

Comentarios sobre la constitucionalidad del sistema jubilatorio de personas magistradas nacionales

POR **ADOLFO NICOLÁS BALBÍN** (*)

Sumario: I. Introducción.- II. La seguridad social como derecho esencial de las personas y como obligación central del Estado.- III. Ideas básicas acerca de los distintos regímenes de la seguridad social y de la Ley 24.018.- IV. Explicación adicional sobre el sistema de jubilación para jueces y juezas nacionales.- V. Crisis constitucional de las exigencias contempladas en el artículo 9 de la ley y su reglamentación.- VI. Necesidad de elaborar reformas al sistema vigente y los posibles mecanismos de solución.- VII. Palabras finales a modo de cierre.- VIII. Referencias.

Resumen: en este trabajo se efectuó un estudio crítico del actual régimen previsional para personas magistradas nacionales, especialmente del recaudo atinente al cese definitivo exigido por la Ley 24.108 y su reglamentación, planteando que en aquel cuadro normativo, media una contradicción con derechos plasmados en la Constitución Nacional, sobre todo en alusión al derecho a la seguridad social, la razonabilidad, el derecho a trabajar y a la propiedad y las garantías del artículo 110 de la norma cimera. De tal forma, la perspectiva analítica seleccionada propende a la combinación de aportes provenientes del derecho de la seguridad social y la rama constitucional, postulándose como conclusiones la necesidad de pensar en propuestas de reformas que mejoren el acápite criticado, a partir de reconocer el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, junto a los deberes esenciales que en ese campo gravan la actuación estatal.

Palabras claves: jubilación - magistrados - nacionales - constitucionalidad

Comments on the constitutionality of the retirement system of national magistrates

Abstract: in this paper I carry out a critical study of the current pension regime for national magistrates, especially the collection related to the definitive dismissal required by law 24.108 and its regulations, suggesting that in that regulatory framework, there is a contradiction with rights embodied in the National Constitution, especially in reference to the right to social security, reasonableness, the right to work

(*) Abogado, Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Especialista en Derecho Social -del trabajo y la previsión- (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Especialista en Docencia Universitaria (UNLP). Prof. Adjunto en Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP).

and property, and the guarantees of article 110 of the supreme norm. In this way, the selected analytical perspective tends to combine contributions from social security law and the constitutional branch, postulating as conclusions the need to think about proposals for reforms that improve the criticized section, based on recognizing the fundamental nature of the right to social security, together with the essential duties that burden state action in that field.

Keywords: *retirement - magistrates - nationals - constitutionality*

I. Introducción

En el presente trabajo, voy a abordar el tema atinente a la jubilación de juezas y jueces nacionales, en el marco de las exigencias contempladas en el artículo 9 inciso b) de la Ley 24.018, y la reglamentación efectuada por medio de la Resolución N° 10/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, siendo ese mi objetivo general.

En complemento, como objetivos específicos propendo a efectuar un estudio crítico de los recaudos regulados en las normativas antes mencionadas, de la mano con algunos lineamientos expuestos por la Procuración General de la Nación en el Dictamen emitido en el caso “Coscia”, considerando también las sentencias de las instancias ordinarias dictadas en ese expediente, y conjugando dichos componentes con aportes provenientes de las disciplinas de la seguridad social y el derecho constitucional. En la misma senda, voy a explicitar algunas sintéticas propuestas de reformas para el sistema de la jubilación de magistrados respecto del tópico criticado, con base en los elementos que más abajo iré tratando.

A modo de colofón, expondré algunas conclusiones.

II. La seguridad social como derecho esencial de las personas y como obligación central del Estado

Resulta claro que la seguridad social es el marco general de este trabajo, pudiendo ser conceptualizada brevemente como aquella disciplina que, reconociendo la insuficiencia en la actuación de las personas individualmente consideradas, y por ende partiendo y organizándose en orden a un factor colectivo, pretende proteger a aquellas frente a una eventual producción de riesgo que puedan alterarlas, bregando por la reducción de factores negativos que aquel evento negativo puede provocar en el titular de derechos.

Así, la faceta subjetiva de la seguridad social es la persona humana, mientras que la objetiva se define por la contingencia social, circunscripta en derredor del anotado elemento del riesgo, objetivado en la eventual materialización de una circunstancia que reduzca la capacidad personal o le imponga un gravamen económico mayor del habitual.

En ese cuadro, escribió Bernabé Chirinos

La persona, por sí, y la sociedad son las responsables originarias del mantenimiento de la dignidad personal y del fortalecimiento frente a las fragilidades. Ambas, persona y sociedad, en forma coordinada, mancomunan esfuerzos para que el individuo recupere su integral valía cuando ha sido afectado por alguna contingencia. (2009, p. 7)

En una senda similar, Alonso Olea efectuó un detalle respecto del anotado concepto de seguridad social, tomando de la mano al informe de William Beveridge, y apuntando así que

Seguridad Social, en tal definición, vale tanto como prevención y remedio de siniestros que afectan al individuo en tanto miembro de la sociedad y que ésta es incapaz de evitar en su fase primera de riesgo, aunque puede remediar y, en alguna medida, prevenir su actualización en siniestro. La seguridad social es un mecanismo interpuesto entre una situación potencial siempre presente de riesgo y una situación corregible, y quizá evitable, de siniestro. (1983, p. 15)

