando acepciones para cargarse con los que respondían a las inquietudes y cuestionamientos de cada presente. Entender los interrogantes contemporáneos posibilita la comprensión de los conceptos, así como el conocimiento de los cuestionamientos del pasado permiten la captación de los significados pretéritos de los términos. Y en el supuesto que se tenga un espíritu abierto, se comprenderá que las contestaciones mediante los conceptos pertenecen al mundo libre de lo humano que, por esa misma razón, no podrá entenderse sin el juego de los cuestionamientos/repuestas sucesivas y acumuladas.

2. - Anteriormente, cuando se hablaba de contingencia, se aludía a algún riesgo. Esta palabra conduce inmediatamente a las ideas de "futuro", al mismo

• Una primera versión fue publicado en ZEUS, T.33, Rosario 1983

¹ En una sociedad existen muchos sistemas parciales que también son sociales. Para no confundirnos podríamos llamar al sistema total de la sociedad el "sistema de sociedad" como lo hace J.Habermas. Pero la S.S. es un sistema parcial que tendría como ambiente o entorno los sistemas de sociedad, reaccionando en la medida que ese ambiente le plantea problemas, razón por la cual hemos afirmado que el desarrollo estaría en función de los cambios de los sistemas de sociedad. Esta primera idea, unida a la S.S. como resolutoria de las fallas de la organización social - desempeña, se ha dicho alguna vez, el papel de la Cruz Roja detrás del frente de las empresas - hizo pensar que actuaba como una especie de servo-mecanismo, recepcionando las variaciones del ambiente y operando el control mediante sus coberturas. Pero luego se reparó que en que los sistemas son abiertos y que si bien el ambiente es variable, el cambio también puede darse en el mismo sistema, de manera que existía lo mudable en los dos extremos; y más aún, que el mismo sistema podría proponerse modificar el ambiente. Entonces, como dice N. Luhmann (1974 p. 111) tanto inputs como outputs se convertirían en problemas: "*Si existe esta doble posibilidad y, por tanto, la de que input y output se conviertan en problema, el sistema ya no puede buscar su orientación básica en determinadas situaciones de su entorno o en determinadas situaciones propias, sino únicamente en los puntos de vista de la puesta en relación del entorno variable y el sistema variable*". Sin embargo pensamos que debe haber una integración o transacción entre inputs y outputs con algún criterio, tema bastante interesante de estudio que no estamos en condiciones de abordar.

tiempo que "posible"² e "incierto", con lo que se da a entender que existe en el porvenir una zona o sector sobre el que ignoramos el "saber a qué atenernos"³. Pero, también supone un "acontecimiento" o "hecho" (positivo o negativo)⁴ del que, en el caso que ocurra (siniestro), derivarán consecuencias dañosas para el hombre.

Los sistemas de previsión - es decir, prever lo que acontecerá - establecían los modos y naturaleza de los instrumentos que debían emplearse para reparar el daño surgido del siniestro.

Para que una ordenación de este tipo tenga alguna eficacia en la vida social, debió volcarse en normas jurídicas, siendo la ley y el contrato, las fuentes de las facultades y obligaciones del individuo o del grupo comprendido en tales reglas. Claro está que siguiendo las características del derecho positivo, para que emergieran los derechos y las obligaciones, era imprescindible que previamente se contara con la norma objetiva que así lo estableciera. Luego, si la causa jurídica de los derechos y obligaciones estaba en la norma previa, es lógico entender que serían reparables todos aquellos siniestros **posteriores** a la vigencia de la regla. Por eso los sistemas que trataban de dominar lo que pasaría en lo futuro (previsión), arbitaban soluciones para las consecuencias dañosas derivadas de siniestros ulteriores al establecimiento de la norma jurídica, quedando las de los hechos anteriores, fuera del mandato y, por tanto, sin cobertura. No obstante, esos eran daños que, desde el punto de vista de la

