

CRITICA DE UNA SENTENCIA SOBRE DERECHO PREVISIONAL. RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y FACULTADES DE LOS JUECES

Mario Paganini
drmop@gigared.com

INTRODUCCIÓN

*“... Pero sin cerebro no se gobierna el mundo, como máximo se puede incendiarlo...”
Franco Berardi. Bifo - “Generación Post-Alfa” Edit. Tinta Limón - Buenos Aires – Argentina, P. 19–*

Intervencionismo de Estado¹, democracia de masas, persecución de resultados²; de allí reemplazo de la espontaneidad social por la planificación que, dada la complejidad técnica y la relatividad de las certezas³, necesita de la ciencia⁴ y de la interdisciplina. El derecho se rematerializa porque ya no puede ser ajeno a esos cambios⁵; las constituciones adquieren contenidos substanciales⁶ y se pasa del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho. La nueva estructura del ordenamiento jurídico y la naciente funcionalidad de los derechos porque ya no satisface que sean simplemente atribuidos sino que requieren ser satisfechos, coincide con la expansión de los derechos sociales. Todas estas características

¹ Habermas, J. "PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD EN EL CAPITALISMO TARDÍO", Amorrortu. Argentina 1975.p. 7 y ss.70,78; Lazzarato, M. "LE GOUVERNEMENT DES INEGALITES", Ediciones Amsterdam, Paris 2008, 16,17

² Nussbaum, M. - "LAS FRONTERAS DE LA JUSTICIA" - Edit. Paidós – Barcelona, P 93

³ Cacciari, M. - "ÍCONOS DE LA LEY" - Edit. La Cebra - Buenos Aires, p. 226 -

⁴ Morazé, Ch. "LA LÓGICA DE LA HISTORIA", SXXI, México 1970 ps. 175,210

⁵ Habermas, J. "FACTICIDAD Y VALIDEZ", Trotta, Madrid 1998.P. 485; Teubner, Gunther. "ELEMENTOS MATERIALES Y REFLEXIVOS EN EL DERECHO MODERNO", en Bourdieu, Pierre y Teubner Gunther, "LA FUERZA DEL DERECHO", Uniandes, Bogotá, 2000, P.84.

⁶ Fioravanti, M. - "LOS DERECHOS FUNDAMENTALES" - Edit. Madrid – España P. 63 -83,89; Ricardo Guastini - "TEORÍA E IDEOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL" - Edit. Minima Trotta – Madrid, p.10, . 48 Gerardo Pisarello - "LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS" - Edit. Trotta – Madrid, P. 17 - Maurizio Lazzarato - "POLÍTICAS DEL ACONTECIMIENTO" - Edit. Tinta Limón – Argentina, P. 213

que al mismo tiempo son factores que se co-implican o solapan, definen los parámetros de la pos segunda guerra mundial que, si bien a partir de la década del 90⁷ en parte fueron políticamente desestabilizados, no han desaparecido del mundo jurídico.

En este ambiente se coloca al juez como garante de los derechos frente al legislador y al poder político. Hay una ampliación de las funciones de los jueces ya que les corresponde determinar la compatibilidad o no de las leyes con las normas constitucionales sustanciales. Así, su comportamiento ya no puede ser ingenuamente neutral⁸ porque sus decisiones llevan la pesada carga de las responsabilidades por consecuencias políticas y sociales⁹. Pero como lo dice Ferrajoli¹⁰, esto podría conducir al caos del derecho premoderno¹¹ sustituyendo la actividad cognitiva del derecho por la normativa de la creación de derechos. Si es así, la jurisdicción deberá legitimarse frente al ciudadano para no ser ella la violadora de los derechos políticos¹² en una sociedad democrática.

⁷ La caída del muro de Berlín, el desmoronamiento de la Unión Soviética, el arribo al poder casi simultáneo de M. Thatcher (1979) en Inglaterra y R. Reagan (1980) en Estados Unidos, inauguran de lo que habitualmente llamamos neoliberalismo (que desplaza al capitalismo tardío “...segunda Restauración” para A Badiou – “EL SIGLO” - Edit. Manantial - Buenos Aires p: 45) caracterizado por la desregulación financiera, la privatizaciones de lo público, el retroceso de los movimientos obreros, exigencias del capitalismo multinacional y de sus instituciones de apoyo, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, etc. En las ideas, el postmodernismo del fin de los grandes relatos que aparece en 1980 en “LA CONDICIÓN POSTMODERNA” de J.F. Lyotard y coincidentemente en el mismo año “ADIEUX AU PROLETARIAT” de André Gorz.

⁸ Boaventura de Sousa Santos - "DE LA MANO DE ALICIA" - Edit. unianandes – Argentina P. 202 – “...la consagración constitucional de los nuevos derechos económicos y sociales y su nueva expansión paralela a la del Estado-Providencia, transformó el derecho del acceso efectivo a la justicia en un derecho bisagra, un derecho cuya denegación acarrearía la de todos los demás..... De ahí la constatación de que la organización de justicia civil y, en particular, el trámite procesal no podían ser reducidos a su dimensión técnica, socialmente neutra - como era común que fueran concebidos por la teoría procesalista - debiendo investigarse las funciones sociales desempeñadas por ellas y, en particular, el modo como las opciones técnicas existentes conllevaban opciones a favor o en contra de intereses sociales divergentes o incluso antagónicos”.

⁹ Las ciencias perdieron su inocencia en la 2da. Guerra mundial y el derecho en la segunda mitad del siglo pasado dejó de ser legalista y formalista para tomar los paradigmas de la justicia y los principios jurídicos contenidos en las constituciones rígidas. Ya no se pueden tener anteojeas y si de alguna se insiste en ellas, deberán justificarse. Según Ferrajoli se produjo una expansión del positivismo porque no solo se ha hecho positivo “el ser” del derecho (la legislación) sino también su “deber ser” (la constitución sustantiva”. Aguiló, Josep, en “UN DEBATE SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO”, M.Pons, Madrid, 2012, p.51.