En cuanto al fundamento de la existencia de la seguridad social, se puede decir que radica en un componente humanitario -al reconocer la insuficiencia de la actuación individual para poder hacer frente a las contingencias creadas por el contexto social y también a aquellas de origen biológico-, pero también, y de manera clara, uno de corte netamente político, escribiendo ese esa órbita Miguel Ángel Cordini

Lo que caracteriza a la Seguridad Social es haber replanteado toda la problemática de la seguridad en el plano de la solidaridad social. Al cabo de los siglos la humanidad ha comprendido que la miseria, las privaciones, la pobreza, la enfermedad, etc., son un peligro para la paz, la convivencia y el progreso y que, al afectar el interés común, su extirpación compromete el esfuerzo mancomunado de todos, instrumentando, consecuentemente, una responsabilidad social. (1966, p. 4)

De la mano con esa íntima relación de la seguridad social con la política, y conjugado con el elemental principio de la solidaridad, escribió Paul Durand “La cobertura general de los riesgos, en beneficio de toda la población se basa en la idea, absolutamente diferente, de una solidaridad realizada a través de la redistribución de la renta nacional”. Agregando algunas líneas más abajo, que

Existe, por una parte, un servicio público que funciona en beneficio de toda la colectividad y cuyos gastos son asumidos por esa colectividad; existe por otra parte, y sobre todo, un reparto de la renta nacional por vía de la autoridad pública. (1991, p. 223)

Con esos elementos, se puede apreciar la importancia central que tiene la seguridad social en la vida de las personas, y, desde se mirador, a la par que fue bastante superada la etapa del constitucionalismo clásico propia de las Cartas del siglo diecinueve, las luchas sociales y según considero también los intereses políticos y económicos, impusieron la necesidad de virar el rol del Estado, reclamándose en ese campo un papel más interventor y protector de parte del mismo, en comparación con la pasividad del modelo gendarme de la centuria antes aludida.

En ese terreno, escribió Miguel Ángel Ekmekdjian

(...) la fisonomía clásica del aparato estatal liberal, garantista o “Estado gendarme”, limitado y pequeño, desapareció para dar paso a un Estado planificador. Distribucionista y providencial. Aparece entonces una nueva categoría de derechos constitucionalmente reconocidos, distintos de los clásicos derechos civiles y políticos: los derechos sociales, llamados también derechos de segunda generación (...). Estos son los que se le reconocen al hombre, no como individuo abstracto, sino en relación a sus actividades profesionales y a sus necesidades económicas. (1994, p. 3)

Nuestra Constitución Nacional se ha hecho eco del mensaje tutelar antes anotado, al incorporarse en la década de los años cincuenta del siglo veinte el artículo 14 bis, en cuyo tercer párrafo, parte inicial, se regula con carácter cimero que “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social”, redacción imperativa, que conmina a la adopción de medidas de corte extensivo para materializar la protección considerada esencial para la persona humana, en tren de la consagración de los derechos de la seguridad social.

Desde ese mirador, escribió Germán Bidart Campos

Más allá de que la ley implemente un sistema de seguridad social a cargo de entidades privadas y no del estado, seguimos reiterando que la presencia reglamentaria, reguladora y controladora del estado viene impuesta por el art. 14 bis, reforzado por el art. 75 inc. 23, que obliga a legislar y promover medias de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos; todo ello, en particular respecto de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad. (2019, p. 245)

A esta altura del análisis, resulta claro que la seguridad social es un derecho humano fundamental, consagrado no solo en el artículo 14 bis anotado, sino en instrumentos cimeros de enorme importancia, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (en cuyo artículo 22 se regula que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”), el Pacto Internacional

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que norma, en su artículo 9, “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”), la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (que regula en su artículo 5, inciso d. ap. iv, “El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales”), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 11, 1, ap. e.), “El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas”), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en cuyo artículo XVI se establece “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”), la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (que regula en su artículo 17, en sus dos primeros párrafos, lo que sigue “Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna. Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social”).

III. Ideas básicas acerca de los distintos regímenes de la seguridad social y de la Ley 24.018

Como dije en el apartado precedente, la seguridad social brinda protección a las personas frente a un conjunto de contingencias sociales, siendo ese el cuadro básico de su alcance subjetivo y objetivo.

Sin embargo, en tren de analizar los mecanismos para el otorgamiento de aquella protección, debemos saber que el sistema se organiza en tres grupos de regímenes, cada cual con características propias. Ellos son el general, los diferenciales y los especiales.

De manera muy reducida, el primero es el que brinda protecciones genéricas frente a las contingencias vejez, invalidez y muerte, sin que en el caso se aprecien, en la regulación de los requisitos para acceder a la cobertura frente a alguna de aquellas eventualidades, recaudos excepcionales atinentes a las cualidades del servicio brindado o la persona que requiere el reconocimiento de un derecho a protección. Por contrapartida, los regímenes diferenciales son aquellos que se instituyen para proteger a una persona que desempeñó una tarea determinante de vejez o agotamiento prematuro (es decir, una tarea que o bien desgasta más a la persona que la desempeña, en relación a las consideradas tareas ordinarias

que forman parte del régimen general, o bien el servicio puntual que se presta expone a quien lo cumple a condiciones de mayor riesgo), producto de lo cual veremos que aquí las exigencias para el acceso a una prestación previsional son más beneficiosas en comparación con el régimen general, tanto en relación con la edad como los años o servicios con aportes; por ejemplo, las tareas docentes, de aviación, ferroviarios, plantas de combustible, servicios eléctricos, minas, acería, etcétera. Finalmente, están los regímenes especiales, que son “aquellos que se instituyen en consideración de la particular situación o condición de los futuros beneficiarios”, por ejemplo miembros de los poderes o funciones del Estado (Jaime Brito Peret, 1996, p. 238), a los que cabe agregar, también a tenor ejemplificativo, el cuerpo de guardaparques nacionales, obispos, arzobispos y vicariato castrense de la fuerzas armadas, investigadores científicos y tecnológicos, entre otros. Desde ese aspecto, mientras los servicios diferenciales se concentran más en el aspecto objetivo de la actividad cumplida, los especiales lo hacen en cuanto a la función desempeñada.