² Las dudas que nos provoca este término motiva que lo advierta ... Posible en términos lógico-matemáticos es lo no contradictorio, mientras que en el mundo físico-real es lo que puede ocurrir. Pero desde la perspectiva humana (y eso es lo que estamos tratando) puede tener otras significaciones, como las alternativas de la libertad, lo imaginario y aún una jugada de ajedrez no todavía practicada. Aquí lo tomamos como acontecimiento que puede ocurrir referido al individuo ya que, cuantitativamente-estadísticamente, existe de una manera precisa. Lo mismo puede decirse de incierto ya que cuantitativamente o estadísticamente no lo es. Aún es admisible que sea incierto en cuanto a la fecha, pero no en lo que hace a la ocurrencia como la vejez o la muerte.

³ Vulgarmente la seguridad es ese saber a que atenerse. Si se toma un colectivo se espera que lo lleva al lugar deseado; si se asiste a una confitería se da por supuesto que habrá bebidas y un mozo que sirva, etc. Se destruye ese esquema si al colectivo se le ocurre pasear o hacer las compras que le encargo su señora o el mozo se pone a cantar una ópera en lugar de alcanzarnos la copa.

justicia, no encontraban contestación convincente a la pregunta sobre la razón de tal diferencia.

Si a ese interrogante se le agrega que la consecuencia reparable estaba estrechamente unida a un tipo o especificidad de acontecimiento (por ejemplo: sólo los accidentes de trabajo), se puede también vislumbrar que se sumaba otro cuestionamiento: la razón del desigual trato para idénticos daños, sólo porque derivaran de hechos distintos (algunas veces por cuestiones de detalle). Y esta última disputa es bastante seria porque si se trata de reparar resultados, carece de fundamento excluir algunos por derivar de acontecimientos diferentes.

Y lo interesante es cuando las aproximaciones llegan a ser "umbrales"; es decir, cuando se entiende algo como consecuencia de otras cosas, pero siendo una entrada⁵, que sin que se repare en ella, lleva hacia diferentes y distintas comprensiones, ideas o concepciones (tiempos nuevos o señalamiento de un flamante tipo de racionalidad). Parece que uno de estos umbrales ha sido precisamente este "no entender la razón por la cual consecuencias iguales derivadas de hechos no idénticos pero sí parecidos, podrían tener soluciones jurídicas distintas". En primer lugar se aprendió a distinguir: a) el hecho causante, b) su consecuencia, y c) la cobertura. O sea, que la norma jurídica decía: **si ocurre tal hecho** (a), será **tal consecuencia fáctica** (b); por tanto, debe ser la **cobertura** (c).

Pero a partir de aquí, ya fue fácil expresarla de otra manera: "**Dada tal consecuencia fáctica** (b), por **causa de tal hecho** (a), debe ser la **cobertura** (c)". Llegado a esto, se insinuaba que el hecho antecedente (hipótesis normativa o

⁴ Una omisión también puede causar un daño.

⁵ El razonamiento que refiere a un tema puede seguir un desarrollo de precisión lineal, proceso en el que el espíritu no se sobresalta. Pero hay veces que existen discontinuidades o interrupciones que provocan descubrimientos de otros niveles que exigen análisis con originales razonamientos. Comienza un funcionamiento totalmente fresco que lleva a una renovación teórica que sin duda reformula o transforma la validez de las fundamentaciones. Nos parece que son esos momentos los que deben ser atendidos desde que tienen la particularidad de desparramar sus novedades en el sistema de la ciencia haciendo aparecer a cada uno de sus elementos como otra cosa de lo que ayer fueron.

situación jurídica) de la solución jurídica (disposición o consecuencia jurídica), era una **consecuencia** causada por un hecho.