¹⁰ Confor. Tarello, G. CULTURA JURÍDICA Y POLÍTICA DEL DERECHO”, FCE. México 1995.P:313; Bellamy, R. "CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO", M.Pons, Madrid 2010, p. 13.

¹¹ Fioravanti, M. "LOS DERECHOS FUNDAMENTALES", Trotta, Madrid 2003, p.71.

¹² En el sentido de “construcción del mundo vivible” como facultad del ciudadano soberano.

En ese panorama se encuentra el derecho previsional como uno de los personajes principales. El instrumento que podría evitar el mencionado caos sería la dogmática¹³ pero lamentablemente es escasa en el derecho previsional y la que hay, es entorpecida por el uso impreciso y confuso del lenguaje. Esa ausencia es suplida por una especie de “doctrina jurisprudencial” que no logra escapar ni a una ni a otro.

Pienso que tal vez la crítica de las sentencias y el diálogo sobre ellas sea un modo de participar en la superación del vacío doctrinario, asumiendo compartir con la jurisdicción las responsabilidades sociales. En esa perspectiva se analiza un fallo de La Cámara Contenciosa Administrativa N° 1¹⁴, que sigue las indicaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, cuya decisión inquieta por sus fundamentos y por las expansiones que de ella pueden derivarse.

I- El caso

1- H.J.A. obtuvo jubilación por art. 14 3er. Párrafo L-6915 (modificada por L. 8618) a partir del 01/04/95 (Resolución del 02/06/96), con una cuantía del 73% de sus remuneraciones por haber acreditado 57 años, 4 meses y 29 días de edad y 32 años, 11 meses de servicios.

2- Siguió trabajando en mérito a la compatibilidad (Orquesta Sinfónica de Santa Fe) prevista en el art. 62 de la L. 6915 hasta el 10/05/98.

3- Solicitó el incremento de su haber jubilatorio fundado en el art. 11 inc. b) L. 6915¹⁵, estimando que se debe elevar al 82%.

¹³ Para este tema entiendo la dogmática como disciplina jurídica en sentido amplio incluyendo la axiología y las diversas disciplinas sociales (p.e. sociología, economía, política, filosofía, etc.). Siguiendo a N. Luhmann, "SISTEMA JURÍDICO Y DOGMÁTICA JURÍDICA", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, p.29 y ss, entiendo por dogmática como la prótesis (Stanley Cavell - "REIVINDICACIONES DE LA RAZÓN" - Edit. Síntesis S.A. - Madrid - España, p. 184) que permite la crítica, las reflexiones, las valoraciones de relaciones y el aumento de las libertades en el trato con experiencias y textos. Incluye conocimientos ofrecidos por las ciencias como sus referencias. La dogmática se constituye en programa de decisión del sistema jurídico que limita su arbitrariedad.

¹⁴ Recompuesta con integrantes de la Cámara Civil en los autos “ARAVENA, Hernán Jorge. c/PROVINCIA DE SANTA FE s/ recurso contencioso administrativo (01-12-2011).

¹⁵ “...Este porcentaje se incrementará en un tres por ciento (3%) por cada año que exceda los 53 o 55 años para la mujer o varón respectivamente”. Si bien el incremento por edad es más correcto que el establecido por años de servicios (se recuerda que es prestación por vejez) el porcentaje es superior al que se prevé para la

4- En el mes de enero de 1996 se elimina la jubilación anticipada del 3er. párrafo del art. 14.

5- La Cámara Contenciosa administrativa N° 1 rechazó la pretensión y J.H.A recurrió a la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, la que hace lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido.

6- Con nueva integración la Cámara Contenciosa administrativa N° 1, concede el recurso y manda incrementar el porcentaje de la cuantía de la jubilación de H.J. A. de acuerdo al art. 11 inc. b) de la L.6915 y sus modificatorias Ls 8618 y 10796.

II- **Argumentos del fallo.**

1- Se funda en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que la jubilación acordada es un derecho adquirido y se encuentra amparada por la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional (CN). Los “**elementos constitutivos del status jubilatorio, resultante del agente al momento del cese, deben ser mantenidos para evitar que en los hechos se opere una retrogradación por obra de modificaciones que alteren las condiciones existentes al conceder el beneficio**”.

2- Que a partir de la concesión de la jubilación, el derecho (1996 vigente L.6915 reformada por L. 8618) “... le confería la posibilidad de la transformación en otra situación concreta, que no puede ser suprimida por una ley posterior, lo que constituiría un menoscabo del derecho de propiedad”. Entre esos derechos se encuentra el de “...la posibilidad de transformar el porcentaje, elevándolo en virtud del mayor tiempo de prestación de servicios y realización de aportes, que podríamos llamar **potencial pero igualmente adquirido e incorporado al patrimonio...**”

3- Que sostener la ineficacia de la norma vigente al momento de obtener el beneficio, implica una interpretación **retroactiva** que vulnera las garantías del art. 3 del Código Civil.

4- Que si la jubilación tiene las mismas protecciones que la propiedad, es un derecho adquirido, por lo que la retroactividad afectaría garantías constitucionales.

ordinaria (2%) por cada año que supere los treinta, lo que es desproporcionado porque se supone que cada año de exceso a una baja edad tiene menor peso.

5- Que como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, “...en materia de previsión o seguridad social no debe llegarse al desconocimiento sino con suma cautela, debiendo preferirse la interpretaciones que los favorecen...dejando de lado las pautas rígidas de tipo gramatical y las interpretaciones restrictivas

6- Que “...la prestación jubilatoria debe reflejar toda la vida laboral del beneficiario con contribución al sistema previsional”.

III- CRITICA

“.....la necesidad de crítica destructiva existe tanto como la necesidad de creación inventiva; pero la primera está al servicio de la segunda, y su espíritu crítico no rompe los vínculos habituales de las ideas más que para enriquecer a la imaginación con los restos, a los que emplea¹⁶.