Pues bien, respecto del tema central que transversaliza este aporte, es importante decir que el régimen jubilatorio para jueces y juezas nacionales instituido en la Ley 24.018, forma parte del conjunto catalogado como especial.

De forma básica, aquel sistema especial se matiza con exigencias puntuales para acceder a la jubilación: para los jueces y juezas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), se exigen 4 años en el ejercicio de sus funciones, a fin de poder gozar de la asignación mensual (artículo 2); agregándose en el artículo 3, que aquellos ciudadanos, al cumplir 65 años de edad o acreditar 30 años de antigüedad en el servicio o 20 años de aportes en regímenes de reciprocidad, “comenzarán a percibir una asignación mensual, móvil, vitalicia e inembargable conforme con el derecho adquirido a las fecha en que se reunieron dichos requisitos, cuyo monto será la suma que por todo concepto corresponda a la remuneración de dichos cargos”. Es decir, en el artículo 2 leemos la exigencia general objetiva para que un juez o jueza de la CSJN goce de una jubilación, mientras en el artículo 3 observamos el reconocimiento de una prestación previsional, cuando se acrediten determinadas y más puntuales condiciones subjetivas -edad- u objetivas -servicios-.

Por su parte, para los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público (excluyendo obviamente a los Ministros de la CSJN, por lo expuesto anteriormente), se requiere 60 años de edad en el caso de las mujeres y 65 en el supuesto de los hombres (recaudo subjetivo), y 30 años de servicios computables en uno o más regímenes incluidos en el sistema de reciprocidad jubilatoria. Ello siempre que se hubieran desempeñado 10 años continuos o quince discontinuos en alguno de los cargos indicados en el artículo 8 (magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público), y se

encontraren en su ejercicio al momento de cumplir los demás requisitos necesarios para obtener la jubilación ordinaria.

Por su parte, el artículo 10 regula que el haber jubilatorio inicial es del 82% del promedio de las últimas 120 remuneraciones actualizadas, sujetas a aportes y contribuciones, agregando que en ningún caso dicho haber podrá ser superior a la remuneración total, sujeta a aportes y contribuciones, previa deducción del aporte personal jubilatorio del cargo correspondiente al cese definitivo en el servicio, teniendo además aquel el carácter de móvil.

Más allá de la información anterior, que sirvió primero para ubicar conceptualmente a los regímenes especiales, concentrándome luego en algunas cualidades del sistema de jubilación para jueces y juezas nacionales, aludo a continuación a puntuales preceptos de la mencionada Ley 24.018, y su reglamentación, que han creado controversia.

Primero, a la exigencia contemplada en el artículo 9 inciso b), en cuanto requiere, como una de las condiciones para que sea reconocido el derecho a que la jubilación se calcule en los términos del artículo 10, el cese definitivo en el ejercicio de los cargos mencionados en el artículo octavo (magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público también nacional).

Por su parte, en el Anexo 1 de la Resolución 10/2020, se reglamentó el anotado artículo 9, agregándose como exigencia

e. Cesar definitivamente en el ejercicio de su cargo en la función Judicial. Dicho cese se produce cuando la renuncia presentada por el interesado es aceptada por la autoridad competente. La fecha de la aceptación de la renuncia determina la adquisición definitiva del derecho y su fecha inicial de pago. Sin perjuicio de ello, se permitirá solicitar y tramitar el beneficio con la constancia de la presentación de la renuncia ante la autoridad competente. Acreditado el cumplimiento de los demás requisitos, la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) acordará el beneficio bajo la condición de que el funcionario o magistrado, cese de manera definitiva en el ejercicio de su cargo dentro de los CIENTO OCHENTA (180) días desde la notificación de la respectiva resolución de otorgamiento. Vencido el plazo señalado sin que se haya configurado el cese definitivo, la resolución de otorgamiento del beneficio caducará y el solicitante deberá petitionarlo nuevamente. Excepcionalmente, por única vez, la ANSES podrá prorrogar el plazo señalado por el término de NOVENTA DIAS, cuando el solicitante acredite que la demora no le es imputable. El peticionante podrá requerir a la ANSES con carácter previo a la solicitud del beneficio, un cóm-

puto ilustrativo de servicios a los efectos de evaluar el derecho en forma provisoria; (...).

IV. Explicación adicional sobre el sistema de jubilación para jueces y juezas nacionales

Sintéticamente, como lo anoté más arriba, los jueces y juezas nacionales encuadrados en el régimen legal ya aludido, vigente un régimen jubilatorio de carácter especial, pueden jubilarse, en la medida en que cesen definitivamente en los cargos que ocupan, cumpliéndose la mentada exigencia cuando la renuncia que en su hora debieron formalizar, sea aceptada por la autoridad competente, en el caso el Presidente de la Nación. Es decir, que para el reconocimiento efectivo del derecho jubilatorio se requiere el cumplimiento de aquella formalidad especial.