Se aprendió a distinguir tres elementos y no dos en las normas, pero este terceto permitió avanzar en la consideración del **hecho motivante** (a) como **causa eficiente**... y tímidamente a la **consecuencia fáctica** (b) como **justificativo o razón de la cobertura** (c). Entonces se comprendió⁶ la variación del dicho de la norma (dada la consecuencia fáctica... por tal hecho) en **donde la consecuencia es lo que debe existir o lo que debe tener entidad real en el "presente de la cobertura"**. Y avanzando un poco más, también se pudo discernir entre hechos causantes **perennes** (V.G. invalidez) y hecho causantes que suceden en un momento (por ejemplo: muerte, cesantía, etc.), ocurrencias que fenecen en el momento de ser. Por el contrario, las consecuencias de esos hechos eficientes efímeros, podían **ser perennes** (los tiempos de duración de uno y otro no necesariamente coincidían). Se podría decir que uno es un suceso y el otro un estado pero advirtiéndole que el primero puede ser también un estado (por ejemplo: invalidez).

Entonces: ¿cuál es el hecho, hipótesis o supuesto jurídicamente típico? ¿El hecho fáctico, la consecuencia de éste o ambos? Parece que la **consecuencia fáctica** tendría alguna prevalencia ya que la SS tiene por objeto cubrir las carencias, pero no sería SS si elimináramos totalmente el hecho eficiente siempre que no incluyamos en ella la asistencia.

A raíz de todo esto deducíamos la intensa relación que tienen el principio de **inmediatez** de la Seguridad Social con la **aplicación inmediata de la ley**: *"Tratándose del ejercicio de las condiciones para asegurar el cuadro de las libertades de goce y como pertenecen al sector no dominable por el individuo, en*

⁶ Esto debe remarcararse porque es una de las cesuras que provocan el cambio de las fundamentaciones y los umbrales de nuevos pensamientos, como se dijo en la nota anterior. El relato que sigue no hubiera sido posible sin esta discontinuidad.

*aspectos de la aplicación de la norma debería regir el principio de automaticidad (inmediatez), **el que indudablemente no estará ligado al hecho que motiva la carencia sino a la carencia en sí que debe ser suplida.** Por ello es posible proteger al inválido a partir de la vigencia de la regla aunque el hecho invalidante haya sido anterior" (Paganini, M., 1985)*

Y es así porque la aplicación inmediata sostiene que los efectos o las consecuencias de situaciones jurídicas anteriores (el tipo, la especie jurídica o la hipótesis normativa) pero no estos últimos, son tomados por la nueva ley. Por consiguiente, si el tipo jurídico es la consecuencia (carencia, pero no la consecuencia jurídica que es la cobertura) derivada de un hecho y si aquélla es un estado o situación constante, que se convierte en situación jurídica ¿qué ocurre cuando la carencia existe en el momento de la vigencia de la norma pero el hecho eficiente con motivo de haber pasado y no ser presente escapa a esta actualidad normativa? Si decíamos que la consecuencia carencial era el elemento que, por el objeto de la SS, tenía prevalencia, debemos atender primero a ésta y luego observar si es derivado de uno de los hechos reconocidos por la ley. Si éste fue un suceso instantáneo histórico, es decir, desaparecido, mientras que la consecuencia, como estado, es permanente o por lo menos continuaba en el presente, no se podría negar la cobertura porque si así se pensara, se estaría en contra de la SS violando la misma norma que otorga esa protección. Y si es la regla lo que lo prohíbe, sería autocontradictoria porque protegería un estado desconociendo en ella misma la calidad de situación **constante** o **existente** de la consecuencia (que es como decir "debe cubrirse y no cubrirse la misma carencia presente", lo que es una autocontradicción de la norma).

Comienza a desdibujarse el "evento" como causa o motivo de la reparación para pasar "la consecuencia" a desempeñar un papel decisivo, desplazando de esta manera el acontecimiento, al fondo del escenario. Es la carencia el personaje principal, mientras que el suceso originante comienza a perder importancia.