Existen varios aspectos entremezclados de modo que el reproche puede tener diversas puertas de entrada. Por un lado se observa que la ley no sólo puede ser retroactiva o irretroactiva sino que también de aplicación inmediata (la aplicación del derecho civil no le corresponde: Corte Suprema Nacional¹⁷); por otro, no contempla la complejidad de los elementos que integran la norma del derecho previsional; y como tercero, hay cierto desconocimiento de la naturaleza y caracteres del derecho social que impide su asimilación al concepto, tampoco unívoco, de derecho de propiedad individual.

IV- Aplicación de las normas en el tiempo.

“El devenir es el verbo del derecho. El derecho vive de

¹⁶ Maurizio Lazzarato "Políticas del acontecimiento" - Edit. Tinta Limón - Buenos Aires, p. 211 -

¹⁷ En autos 'Aguirre' (Fallos 242:145), en cuanto a que 'las leyes jubilatorias provinciales son de derecho administrativo y de orden público, de donde se sigue que la sanción de las mismas implica el ejercicio de uno de los poderes no delegados al Gobierno federal (art. 104, Constitución nacional)'. En consecuencia de ello, concluyó el Tribunal, 'dichas leyes no se encuentran subordinadas a los preceptos que el Código Civil contiene en materia de irretroactividad'.

*contingencia: La noción de derecho, por ser de orden objetivo no puede separarse de las nociones de existencia y de realidad*¹⁸.

1- El derecho se modifica, sea para seguir la realidad cambiante o para transformarla. En ambos casos, lo habitual es que las reformas rijan para el futuro; es decir, que no alteren lo realizado y efectuado con anterioridad. La cuestión consiste en saber qué es y no es realizado en las situaciones jurídicas compuestas por actos que se suceden en un espacio- tiempo o en situaciones continuadas como así también en los efectos de actos o hechos pretéritos que ocurren bajo la vigencia de nuevas reglas.

2- Estructura de las normas. Las normas se componen de hipótesis “H” y consecuencias “C” unidas por la cópula “debe ser” “ds”. Toda H es una prefiguración de lo posible (puede o no ser) que cuando se convierte en acto o hecho, deja de ser hipótesis.

Los elementos de las Hs son las **condiciones** de aplicación de lo dispositivo de las normas¹⁹. Si son Hs compuestas pueden tener elementos realizados y otros no en el tiempo de la vigencia de una regla que posteriormente es modificada. Lo mismo ocurre con las Cs. previstas. De aquí deriva la distinción entre retroactividad, aplicación inmediata e irretroactividad de las normas.

3- Irretroactividad. La irretroactividad contenida en el Código Civil (CC), aunque no obligatoria para el juzgador, se ha convertido en principio por aplicación de la garantía constitucional de la propiedad. Si los derechos se conservan significa que la situación jurídica anterior prevalece frente a la nueva legislación. En términos corrientes, con la irretroactividad se quiere que el pasado **realizado** perdure. Modificarlos sería alterar lo **consumado**, concepción ajustada a la sociedad liberal que exige estabilidad, certeza y previsibilidad del derecho. Pero el derecho es conducta y relaciones, que pueden no estar *enteras* sino *dándose* o completándose, en sí misma o en referencia a hechos futuros. Las

¹⁸ Espósito, R - "CATEGORÍAS DE LO IMPOLÍTICO" - Edit. Katz - Buenos Aires, p. 250 -

¹⁹ Capella, J.R., EL DERECHO COMO LENGUAJE” Ariel, Barcelona 1968, p.201 y ss.”...*describen los hechos para los cuales se ha edictado la norma...*”. El derecho no es un desierto de infinitas posibilidades de andar sino una ciudad con calles limitadas.

conductas y los hechos jurídicos reales sólo existen en el tiempo y espacio y bajo las formas jurídicas establecidas²⁰.

Si hay tiempo hay sucesión. La causa precede, real o lógicamente, al efecto. En derecho, la situación jurídica o las relaciones jurídicas anteceden a las consecuencias. En ese marco hay una división entre las que está a un lado de cierto punto y lo que se halla del otro lado. Habría algo así como una membrana que dividiría el ayer efectuado del hoy que se viene realizando o el futuro a realizarse. Dos polos en donde caen los acontecimientos jurídicos. Uno sería el espacio del pasado y otro el del presente y futuro. Si las consecuencias son las que ocurren después, quiere decir que están en el espacio del segundo lado.

3-1- Código civil. El art. 3 del CC establece que: *“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales...”*

Si el artículo parte de que hay relaciones y situaciones jurídicas existentes, quiere decir que piensa en las que duran en el tiempo y, por tanto, transcurren durante la vigencia de la antigua y la nueva norma. Dicho de otro modo, el artículo se refiere a las relaciones y situaciones que tienen mayor duración que la ley derogada o modificada. No se dirige a las relaciones ocurridas bajo la nueva norma porque da por supuesta su aplicación. Si además diferencia las relaciones y situaciones de sus consecuencias, quiere decir que hay efectos pendientes de situaciones jurídicas completadas en la vigencia de la ley antigua. Ahora bien, estas consecuencias no pueden ser otras que derechos y obligaciones nacidas en esas

²⁰ CorreaS, O., "CRÍTICA DE LA IDEOLOGÍA JURÍDICA" 225: *"..conducta" denota esa descripción que es modalizada deónticamente en la prescripción y por otra parte denota una porción del mundo exterior. No son hechos, sino una unidad de hechos y sentidos. Las conductas de "matar", "testar", "contratar", "pagar" se describen y modalizan deónticamente en el discurso del derecho, y ese es el primer referente. Definamos "conducta" como movimiento humano, como recurso discursivo que permita expresar la diferencia entre, por una parte los hechos en tanto que lo otro respecto del sentido, y por otra parte las conductas que son hechos a los que se da el sentido. Esto porque hemos producido antes la diferencia entre hecho y sentido, siendo lo primero empíricamente verificable y lo segundo sólo inteligiblemente aprehensible. El discurso del derecho no se refiere a "hechos". "Contratar" o "testar" no son hechos. Los hechos son darse la mano, producir sonidos, dejar una huella de tinta en un papel. Tampoco el "matar" de la norma: "será penado el que produjere la muerte...", es un hecho; el hecho en este caso es disparar un arma, clavar una daga, introducir una jeringa. Pero lo que está penado es producir esos hechos si se les puede adjudicar el sentido de ser coincidentes con las descripciones modalizadas deónticamente".*

relaciones y situaciones que, a su vez, vienen a constituir otras situaciones jurídicas²¹. A estas consecuencias en pendencia o no completadas o no realizadas, se refiere el artículo cuando manda aplicarles la nueva norma. Puede que una norma subsista pero con otras consecuencias o puede que la norma sea derogada o cambiada. En ambos casos se aplica la nueva ley. Lo dicho no es retroactividad.