En el régimen puntual, sin embargo, surge que quien otorga la jubilación es una caja previsional, la ANSES, a partir del estudio de los documentos que se considere pertinente analizar en el marco de un expediente administrativo previsional que se inicia con la constancia de la presentación de la ya aludida renuncia.

De forma tal que en el caso de las personas magistradas nacionales, media una bifurcación de competencias en el otorgamiento de la jubilación. Una, que ahora le voy a dar el nombre de ordinaria, y que corresponde a la ANSES, y otra, que llamaré especial, al Ejecutivo Nacional.

En el campo del ejercicio de la competencia ordinaria, y en una etapa previa al inicio del expediente previsional, el sistema legal permite que la persona solicite un cómputo ilustrativo de servicios a los efectos de evaluar el derecho en forma provisoria, lo que consiste básicamente en el análisis de las condiciones objetiva y subjetiva (años de aportes y edad), para investigar si se cumplen en la especie las mentadas exigencias. Empero, la competencia de la ANSES prosigue obviamente cuando el expediente administrativo ya se inició al presentarse la solicitud con la prueba de que se formalizó antes la renuncia legalmente exigida, estableciéndose en la especie que se podrá emitir un acto administrativo de otorgamiento provisorio del haber, hasta que se acredite el cese definitivo, y fijándose en la normativa un plazo de vigencia de la anotada provisoriedad, consistiendo la misma en 180 días con posibilidad de prorrogarse por 90 más, cuando la persona magistrada pruebe que la demora en la aceptación de la renuncia no le es imputable.

En una vereda complementaria, en el ejercicio de la competencia que aludí como especial, el Ejecutivo debe aceptar la renuncia que en su hora tuvo que haber presentado la persona que deseaba jubilarse. Para la jubilación de la persona solicitante, anterior juez o jueza, ese acto es muy importante porque el mismo supone la adquisición definitiva del derecho jubilatorio (repárese en el carácter

provisional de la resolución que antes del cese definitivo puede emitir la ANSES, como señalé en el párrafo anterior), determinando la fecha inicial de pago, y el régimen jurídico aplicable.

En cuanto al mentado inicio del pago, la actuación de la autoridad competente para aceptar la renuncia es tan importante, que aun cuando con anterioridad a dicho trámite, y en los términos establecidos por el artículo 11 de la Ley 24.018, la persona solicitante deba percibir un anticipo mensual equivalente al 60% de lo que presumiblemente le corresponda calculados sobre su última remuneración (que lo debe pagar no la ANSES, sino el Poder Judicial, y que tiene una duración máxima de 12 meses), el mismo cesa si no le es aceptada la renuncia, pudiendo dar origen también a la generación de un cargo deudor para devolver las sumas que haya percibido, lo que no solo se puede dar, en los términos legales, cuando la renuncia no es finalmente aceptada, sino también cuando habiéndose aceptado, el retroactivo que se le deba pagar al particular que en su hora haya iniciado la jubilación no pueda absorber el anotado anticipo (1).

V. Crisis constitucional de las exigencias contempladas en el artículo 9 de la ley y su reglamentación

Como lo dije al principio de este aporte, en el caso “Coscia”, tanto la primera instancia, como la Cámara y la Procuración General de la Nación, expusieron una serie de argumentos para hacer lugar a la acción incoada por el actor, que si bien no van a dar lugar aquí a un comentario puntual en relación al exclusivo supuesto del expediente antes mencionado, servirán de fuente para que en esta ocasión pueda brindar mi opinión personal sobre el régimen jubilatorio de jueces y juezas nacionales, en el campo de la Ley 24.018 y su reglamentación, en lo que hace a las materias que en el caso mencionado al inicio, han generado agravio, es decir, la vinculada con la exigencia del cese definitivo en el cargo para poder acogerse al beneficio de jubilación (artículo 9 inciso “b” de la ley mencionada), en el cuadro de la requerida aceptación de dicha renuncia por la autoridad competente, si nos remitimos a la adición central incorporada en el Anexo I apartado “e” de la Resolución 10/2020.

En mi opinión, en el punto subrayado el sistema actual implementado en aquellas fuentes normativas es contrario a la Constitución Nacional, y por ende debe ser revisado para su reforma.

(1) Lo escrito da cuenta de que la persona debe devolver el anticipo que haya cobrado, tanto en el caso de que le hubieran reconocido finalmente el derecho provisional, como en el supuesto de que ello no haya sucedido. En el primer caso, la fuente para la devolución será el retroactivo provisional que se le reconozca, mientras que en el segundo será el dinero particular de la persona, en ausencia de un derecho jubilatorio hábil.

Para ello me baso en una serie de argumentos que a continuación paso a desarrollar de manera sintética.

De base, observo que en el marco de la normativa actual, media una alteración al derecho a la seguridad social para las personas que se desempeñaron como magistradas, debilitando o corriendo a un lado el carácter de sujetos en condición de mayor vulnerabilidad de quienes componen el universo señalado. Con ello, rememoro que conforme lo expuse en el apartado segundo de este breve aporte, la seguridad social resulta constitutiva de un derecho esencial de las personas, de claro rango constitucional, adquiriendo cuerpo de una prerrogativa humana fundamental, no solo por su expresa consagración en varias fuentes de corte cimero, sino por el carácter elemental que la misma tiene para el desarrollo de las personas. Desde ese aspecto, opino que la consagración de la seguridad social como un derecho constitucional, actúa como consecuencia de su carácter elemental para el desarrollo de las personas y, por ende, como forma encauzar la voluntad política pública, y no tanto como causa de ello.