El art. 27 de la Ley 18.037 no se oponía a lo dicho. Nació a partir de una construcción jurisprudencial para el tema de la ley aplicable en materia jubilatoria. La Corte Nacional fue la que introdujo este principio, pero cuando lo enunció lo hizo para impedir que en ciertos casos la ley nueva se aplicara exigiendo distintos requisitos - hechos eficientes fenecidos que suponían carencias/estado - a prestaciones que habían surgido antes por cumplimiento de las condiciones exigidas por leyes del pasado. Y lo dijo así por una razón muy sencilla: el cesante, como ya no era más activo, en ciertos casos ya **no tenía la oportunidad de satisfacer nuevas condiciones, y menos aún el muerto porque ya no existía**. Es decir, el sentido de tal prescripción es de protección del beneficiario, similar al fundamento de la Seguridad Jurídica que fue, en sus inicios, amparo para el ciudadano (Nacimiento del Estado de derecho democrático, protección de la propiedad, derechos adquiridos, etc., etc., etc.)

La CAPT, Sala V, declara que "si tal ha sido el fundamento de la ley, no hay razón para hacer distinciones entre unas y otras viudas. Interpretación contraria no estaría de acuerdo con los principios constitucionales de Igualdad y Protección de la Familia" (ED. 197, pag. 426). En el tema planteado de la aplicación inmediata de la ley existen antecedentes nacionales jurisprudenciales en los que se ha discutido la aplicación de la ley 20.314 que dispone la eliminación del matrimonio subsiguiente como causal de pérdida de la pensión.

Se ha llegado a afirmar que esa ley no sólo es aplicable a personas que adquieren el derecho con posterioridad a su vigencia y se casan también con posterioridad, sino que extiende sus efectos a sujetos ya pensionados y que habían contraído matrimonio con anterioridad a la ley.

3. - Pero ocurre algo más. Hasta aquí se vino hablando de consecuencia dañosa; es decir, que se trata de un resultado adjetivado por el daño. El problema siguiente consistía en determinar conceptualmente este último término, cualificándolo y cuantificándolo correctamente. Es claro que si se piensa la

cobertura sólo en su carácter indemnizatorio, es probable que cometamos errores por exceso o por defecto. Es decir, tal vez se pague a quien sufrió una consecuencia dañosa pero que no necesite ayuda para recuperarse o para sostenerse en un nivel aceptable o es posible que se pague exactamente el daño sufrido pero que no alcance a cubrir las necesidades del sufriente. De allí que este otro elemento también desaparezca de las tablas y el papel principal es representado por la necesidad.

Lo que se quiere significar con esto último es que todo daño no se clausura o no está encerrado en lo que puede ser en sí, ya que una misma lesión en cuanto consecuencia perjudicial para el individuo, depende de las situaciones de este individuo. Si la cobertura pretende ser integral y si la SS es esencialmente amparo de carencias, la reparación no podrá tener el carácter indemnizatorio que estamos acostumbrados a ver en el derecho civil, sino que tendrá que comprender todas sus consecuencias en **relatividad de** situaciones: es decir, el perjuicio sufrido pero atendiendo a la situación particular de cada individuo. O sea que, a partir de un mismo daño, pueden aparecer distintas necesidades amparables según sea el individuo "situado" que lo sufra. Fácilmente se comprende entonces que la cobertura no viene detrás del daño puro, sino que el hecho reparable se integra con elementos, uno de los cuales será este daño, pero en relación con otros del mismo individuo y su situación. En definitiva, es la necesidad la que intenta cubrirse y no el daño que la causó⁷.

El papel del daño es remplazado por la necesidad o el estado de necesidad⁸, prefiriendo algunos el segundo porque hace referencia a la situación, lo que es coherente con lo que se afirmó anteriormente en el sentido que los requerimientos están condicionados. Y es conveniente retener esto porque como se verá más adelante, el resultado del daño tendrá cierta individualidad o

⁷ Alonso Olea M (1985, p.16) cita un sugestivo artículo de J.M. Almansa Pastor: "Del riesgo social a la protección de la necesidad".