EL concepto de retroactividad del artículo sería lo opuesto. La nueva ley no se aplica a las consecuencias **sucedidas** bajo la vigencia de la anterior. Entonces serían retroactivas aquéllas normas que no regulan “... *las **consecuencias** de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...*” sino las **consumadas** o **acaecidas** precedentemente.

La existencia tiene el peso y la solidez de la realidad; es lo que está en el tiempo y en el espacio. Por ello se ha distinguido entre *Derechos Adquiridos* y en *Expectativa*. Como se sabe, los realizados y ejercitados “están” e ingresan al patrimonio y, por tanto, son propiedades. Los otros son posibilidades que en el futuro pueden o no ocurrir y por eso son expectativas²². El acto limita las expectativas a él mismo y niega la potencia. De lo contrario sería un estado de permanente inseguridad por lo indefinido de la expectativa o potencia, incertidumbre que sufrirá tanto el sujeto como la administración. La relación entre posibilidades y actos es el terreno en donde el orden temporal del derecho se puede asentar en largas cadenas de validez, series y enlaces en las que se instalan los compromisos y las responsabilidades²³.

²¹ Betti, E. "TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO", E. Rev. de derecho privado, Madrid, 1959, p. 4. *La estructura de la norma consta de una previsión (abstracta, hipótesis o supuesto de hecho, fattispecie) y una disposición correlativa, orientada por valoraciones jurídicas (creaciones del espíritu como reacción sobre la realidad social. Se le atribuyen (son decisiones) efectos que son situaciones jurídicas correspondientes. Realizado el supuesto funciona el nexo (que también es hipotético) normativo con la disposición: se produce una nueva situación jurídica. El hecho jurídico es aquel al que el derecho le atribuye trascendencia jurídica para cambiar las situaciones preexistentes y configurar situaciones nuevas que se refiere a aquella preexistente y desde la que se desenvuelve.*

²² No hay que confundir existencia de la posibilidad con realización de la posibilidad. Mientras la posibilidad no se realice queda en hipótesis (si ocurre...) y cuando esta sucede, se convierte en presencia, que es el acto o el hecho. Desde el punto de vista de los últimos, la posibilidad pertenece al pasado y desde la perspectiva de la posibilidad los actos y hechos atañen al futuro, inexistente todavía.

²³ Pluralidad acumulativa de consecuencias: si “dado a” debe ser “b”; si “dado b” debe ser “c” y así sucesivamente. Paganini, M. “LA RELACIÓN JURÍDICA EN SEGURIDAD SOCIAL”, Zeus, T. 37/1985, p. 81 “La “relación” hace mención a la **vinculación** de un objeto con otro, de un ser relativo a “...”, la que en el caso del derecho – alteridad - es un enlace entre derecho subjetivo – aspecto activo – y obligación – aspecto pasivo -; o sea, la “referencia” de la facultad al deber o del poder jurídico a la constricción, sin precisar por nuestra parte la corrección de esa terminología ni suponer contenido alguno. Ese complejo interfuncional de derecho y obligaciones está contenido en las normas.... En la estructura de las normas se distinguen dos partes: una que prevé el acontecimiento de un hecho o acto –si ocurre tal cosa o tal conducta- y otra que establece los derechos y

4- La **norma previsional**. Contempla una hipótesis (H) compuesta con varios elementos: a- afiliación²⁴; b- cese; c- antigüedad en el servicio; d- edad. En los casos de incapacidad y muerte, salvo a-, se eliminan o disminuyen. Esos términos no son deónticamente independientes sino que deben ser contemporáneos.

El caso se ordenaba mediante los arts. 11 inc. 1 apartado b) y art 14 apartado tercero de la ley modificada. La posibilidad era jubilarse con edad reducida (entre los 55 años y los 60) con una cuantía disminuida (67%) que se incrementaba con un 3% por cada año que excedía la edad mínima hasta llegar al 82% con 60 años ($5 \times 3\% = 15\%$. Si a 67%, mínimo con 55 años se le suma el 15% resulta el 82% del apartado a) del mismo inciso). Por consiguiente, **de la realización de esas condiciones se obtiene el resultado jurídico del beneficio y el porcentaje alcanzado en ese momento.**

Durante la vigencia de dichas normas se podían dar las siguientes alternativas:

a- todos, aún los que se iniciaban como trabajadores públicos de la Provincia, tenían la expectativa-potencia de la jubilación anticipada;

b- los que estaban en condiciones de elegirla por cumplir con sus requisitos; en esta segunda, se abren otras dos alternativas:

b1: los que deciden convertir esa potencia en acto;

b2: los que utilizan esa potencia *negativamente*, es decir, no convirtiéndola en acto. Cuando se deroga la jubilación anticipada ya no es expectativa-potencia de nadie.

4-1- “A” eligió la jubilación anticipada pero siguió trabajando porque el art. 62 L.6915 permite la compatibilidad entre pasividad y actividad. En esta situación de **pos** actividad surge **la facultad del reajuste o transformación del beneficio una vez ocurrido el cese.** Es decir, el reajuste es posible “**después de....**” (cese).

Los servicios se realizan y la edad transcurre en el tiempo. Por tanto, se combinan los arts. 11 inc.I apartado b) y 62. A partir de ese enlace la norma tiene una **sobreutilización** porque:

obligaciones –debe ser...- que se le imputan a aquella predicción, sección, esta última que llamaremos **dispositiva**. Pero si se observa con alguna atención, el supuesto no está constituido por hechos y actos en el vacío jurídico, sino que se encuentra dentro de una situación jurídica preexistente o de una anterior consecuencia jurídica y, por tanto, de una previa parte dispositiva que contiene igualmente derechos y obligaciones. Si los hechos y actos son jurídicos porque tienen consecuencias jurídicas, desde este punto de vista, los contenidos en las hipótesis o supuestos de las normas, son jurídicos porque de ellos devienen consecuencias jurídicas que son derechos y obligaciones, pero también porque ya son facultades o constricciones o situaciones que sintetizan un conjunto de derechos y deberes”.