Con ese horizonte, y citando el precedente “Bercaitz” de la CSJN, aludió Gelli

Los derechos de la seguridad social constituyen una expresión de la justicia social, calificada por la Corte Suprema como “la justicia en su más amplia expresión” y cuyo contenido según el Tribunal “consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vitas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. (2018, pp. 288 y 289)

Desde esa óptica, adquiere sentido la obligación del Estado de legislar promoviendo medidas de acción positiva en procura de la protección de grupos en condiciones de mayor vulnerabilidad, como se norma en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional (CN).

A su respecto, ha escrito Bidart Campos, en relación a la cláusula supra mencionada, que allí se emplean dos verbos, el de legislar y el de promover, adicionando a ello

Promoción es movimiento hacia adelante: se “pro-mueven” los derechos cuando se adoptan las medidas para hacerlos accesibles y disponibles a favor de todos. Y eso exige una base real igualitaria, que elimine, por debajo de su nivel, cuanto óbice de toda naturaleza empece a que muchos consigan disfrutar y ejercitar una equivalente libertad real y efectiva. (2019, p. 125)

Con ese piso de marcha, la exigencia legal materializada en que la persona solicitante del haber deba presentar su renuncia, esperando una futura aceptación

por parte del Presidente de la Nación, como condición para que pueda obtener con carácter definitivo su derecho a la jubilación, no se condice con el espíritu tutelar que deben tener los preceptos de la seguridad social vinculados al derecho previsional jubilatorio, sobre todo si se tiene en cuenta que al menos se agrieta en el campo de la exigencia anotada el carácter sustitutivo del haber previsional en relación con la remuneración que en actividad, ejerciendo la función de magistrada o magistrado, cumplió la persona por el tiempo exigido en la Ley 24.018 como condición paralela al goce del haber.

Con lo último, la crisis constitucional anotada adquiere cuerpo también de la mano con el derecho a la propiedad, que constituye a su vez la acreencia del haber jubilatorio, después de que se han reunido las condiciones subjetiva y objetiva para que pueda reclamarse a la caja previsional en cuestión, en el caso la ANSES, el otorgamiento de la debida prestación previsional. Quiero decir que es evidente que el régimen actual altera el derecho de la seguridad social a partir de una regulación que sujeta a ciertas condiciones imprecisas y prolongadas en un tiempo sin limitación, el derecho a cobrar un haber luego de haber trabajado, y en tiempo de reclamarse una acreencia por los servicios ya brindados. En ese terreno, considero que el defecto anotado, en el régimen actual, no se soluciona con el anticipo previsional regulado en el artículo 11 de la Ley 24.018, desde que el mismo solo es un anticipo, y no un derecho constituido ni estable, prueba de lo cual resulta ser que el anotado ítem (el 60% del haber que presumiblemente le corresponda cobrar a la persona), no lo paga la ANSES sino el Poder Judicial, encontrándose sujeto a devolución, tanto en el caso de que el derecho resultara finalmente otorgado como en el supuesto de que se rechazara la solicitud.

Otro argumento que conduce a mi modo a sostener la inconstitucionalidad de los preceptos anotados al inicio, se relaciona con el principio de progresividad.

En pocas palabras, el anotado principio otorga la garantía tendiente a asegurar que un derecho social conquistado o reconocido, no pueda ser desarticulado a posteriori de su consagración, con la implementación de una política que tienda a desmejorar la regulación de una prerrogativa previamente otorgada.

A nivel constitucional, la progresividad se reconoce de manera clara en algunas disposiciones. Así, nos encontramos con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 2.1 compromete a los Estados parte a adoptar medidas, tanto por separado, como mediante la asistencia de la comunidad internacional, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos allí reconocidos, ello hasta el máximo de los recursos disponibles. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prescribe en su artículo 26 –titulado “Desarrollo progresivo”–, la obligación de los Estados signatarios, para adoptar providencias que tiendan a lograr progresivamente la plena

efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida de los recursos disponibles.

Desde ese panorama, a la par que campea un derecho operativo, media una obligación estatal de respetar y de promover, con las políticas adecuadas, el nivel de conquistas de derechos obtenidos. Así, la progresividad no solo supone, desde el aspecto político y jurídico, una obligación de no hacer, sino una directa manda de actuación, direccionada a mejorar el nivel de vida de las personas, en el campo, titulares de derechos de la seguridad social.

Pues bien, considero que el recaudo atinente al cese definitivo, vinculado como dije más arriba con la aceptación de la dimisión por la autoridad competente, e incorporado por la Ley 27.546, ha supuesto la alteración del principio de la progresividad, norte elemental de los derechos de la seguridad social, porque en la redacción originaria de la ley 24.018 esa exigencia agravada por los efectos, tal cual ya puse de manifiesto, no se encontraba receptada, observándose entonces, con su incorporación, el empeoramiento de la regulación jubilatoria para las personas magistradas.

Detallando un poco más lo precedente, en el texto primigenio de la Ley 24.018 se establecía que procedía el reconocimiento del derecho jubilatorio en el marco del cálculo del artículo 10 (haber en base al 82%), cuando la persona, además de reunir los recaudos genéricos de edad (60 años) y aportes (30 de servicios y 20 de aportes computables en uno o más regímenes comprendidos en el sistema de reciprocidad), hubiera desempeñado 15 años continuos o 20 discontinuos en un cargo en el Poder Judicial o en el Ministerio Público de la Nación o de las Provincias adheridas al Régimen de Reciprocidad Jubilatoria o en la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, cumpliendo funciones como mínimo durante los últimos 10 años en cargos comprendidos en el artículo 8.