⁸ No se refiere a la necesidad absoluta o grave sino a la necesidad circunstanciada y relativa (v: nota 10).

particularidad (desde este punto de vista, no hay ningún corolario masificador de la SS) máxime cuando el acento se coloca en lo que **individualmente no es soportable**. Pero téngase el cuidado de entender esta "necesidad condicionada" con un criterio objetivo de adecuación de todos los sujetos a una uniforme satisfacción de ciertos niveles. La referencia utilizada para juzgar las adjudicaciones de recursos, sería la satisfacción de requerimientos de **niveles prefijados**, lo que implica coberturas distintas o desiguales en función de tipos⁹.

Toda esta evolución del concepto de contingencia va acompañada o es el resultado o la causa, no se sabe bien cómo colocarla, del Estado de Bienestar y el Estado Social de Derecho. Se sabe que este tipo de Estado, en su preocupación por resolver la cuestión social (o de las fallas del sistema liberal-individual-capitalista), no es aquél que deja hacer a los individuos, ni su fin primordial es la protección de la actividad privada de los particulares, sino que promueve ciertas acciones y realizaciones, procurando que todos los ciudadanos se encuentren en las condiciones convenientes para que sean posibles tanto las garantías fundamentales como un nivel o concepto del hombre cuyo perfil se ha previamente configurado¹⁰. Entonces aparecen las normas del bienestar social que tienden a remover "los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impiden el libre desarrollo de la persona humana..." como dice el art. 19 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, de similar texto a la italiana originada en la iniciativa del convencional socialista Lelio Basso.

A la función protectora se agrega una tarea promocional realizada normalmente con medidas positivas. Generalmente consisten en provocar o

⁹ Sin entrar en mayores detalles o profundidades sobre la situación y las comparaciones de iguales o diferentes situaciones, digamos que toda referencia a la situación implica comparaciones interpersonales de niveles de bienestar o de ganancias y pérdidas marginales de los individuos. (Amartya K. Sen "Elección colectiva y bienestar" p.19 y ss).

¹⁰ Perfil que no es el mínimo de subsistencia biológica como valor de la fuerza de trabajo, criterio económico que permitiría el mantenimiento del trabajo como factor de producción y aún posibilitaría su reproducción en los sustitutos que son los hijos de los asalariados, sino con un criterio axiológico/político que por esto mismo se convierte en elemento de legitimidad del poder.

facilitar actos conformes a las normas establecidas, marcando la diferencia entre uno y otro modelo de Estado, lo que claramente dice Bobbio (1980, p. 367): "... se puede distinguir útilmente un ordenamiento protector represivo de un ordenamiento promocional, diciendo que al primero le interesan sobre todo los comportamientos no deseados, por lo que su fin principal es impedir en todo lo posible su realización; al segundo le interesan sobre todo los comportamientos socialmente deseados, por lo que su fin es provocar su realización incluso entre los recalcitrantes"¹¹.

Parecería que este Estado, calificado también como intervencionista, intenta colocarse "antes" del estado de necesidad procurando que éste no ocurra. Por eso se preocupa por la desaparición de las condiciones que provocarán resultados dañosos.

A partir de allí se articulan una serie de medidas (entre las cuales se destaca la prevención) que no tienen vinculación con el aumento de gastos o la disminución de rentas como consecuencia de un acontecimiento, sino que tienden a eliminar las causas, condiciones o motivos que conducen al hecho lesivo. Surge de inmediato la pregunta sobre el contenido del estado de necesidad: ¿seguirán siendo las carencias o las condiciones que llevan a ella? ¿No será tal vez el estado de peligro el que acaparará el contenido de la SS?

Lo segundo parece que se impondrá ya que, por ejemplo, con iguales rentas tendrá mayor bienestar el sano que el enfermo porque el primero requiere menos necesidades que el segundo; luego, es de interés general que se promueva la salud mediante la prevención desde que a la curación debió precederle la enfermedad que, sin dudas, aumenta los gastos y disminuye el bienestar del individuo, si debe afrontarlo particularmente, o agrava los esfuerzos sociales si es la colectividad la que se hace cargo del mismo.