²⁴ No necesariamente aportes. Los aportes pueden funcionar como condición del derecho o como obligación, lo que no es lo mismo.

a- A la contemporaneidad con el otorgamiento de la jubilación anticipada; se le agrega

b- La computación de la edad **pos** jubilación facilitada por la compatibilidad entre actividad y pasividad. En el segundo caso se ensambla el art. 11 inc. I párrafo b) con una norma que existía antes de este artículo y que tenía previsto las condiciones de la jubilación ordinaria.

En el último la norma tendría la H compuesta con los elementos obligatorios comunes **más** e- estado de jubilado; f- actividad; y g: cese definitivo. Cumplidos esos requisitos, la consecuencia del art. 62 es el derecho al reajuste o modificación del porcentaje de la cuantía del beneficio.

La norma permisiva del reajuste **pos jubilación** se encuentra en el art. 62 y no en la regla del beneficio anticipado porque el art. 11 inc. I párrafo b) de la derogada ley es solo la referencia que fija los parámetros o fronteras del beneficio y su cuantía. El ejercicio del derecho del art. 62 es la oportunidad de un **segundo uso** del art. 11, inI apartado b). Pero ese segundo uso tiene la condición del cese definitivo (como el primer uso también tenía la condición del cese). Siendo el cese la condición de aplicación del art 62, es obligatorio y no puede ser omitido. Los arts.62, 78 y apartado b inc. I del 11 son normas conexas porque lo dispuesto por una sólo puede ser satisfecha si la otra existe. Si falta el art. 62 no hay posibilidades de reajuste en el momento del cese (art.78) y si existiendo los dos arts. (62 y 78) pero no el apartado b inc.I del art. 11, no hay materia o contenido aplicable.

4-2- El tema es una cuestión binaria: se tiene o no se tiene. Al momento del cese definitivo no existía la norma que posibilitaba el mayor porcentaje; luego, no hay derecho al incremento.

Durante la vigencia del tercer apartado del art. 14 y el párrafo b) del inc. 1 del art. 11, “A” cumplió los elementos e- y parte de f- pero el resto de las condiciones sucedió bajo la vigencia de la nueva ley, cuando ya no había jubilación anticipada. El tiempo es irreversible de manera que la oportunidad de reajuste o transformación pasada pero no actual ha sido perdida. Dicho de otro modo: la vigencia de las reglas y lo realizado son el reflejo de las posibilidades del sujeto y en este caso “A” no actualizó enteramente los contenidos del complejo de normas. La previsión normativa no es un predicado monádico de comportamiento sino un predicado diádico de relación entre una figura deóntica y una conducta. La conducta es el cese y este cese concreta la facultad del art. 62 que activa la competencia o capacidad del reajuste.

Si se deroga el tercer párrafo del art. 14 y, consecuentemente el apartado b del inc.1 del art. 11, los 57 años ya no existen deónticamente como linde para el reajuste como tampoco el 3% por año, sino que ahora la frontera deóntica son los 65 años de edad y el 2% por cada año de exceso. La facultad solo puede aspirar a **realizar** lo normativamente **vigente**.

Por esta razón no es válida la objeción fundada en la desigualdad de tratamiento con los jubilados ordinarios quienes pueden utilizar el art. 62. A los jubilados anticipados también les es posible llegar al 82% pero con el cumplimiento de las condiciones de los beneficios ordinarios y no por la supervigencia del apartado b del inc. 1 del art. 11.

5- La Cámara afirma que “A” es “...titular de un derecho, e investido de un “status jubilatorio” que, además, en ese momento le confería la posibilidad de la transformación en otra situación concreta que no puede ser suprimida por una ley posterior, lo que constituiría un menoscabo del derecho de propiedad”; que “A” adquirió varios derechos: uno el de la percepción de haberes y otro: el de la posibilidad de elevar el porcentaje que podría llamarse “... potencial pero igualmente adquirido e incorporado al patrimonio...”.

Es cierto que “en ese momento...”, es decir, en el tiempo en que la ley anterior estaba vigente, tenía la posibilidad de la transformación. Si en esa ocasión se hubiera excedido de la edad mínima, el mayor porcentaje no habría tenido dificultades porque sería contemporáneo al otorgamiento del beneficio (alternativa a- de 4-1-). Pero tal virtualidad o potencia no se realizó allí sino con posterioridad. Entonces, ese segundo derecho que menciona el juzgador, sería una consecuencia de la situación jurídica o status²⁵ originario, aunque no del actual.

Como ya se dijo, “A” tenía dos derechos: el jubilatorio y el reajuste. El segundo derecho está sujeto a las condiciones de a- servicios y b- cese. Dependientes, como toda acción. de las condiciones del tiempo, las dos se consumaron bajo la nueva ley. Ahora bien, esta nueva ley derogó la jubilación anticipada de manera que desapareció la gradación del mayor porcentaje. Por lo tanto, no existe la consecuencia del reajuste derivada del status o de la situación jurídica

²⁵ No es claro el significado de “status”, como estado o posición, ni su diferencia con “situación”. De todas maneras se puede afirmar que el “status” refiere a lo estático, lo que no se modifica pero como es jurídico se encuentra dentro de un ordenamiento jurídico, razón por la cual denota un conjunto de relaciones jurídicas que en su interactuar dan lugar a una funcionalidad diferenciada de las reglas. Visto de esta manera es una específica situación jurídica. Pero como ya hemos dicho, el derecho se compone de actos y de normas. Por los primeros la situación que estaba en expectativa, es cambiada por nuevas relaciones que su funcionamiento produce y las segundas varían heterónomamente las consecuencias de esa actividad. Esto quiere decir que se puede tener el mismo “status” pero ser distintas sus relaciones jurídicas, consecuencia de la activación de las competencias y capacidades permitidas por las reglas del mismo.

anterior. Aunque “en su momento” haya sido un derecho en potencia, no deja de ser una expectativa no activada. Para esa “potencia-consecuencia” la exclusiva forma de realizarse era mediante el art. 62 que exige el cese “en acto”.