Amén de otras críticas que le podría hacer a la reforma implementada por la Ley 27.546 (por ejemplo, la incorporación de una diferenciación etaria para hombres y mujeres, como recaudo genérico para la jubilación, a saber 65 para los primeros y 60 para las segundas cuando antes ambos requerían 60 años), se incluyó la exigencia del cese definitivo, luego detallado por la reglamentación, que antes que facilitar el acceso a la jubilación por parte de una persona magistrada, vino a dificultar el mismo.

Desde ese aspecto, trayendo a cuenta la regla de la no regresividad, que va de la mano con el principio de la progresividad, y la distinción doctrinaria en ella formalizada (Courtis, 2006, p. 4), respecto de la no regresividad normativa (que la ley no empeore la regulación anterior) y la no regresividad de resultados (que no ocurra lo mismo con los efectos derivados de la aplicación del nuevo dispositivo

jurídico), observo que la anterior explicación da cuenta que en materia de jubilaciones para personas magistradas, la reforma de la Ley 24.018 implicó el endurecimiento, sin mayor justificación, de los recaudos para el acceso a la jubilación con exigencias que afectan el derecho de la seguridad social, lo que se ve reflejado en casos prácticos como el citado precedente “Coscia”.

Otro argumento respecto de la inconstitucionalidad de la exigencia del cese definitivo, radica en la alteración del principio de la razonabilidad, normado en el artículo 28 de la Constitución Nacional.

A su respecto, escribió Ekmekdjian

La razonabilidad es un standard valorativo que permite escoger una entre varias alternativas, más o menos restrictivas de los derechos, en tanto ella tenga una relación proporcional adecuada entre el fin de salud, bienestar o progreso, perseguido por la norma cuya constitucionalidad se discute y la restricción que ella impone a determinados derechos. En otras palabras, una norma reglamentaria es razonable cuando guarda adecuada proporción entre el objetivo buscado y el medio (intensidad de la restricción) empleado. (1995, pp. 36 y 37)

A su vez, Bidart Campos aludió en este terreno que “El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder e, incluso, de los particulares” (2019, p. 517).

Dentro de ese campo, considero que se ha menoscabado la regla constitucional de la razonabilidad en un doble orden de incidencia. Primero, porque como dije la Ley 24.018 en su redacción actual ha supuesto una alteración al derecho de la seguridad social y a la garantía de la progresividad, violando el impedimento de que a través de una ley se dificulte el acceso a un derecho constitucionalmente garantizado. Y segundo, porque con la reglamentación del artículo 9 de aquella ley, la Resolución 10/2020 ha incorporado exigencias no contempladas legalmente, incurriendo en el caso en un supuesto de exceso de reglamentación, restringiendo de manera no razonable la configuración del cese definitivo aludido en la ley originaria, sin que de los considerandos de la mentada Resolución surja justificativo alguno que tienda a clarificar o justificar los motivos del impulso de tamañas agregaciones que la Norma 24.018, ya criticable de por sí, no contiene.

El defecto anterior se subraya en mi entender a poco que, al leer la reglamentación del artículo noveno de la Ley 24.018, se pueden encontrar imprecisiones que hacen al régimen jurídico aplicable a la persona que inició su expediente jubilatorio (ya que no se clarifica si aquel va a ser en todos los casos el vigente al tiempo de presentar su renuncia, o bien si podrían eventualmente llegar a ser aplicables nuevas exigencias reguladas al tiempo en que aquella renuncia sea

finalmente aceptada por la autoridad competente, por ejemplo en lo que hace a la edad jubilatoria, lo que aventurando posibilidades podría justificar el rechazo de la solicitud del haber si la edad aumenta, dejando en total desamparo a la persona que ya presentó su renuncia a un cargo de magistrado o magistrada), afectándose derechos en cuanto al tiempo en que debe expedirse la aceptación de la renuncia por el Presidente de la Nación (ya que en cuanto a esto, la reglamentación no dice nada, y la ley menos, sujetando a la persona solicitante a un situación de incertidumbre que no tiene por qué existir y sufrir), o bien en cuanto hace a la determinación del haber inicial.

En alusión a lo último, no omito que en la Resolución 10/2020 se reguló “La fecha de la aceptación de la renuncia determina la adquisición definitiva del derecho y su fecha inicial de pago”, pero al menos me quedan ciertas dudas respecto de la coherencia de tal enunciado, si es que lo estudiamos con el derecho al anticipo normado en el artículo 11 de la Ley 24.018, definido por la misma “como pago a cuenta del haber que le pertenezca, deduciéndose luego de la retroactividad que se acumule”. En ese cuadro, pareciera que si el anticipo es pago a cuenta, y que como tal es susceptible de ser eventualmente a futuro deducible de las retroactividades que a la persona se le paguen, es que se observaría que el cese a los fines de la determinación del haber inicial debería estar dado desde la fecha en que la persona magistrada dejó de cumplir tales funciones, y no desde que, a posteriori, y vaya a saber en cuánto tiempo, el Presidente de la Nación acepte la renuncia presentada.