¹¹ N. Bobbio, "Contribución a la teoría general del derecho" p. 367 y ss.

Hay entonces una acción previa que comienza a influir en el concepto de contingencia. Si intentáramos una expresión de esta tendencia aunque más no sea para discutirla, tomamos el riesgo de señalar que después de desvincular el acontecimiento del daño y luego a éste mismo para remplazarlo por la necesidad, ahora el interés se concentra en las condiciones o factores que posibilitarán la necesidad. No es el accidente ni el despido, no es la lesión y tampoco la falta de recursos o exceso de gastos - porque se ha impedido el arribo de ellos - sino las condiciones que los posibilitarían. Intentando abrir un camino para la discusión, aventuraría decir que la contingencia sería: ***la aparición en la situación del individuo de condiciones que, a través de una cadena de hechos y consecuencias, muy probablemente produzcan tipos de carencias cuya satisfacción exige el perfil de humanidad previamente definido.*** Siendo la definición del perfil humano contenido del concepto, es indudable que las necesidades será relativas a ese nivel de humanidad que se pretende, razón por la que estará directamente vinculada a la programación que elige un fin, neutralizando los demás en base a una elección axiológica (selección valorativa que definirá "al hombre" y que se justifica ideológicamente)¹². Pero como también en el concepto existe una referencia a la condición que conduciría probablemente a situaciones no queridas, las coberturas deberán estar previstas y serán un elemento fundamental en el programa de los medios, proponiendo uno (el más adecuado al fin y el más eficaz/eficiente) entre los utilizables, para producir el efecto querido¹³.

¹² Con esto se significa que el Estado Social de Derecho como responsable de una dimensión de justicia social y S.S. es el concepto de Estado que todos "consienten" y ya no la mera acción de Cruz Roja como se dijo en nota (1). Lo afirmado lleva a la universalización de la S.S. (desde que "todos consienten"), pero si el Estado interviene para corregir la autonomía de los mecanismos del mercado en un intento de obtener además de la igualdad formal la igualdad material, **no puede traducir en el sistema de la S.S. las desigualdades o ventajas de aquél mercado, exacerbando de esta manera las diferencias. Por eso universalización de la S.S. y base legitimadora del Poder, no implican "igualdades de prestaciones" como tampoco "igualdades de contribuciones al sistema" ya que tanto prestaciones como contribuciones serán medidas en procesos de inversión del resultado del mercado autónomo. Consecuencia de esto es que tampoco puede existir una equivalencia entre contribución al sistema de S.S. y prestación recibida.**

¹³ Nos referimos aquí a la distinción de N. Luhmann (1983, p.97 y ss) entre programa final y programa condicional. Este último contiene los medios o instrumentos para realizar el primero y nos parece que aquí se asienta la S.S. mientras que el programa de fines es propio de la Política Social. Si ésta es la que constituye la base legitimadora, **los medios deben ser adecuados en el sentido de inversión de las desigualdades del mercado autónomo, pero también eficaces en**

Bibliografía

- Alonso Olea, M. (1985) *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid, Civitas SA.
- Bobbio N. (1980) *Contribución a la teoría general del derecho*. Madrid. Debate E.
- Habermas, J. (1973) *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires, Amorrortu.
- Luhmann, N. (1974) *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Luhmann, N (1983) *Fin y racionalidad en los sistemas*. Madrid. Editora Nacional
- Paganini, M. (1985) "La relación jurídica en el derecho de la seguridad social", en *Zeus*, tomo 38, D-79/84. Rosario. Argentina.

cuanto se garantiza como segura la alteración y eficiente cuando se lo hace con el menor costo (no medible exclusivamente con criterio económico sino en lo que hace al sacrificio que implica descartar otros en la elección de uno determinado).