La única manera de entender que ingresó al patrimonio de “A” sería pensar que la facultad de reajuste no es una consecuencia de la situación inicial sino que la constituye. Pero esto tiene la dificultad de chocar con la génesis del derecho a partir del cumplimiento de la condiciones²⁶. Las normas condicionales sintácticamente se expresan “si...entonces” donde los derechos y obligaciones son dependientes de la realización de esa H; o sea, que al que pretende el reajuste tiene que atribuírsele el cese y el aumento de la edad.

El derecho es ordenamiento de la práctica y por eso es importante la conducta o sea el uso de la posibilidad o facultad. En este la conducta que tenía la virtualidad de realizarlo no se efectuó en el momento que era una facultad jurídica. En todo caso se eligió la potencia negativa vista en 4, b2.

5-1- Se reitera que la facultad del reajuste no viene dada por el art. 11 inc.I apartado b) sino por el art. 62 con la vigencia del art. 78 2do párrafo. El primer artículo se limita a determinar el porcentaje del haber jubilatorio, estableciendo una gradación en función de la edad. Dicha previsión contempla lo casos de empleados que por diversas razones y principalmente por haber trabajado 30 años, deseaban elegir una jubilación de monto menor para gozarla más tiempo. Esto sería el por qué de la norma que se convierte en premisa o condición de su disposición, que lo supone en su hipótesis o en la condición de su aplicación con la designación de los 55 años de edad y 30 de servicios²⁷. Desde luego que estaba descartado que el activo pretendiera seguir trabajando. Pero posteriormente, cierta habilidosa gestión jurídica bastardeó la intención de la jubilación anticipada e hizo jugar el art. 62, con lo

²⁶ Arango, R. "EL CONCEPTO DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES", Legis, Colombia 2005, p. 132: por su condición de aplicación las normas pueden ser categóricas e hipotéticas: a- categóricas: su condición de aplicación está dada en su contenido; no hay mención especial de su condición de aplicación; b- hipotética: su condición de aplicación no está dada exclusivamente en el contenido normativo. Norma incompleta: su condición de aplicación no se deja deducir de su contenido. Por eso la condición debe ser formulada expresamente

²⁷ Paganini, M, "CONCEPTO DE CONTINGENCIA SOCIAL", Zeus, T.33, Rosario 1983. “...en primer lugar se aprendió a distinguir: a) el hecho causante, b) sus efectos, y c) la cobertura. o sea, que la norma jurídica decía: (a) si ocurre tal hecho (vejez, muerte, accidente), será (b) tal resultado fáctico (carencia de recursos); por tanto, debe ser la (c) cobertura....se aprendió a distinguir tres elementos y no dos en las normas. este terceto permitió avanzar en la consideración del hecho motivante (a) como causa eficiente (el hecho vejez, accidente, muerte, etc.) y (b) a la consecuencia fáctica (falta de ingresos, etc.) como justificativo o razón de la cobertura (c)..... entonces se comprendió la variación de la hipótesis o supuesto de la norma (dado el resultado fáctico... por tal hecho) en donde la consecuencia real es lo que debe existir o lo que debe tener entidad efectiva en el "presente de la cobertura”.

que se llega al paradójico resultado que trabajadores agotados o que preferían la pasividad por más tiempo al precio de un menor haber, **sumaran** el haber pasivo **a su continuidad** en el trabajo. Conclusión sin dudas contradictoria porque el resultado niega el motivo fundante de la jubilación anticipada.

Sin dudas que, además de un error en la aplicación del derecho, aquí se tiene un *abuso del derecho*, llamativamente no atendido por el juzgador. Se estira la norma para legalizar intereses que no estaban previstos en ella y que difieren de las razones que la justificaban. Esta desnaturalización del instituto motivó su derogación. Si “A” siguió trabajando en el mismo puesto no se justifica la jubilación anticipada. Por otro lado, si continuo trabajando quiere decir que aceptó el nuevo régimen jubilatorio.

Resulta difícil digerir que lo potencial o la posibilidad, como instancias no sucedidas, pueden distinguirse de “...las **consecuencias...**” de situaciones jurídicas preexistentes o existentes. Toda potencia indica una virtualidad o lo que no es todavía. Aunque el derecho sea performativo no llega al extremo de alterar la lógica haciendo que la potencia no refiera al futuro como que tampoco las consecuencias no vengan después. De lo contrario no sería en potencia porque lo que está lo es en acto, en presente, y no sería tampoco consecuencia sino relación o situación jurídica²⁸.

Sin dudas que la mera afirmación “...potencial pero igualmente adquirido...” no basta. Si no se puede indicar lo que “es no siendo”, se debería demostrar. Esta explicación está ausente en la sentencia porque precisamente no podría prescindir que el derecho ordena el tiempo mediante la relación entre las situaciones y consecuencias jurídicas, que es lo que hacen los arts. 2 y 3 del CC. Por consiguiente no existe retroactividad porque no alteran el status de jubilado adquirido en ese momento, y tampoco invalidan o alteran “... los hechos **cumplidos ni los efectos realizados bajo el imperio de las antiguas leyes**”²⁹.

²⁸ Por supuesto que las consecuencias jurídicas pueden constituir otras situaciones jurídicas.