Para finalizar la referencia a la alteración de la razonabilidad, adiciono que a mi modo el sistema actual, en lo que hace a la crítica aquí esbozada, no encuentra justificación suficiente bajo el ropaje del argumento basado en la incompatibilidad entre la percepción del haber jubilatorio y el ejercicio de la magistratura, desde que en todo caso se debería permitir a la persona magistrada solicitante del haber poder continuar en el cargo hasta el otorgamiento de la jubilación.

También considero que la exigencia del cese definitivo, con sus contornos específicos vía reglamentación, conducen a que se ponga en serio riesgo el derecho a trabajar de la persona magistrada, en momento en que, de haberse presentado la renuncia, llegada la ocasión la autoridad competente no la acepte. En ese caso, el o la requirente del haber no podrá gozar de la jubilación, porque su renuncia no fue aceptada, pero tampoco podrá volver al desempeño de la magistratura, porque aquella en definitiva ya se formalizó, cesando por ende en sus funciones, en un terreno en que la presentación de la renuncia, y hasta su posterior aceptación, no supone dejar en suspenso la titularidad del cargo de juez o jueza, al menos no en la literalidad de las normas ahora analizadas.

Agrego finalmente como otro de los argumentos que a mi modo permiten observar la crisis constitucional del recaudo del cese definitivo (reitero, con las

ampliaciones incorporadas por la reglamentación), que el sistema actual aparece revestido de elementos que pareciera actúan en contra de las garantías de la inamovilidad de los cargos e intangibilidad en las remuneraciones, contempladas en el artículo 110 de la Constitución Nacional, configurativos ambos de la independencia en el desarrollo de la función judicial, derechos que, como lo tiene dicho la CSJN, también resultan trasladables al grupo de las personas exmagistradas en pasividad.

En dicha senda, en el precedente “Gaibisso” (referenciado en el dictamen de la Procuración General para el caso “Coscia”), la CSJN dijo

Que desde Fallos: 176:73, este Tribunal viene recordando que la intangibilidad de la remuneración de los jueces ha sido establecida no por razón de la persona de los magistrados, sino en mira a la institución del Poder Judicial de la Nación, a la que los constituyentes han querido liberar de toda presión por parte de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia (...), considerando además extensible la tutela del artículo 110 al caso de las personas ex magistradas jubiladas, tramo en el que agregó, algunos pasajes más adelante. (...) la protección que el legislador ha dispensado al régimen de jubilaciones correspondiente a los magistrados no se sustenta en bases discriminatorias o de privilegio, sino que, por el contrario, goza de una particularidad que surge de los principios que preservan las instituciones republicanas. Se trata de propósitos últimos de independencia funcional, que se infieren de los principios de intangibilidad y de inamovilidad de los magistrados en sus cargos, y que justifican una innegable diferencia respecto de los regímenes laborales, no sólo del trabajador sometido al derecho común, sino también respecto del empleado o funcionario público.

A su respecto, y en línea con la cita que efectúa Gelli (2018, p. 544), la CSJN en el precedente “Dana Montaña”, en ocasión de expedirse en una Acordada sobre el traslado de jueces federales, y recordando la incorporación por Hamilton a la Constitución de los Estados Unidos de una cláusula similar al actual artículo 110 de la CN, remoró que aquel más o menos había dicho que

La realización de una sana justicia era imposible en el hecho si los funcionarios llamados a impartirla no disponían de la certeza, de que nada debían temer en sus personas o en sus bienes, ni del P.E. que dispone de la fuerza ni del Parlamento que maneja la bolsa.

Pues bien, desde la óptica trazada, considero que la potestad del Ejecutivo para configurar el cese definitivo de la persona magistrada que antes inició su trámite previsional, en el marco de una reglamentación que no precisa ni el tiempo para

el ejercicio de aquel poder, ni brinda posibilidades para retrotraer la renuncia presentada, en caso de que la jubilación no sea en definitiva otorgada, va en contra de la garantía constitucional consagrada en el artículo 110 de la Carta Magna, al regular el sistema previsional especial en cuestión con matices que colaboran para infundir incerteza e intranquilidad en las personas que han ejercido la magistratura, y que, en el marco de la Ley 24.018, decidieron incoar el trámite de su haber previsional.

VI. Necesidad de elaborar reformas al sistema vigente y los posibles mecanismos de solución

Atento los argumentos anteriores, creo que el sistema actual necesita ser reformado para que el mismo campee de la mano con el norte tutelar de la seguridad social, de la que forma parte.

En ese terreno, pensando en posibles alternativas, una de ellas podría ser la eliminación del cese definitivo en su actual configuración sujeta a la futura aceptación por la autoridad competente, y el restablecimiento de la regulación de la Ley 24.018 originaria en donde si bien se aludía al cese (en su artículo 11), no se sujetaba el perfeccionamiento del mismo a la aceptación de la renuncia por parte de la autoridad competente, y se subrayaban más las exigencias subjetiva (edad para jubilarse) y objetiva (años de servicios requeridos para dicho trámite).

A su vez, podría también pensarse en mantener el sistema actual, pero incorporándole algunas modificaciones, como podría ser el establecimiento de un plazo concreto en el que la autoridad competente tenga que expedirse respecto de la aceptación o rechazo de la renuncia presentada por la persona magistrada, sino bajo pena de considerar el silencio como aceptación, al menos de entender que superado el tiempo otorgado para la aceptación la renuncia presentada pierda efectos.

O bien, si aquello no se considera conveniente, pensar en dejar el texto vigente, pero adicionándose el derecho a mantenerse en el cargo hasta el momento en que sea reconocida la prerrogativa jubilatoria, o la aclaración del derecho a poder continuar en el ejercicio del cargo, para el supuesto de que la renuncia sea rechazada.