²⁹ Igualmente son potenciales, si se los ve desde el punto de vista de la posibilidad, el derecho de propiedad, el matrimonio, la paternidad, la locación, el contrato, el derecho de hacerse deudor, acreedor, empresario, trabajador, etc. todos relacionados con la capacidad jurídica. Pero el derecho sobre un bien, el vínculo matrimonial, el contrato, etc. son capacidades y posibilidades ejercidas. Es lo que concretamente se legisla en los arts. 4044 y sigtes. del Código Civil. Ocurre lo mismo cuando se incrementan la edad y los servicios para los activos o cuando se cambia el régimen de movilidad para los pasivos o la previsión de las pensiones. Igualmente cuando el sistema toma los servicios del pasado pero los reconoce con la validez de las normas actuales. Hay que distinguir las condiciones de acceso a un estado o situación jurídica de los derechos y obligaciones propios de ese estado. Cuando se cumplieron las condiciones de acceso se tiene el derecho que no puede ser negado ni

V- DERECHO SOCIAL

Hasta el párrafo anterior se analizó el caso desde la perspectiva de la técnica jurídica en la aplicación de las normas y desde el punto de vista civilista preferido por la Cámara. Las normas tienen tras ellas principios, antecedentes sociales, razones políticas, morales y económicas que la opacidad de las reglas esconde (no hay deontología sin teleología). Como dice Habermas citando a Sunstein, “...*El texto de la ley es el punto de partida...*”³⁰ Por ese motivo en lo que sigue, se verá el tema en la perspectiva de la cuestión social que dio origen al derecho social.

El tema de la cobertura de la vejez no es un disfuncionamiento sino una necesidad a la que llegaremos todos. Es un problema social porque se pretende la existencia apacible y digna, sin humillación, en momentos en que las fuerzas del individuo ya no le permiten trabajar (diputados, Francia, 4/6/901). Esa cobertura no puede fundar un reintegro jurídico de responsabilidad. Escapa al derecho civil porque es un derecho de transferencias y cargas, un derecho organizado en una relación de obligatoriedad sobre una racionalidad distinta. Derecho no solo como obligación de no dañar a otro sino más bien obligación positiva de contribuir³¹.

1- Derecho: la seguridad social está prevista en la Constitución Nacional (CN) art. 14 bis y en la Constitución de la Provincia de Santa Fe, art. 21. Los términos “*otorgará*”, de la primera, e “*instituye*” de la segunda, implican una obligación que debe realizar el Estado (E). La cumple mediante **prestaciones** que vienen dadas por normas de inferior jerarquía jurídica que establecen las condiciones y el contenido de los beneficios. Clásicamente se dice que son obligaciones de *hacer*. Pero la prestación u obligación de hacer no sería una característica distintiva porque existe tanto en los derechos sociales como en los que protegen las libertades individuales concebidas como inhibiciones, o sea, de *no hacer*. El no hacer del E implica el hacer del mismo E para garantizar las esferas de las libertades³². Por

modificado pero la situación jurídica se compone de derechos y obligaciones que en el transcurso del tiempo pueden variar, siéndole aplicables las nuevas normas. Ve nota 52

³⁰ Habermas, ob.cit. p. 326

³¹ F.Ewald, L'ETAT PROVIDENCE, GRasset, Paris 1986, 324.

³² Los sistemas, instituciones, procesos y actos para la protección de los derechos individuales (cuidados policiales, registración, tribunales, etc.) son obligaciones de hacer del E equivalentes a las creadas para las prestaciones sociales.

consiguiente, distinguir los derechos sociales por el lado del “*hacer*” no es categórico y es más un hecho histórico que una verdad teórica³³. La diferencia sucede cuando no se distingue el derecho o valor-bien con aquello que lo tutela, confundiendo la prestación social, el deber de abstención y de prestar los servicios públicos, con el contenido del derecho, mezcla más habitual en los derechos sociales cuando se los reduce a las prestaciones. Los primeros, en su calidad de instrumentos para tutelar el bien del derecho, pueden ser diversos, múltiples y variables según los casos. De este modo, tendríamos: a- el bien-valor concebido como protegible y b- el instrumento o medio que procura realizarlo. Los segundos (los cómo) trabajan con la realidad (lo que no quiere decir que los primeros estén fuera de ella), compuesta por pluralidades de subsistemas sociales, imposibles de ser fijados de una vez para siempre³⁴. Algunos aclaran estas perspectivas afirmando que los bienes son contenidos de los derechos mientras los instrumentos pertenecen a las directivas normativas que permiten alternativas de acción.

La visión superficial que califica como paradójico que la estabilidad de la protección del bien se asegure con lo **in**estabilidad de los instrumentos³⁵, por una parte no comprende las múltiples estructuras y funciones sociales y, por otra, el solapamiento y a veces la fusión **real** de los derechos que analíticamente son distinguidos. La función instrumental tiene que asegurar el pago de las pasividades y preservar la subsistencia del aparato para la credibilidad de la expectativa de los derechos, lo que hace mediante la coordinación de su propia dinámica con la inestabilidad de su entorno social³⁶. Por exigencias lógicas, axiológicas o fácticas, según

³³ Gianluigi Palombella - "La autoridad de los derechos" - Edit. Trotta - Madrid - España p.52, DIRECTRICES DE MAASTRICHT SOBRE VIOLACIONES A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, MAASTRICHT, 22-26 DE ENERO DE 1997. 4. Hoy en día es indudable que los derechos humanos en su conjunto son indivisibles, interdependientes, interrelacionados e de igual importancia para la dignidad humana. En vista de lo anterior, los Estados tienen la misma responsabilidad en cuanto a las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las violaciones a los derechos civiles y políticos. 5. Al igual que los derechos civiles y políticos, conforme al derecho internacional, el incumplimiento de un Estado Parte con una obligación relativa a los derechos económicos, sociales y culturales adquirida por medio de un tratado constituye una violación de dicho tratado.