A su vez, partiendo de la base de que la fecha de cese es la determinante del régimen previsional aplicable a la persona, y de mantenerse el texto actual, sin modificaciones en cuanto al tiempo en que la autoridad competente debe expedirse respecto de la aceptación o rechazo de la renuncia, podría postularse que las condiciones para el acceso a la jubilación vigentes al tiempo de la aceptación no pueden imponer exigencias más gravosas que aquellas vigentes al tiempo en que se presentó la renuncia.

De todas formas, las alternativas propuestas son meras conjeturas personales, quedando obviamente a criterio del legislador pensar los caminos que, renovando el sistema actual, mejor resguarden los derechos previsionales de las personas magistradas.

VII. Palabras finales a modo de cierre

Pues bien, a modo de conclusión, señalo que la seguridad social es un derecho humano de carácter fundamental, que no solo coloca en cabeza de las personas titularidades que exigir y obligaciones que cumplir, sino también -dentro de la esfera estatal- la conminación constitucional para que se resguarden las prerrogativas subjetivas anotadas, implementando políticas públicas que tiendan a mejorar la situación de las personas frente, respecto de lo que aquí versó, el derecho jubilatorio de juezas y jueces de la Nación.

Afincado en ello, la jubilación, como débito de la comunidad por los servicios que se han prestado o deban prestar, y dentro del tópico temático que ha cimentado este aporte, genera en cabeza de las personas magistradas nacionales las obligaciones de prestar en debida forma sus servicios públicos y de efectuar en tiempo los aportes correspondientes, pero también la paralela obligación del Estado, en cumplimiento de los principios que campean en el terreno de la seguridad social, de resguardar efectivamente el goce de tal derecho constitucionalmente garantizado.

Actualmente, si bien tenemos un sistema regulatorio del régimen de acceso a las jubilaciones para magistradas y magistrados nacionales, corporizado en la Ley 24.018 y su reglamentación, el mismo contiene a mi entender ciertos puntos que entran en contradicción con la protección amplia de los derechos de la seguridad social que se exige en la especie.

Puntualmente, tal como lo he puesto de manifiesto, aquella crisis se materializa a partir de ciertas contradicciones con el texto cimero, tras la incorporación del cese definitivo, no solo en campo a la ley antes anotada, sino también de la mano con la reglamentación que de la misma se efectuó.

Pues bien, ese estado de situación plantea la necesidad de que, a la par que pongamos sobre el tapete algunas críticas que se entienden procedentes, de la mano con el grupo de fuentes a las que he recurrido para la elaboración de este aporte, pensemos en posibles alternativas para mejorar los inconvenientes planteados, teniendo en claro que el derecho no solo es crítica sino también construcción colectiva y desarrollo progresivo.

En todos los casos, como siempre se enseña en nuestra profesión, la Constitución es el faro que debe iluminar nuestras reflexiones y también nuestras acciones,

norte que intenté poner en práctica en esta breve contribución, trabajando algunos puntos vinculados con el sistema jubilatorio de personas magistradas nacionales.

VIII. Referencias

Alonso Olea, M. (1983). *Instituciones de seguridad social*. Civitas.

Bidart Campos, G. J. (2019). *Manual de la Constitución reformada*. Ediar.

Chirinos, B. L. (2009). *Tratado de la seguridad social*. La Ley.

Cordini, M. A. (1966). *Derecho de la seguridad social*. Eudeba.

Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En: Courtis, C. (compilador), *Ni un paso atrás. La Prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, pp. 3-52. Del Puerto.

Durand, P. (1991). *La política contemporánea de seguridad social*. España: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Ekmekdjian, M. A. (2000). *Tratado de derecho constitucional*. Depalma.

Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación Argentina*. La Ley.

Jaime, R. C., y Brito Peret, J. I. (1996). *Régimen Previsional. Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Ley 24.241*. Edit. Astrea.

Legislación

Constitución de la República Argentina.

Ley N° 24.018. Jubilaciones y pensiones, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Legisladores. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 18/12/1991.

Ley N° 27.546. Régimen jubilatorio para magistrados y funcionarios del Poder Judicial y Ministerio Público de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 06/04/2020.

Resolución N° 10/2020. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 14/05/2020.

Jurisprudencia

Fallos 201:245.

Fallos 289:430.

Fallos 324:1177.

Juz. Fed. Nro. 1, Neuquén, 01/02/2022, “COSCIA, ORLANDO ARCANGEL c/ ESTADO NACIONAL (PODER EJECUTIVO NACIONAL) Y OTRO s/AMPARO LEY 16.986” (Expte. N° FGR 358/2021). <https://cijur.mpba.gov.ar/novedad/3236#>

CFSS, General Roca, 05/04/2022, “Coscia, Orlando Arcángel c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) y otro s/ amparo ley 16.986” (FGR 358/2021/CA3) Juzgado Federal N°1 de Neuquén”. <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/3517/Confirman-la-inconstitucionalidad-de-la-norma-que-impone-a-los-jueces-renunciar-para-tramitar-la-jubilacion>

Dictamen del Ministerio Público, Procuración General de la Nación, en “Coscia, Orlando Arcángel c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) y otros/amparo. Ley 16.986”. FGR 358/2021/CS1. https://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2023/ECasal/noviembre/Coscia_Orlando_FGR_358_2021_CS1.pdf

Fecha de recepción: 31-03-2024

Fecha de aceptación: 26-09-2024