³⁴ Ferrajoli, L. "DERECHO Y RAZÓN, Trotta, Madrid 2000, p.866:"... *las garantías de los derechos materiales requieren la elaboración de mecanismos positivos de distribución y control de prestaciones dirigidas a satisfacerlos...*"

³⁵ Paganini, M. "FINANCIACIÓN DE LA DE LA INESTABILIDAD" <http://www.cofepres.org.ar>

³⁶ Los sistemas sociales no nacen en el vacío social sino que son productos del mismo. Son distribuciones que dependen de los significados de los bienes y de nociones compartidas. Faría, José E, "EL DERECHO EN LA ECONOMÍA GLOBALIZADA", Trotta, Madrid 2001, p. 157: *los subsistemas para desarrollarse juntos en el contexto de una sociedad única, tienen que contener un mínimo de condiciones contextuales comunes y criterios de selección recíprocos para que las contingencias internas de su autonomía se adecúen a la*

la perspectiva, son modificables las condiciones de acceso y las cuantías de los derechos todavía no concedidos pero también las de los ya otorgados si esas variaciones conservan el bien social protegido. En el caso planteado, la reducción de la edad no era oportuna ni estructuralmente tolerable para el equilibrio financiero del sistema, lo que afectaba el resguardo de la comunidad (activa y pasiva) proyectada hacia el futuro.

2- Socialización:

“Si todos los hombres del mundo se dieran la mano... No la tendrían en el bolsillo del otro”³⁷

En nuestra sociedad el derecho a los recursos es un componente importante del derecho a la vida. Si todos los hombres deben subsistir debe partirse de la igualdad de la capacidad de apropiación de todos³⁸ por lo que, al ser universal, el derecho que la garantiza es fundamental. Esa universalidad no impide las diferencias personales sino que las excluye porque está sobre ellas. Pero en la realidad se vive en un mundo de escasez relativa, de modo que las disparidades reales se revelan en la no universalidad y en la desigualdad de la propiedad real³⁹. Estas desigualdades se dan en dos dimensiones: entre individuos y en el tiempo de vida de cada uno en particular.

a- Sabido es que la previsión social está referida al futuro. La indeterminación del futuro, la disparidad entre el futuro vivido en presente y los presentes futuros, no pueden enfrentarse individualmente. La vida es riesgosa sea por condiciones humanas propias o por innumerables factores externos al individuo⁴⁰. Sólo la socialización puede superar los riesgos porque desde la contemplación de conjuntos constituidos, desubjetiviza las contingencias y sus consecuencias. Por esta razón el derecho previsional rechaza el tratamiento desde la perspectiva individualista y contractual ya que oscurece su parte colectiva, que no está basada en la igualdad de la reciprocidad de obligaciones sino en la solidaridad social que por

necesidad de coherencia en el conjunto del sistema social. así la autoorganización es de hecho auto-eco-organización”

³⁷ Abraham, T. “LA EMPRESA DE VIVIR”. P.309

³⁸ Paganini, M. “LA RELACIÓN JURÍDICA EN SEGURIDAD SOCIAL”, Zeuz, T. 37/1985, p. 81

³⁹ Palombella G. "OB.CIT." p. 48

⁴⁰ Ulrich Beck - "LA SOCIEDAD DEL RIESGO" - Edit. Paidós - España Pág. 237 - José Eduardo Faria - "OB.CIT."p. 211 - Zygmunt Bauman - "EN BUSCA DE LA POLÍTICA" - Edit. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. - Argentina p. 13 - Borradori, G. "LA FILOSOFÍA EN UNA ÉPOCA DE TERROR", Taurus, Bs.As. 2004, p.48:

esencia es desigual⁴¹. **Los derechos que surgen de los regímenes previsionales se definen y se tienen por la pertenencia al grupo.** Así es como las normas previsionales organizan institutos además de regular conductas. De esa manera se elimina la doble contingencia que afecta a los individuales⁴².

b- Primera socialización. La no identidad de los diversos presentes vividos en el tiempo plantea un problema jurídico porque debe decidir hasta qué punto un horizonte del futuro constituido en el presente, se ha de **vincular**, a pesar de la señalada disparidad, a los presentes futuros de los partícipes o en qué margen la diferencia permite en el futuro actuar de manera **distinta** a lo que estaba proyectado en el pasado. Tal posibilidad el ordenamiento jurídico la realiza apelando a la socialización. Crea un sistema de regulación colectiva que ya no es la participación directa en las comunidades “naturales” sino en agregados contruidos por reglamentaciones jurídicas⁴³. La solidaridad trasciende los cortes entre pasados y presentes, y entre estos y los futuros. Claro que tamaña empresa tiene el **precio de la no intangibilidad** de la regla, costo que paga con lo social de la solidaridad extendida en el tiempo. En este sentido el contenido de la solidaridad **no es fija** y está sujeta a revisiones permanentes⁴⁴ para evitar la arbitrariedad en el presente social⁴⁵. Volvemos a lo dicho anteriormente: las reglas prestacionales varían para preservar el bien protegido⁴⁶.

⁴¹ Lo Vuolo, R. "ALTERNATIVAS" Altamira, Argentina 2001.p.169 "...solidaridad implica que la idea de apoyo y de renunciamiento se conjuga con la de renuncia.....se asume que el que se solidariza con otros está en mejor posición relativa; de lo contrario no tendría posibilidades de solidarizarse.....en toda acción solidaria está implícita la distribución progresiva de lo que se ofrece solidariamente".

⁴² La ignorancia sobre lo que se será y el desconocimiento del desarrollo de los sistemas sociales. Lhumann, N, "SISTEMAS SOCIALES ", Mexico, Alianza, 1991, p.120. Gauthier, David. "LA MORAL POR Acuerdo". Editorial: Gedisa, España, p. 130.

⁴³ Castel, R. - "LA INSEGURIDAD SOCIAL" - Edit. Manantial, Buenos Aires, p.51 "*Como dice Hatzfeld, lo que protege al individuo y lo que le procura la seguridad es "el estatuto colectivo definido por un conjunto de reglas". Alain Supiot - "OB.CIT. p. 285 "Pero mientras esa solidaridad tradicional se manifiesta en el marco de vínculos personales, el costo de la solidaridad "moderna" se paga a organismos anónimos, ya sea que se trate del Estado para los servicios públicos o de los regímenes de Seguridad Social...En tal caso, la solidaridad es considerada como una manera ya no solamente de proteger a los hombres contra los riesgos de la existencia, sino también de darles los medios concretos para ejercer ciertas libertades".*

⁴⁴ Habermas J. "OB.CIT". 1998, p.503

⁴⁵ Paganini, M. "OB.CIT."://www.cofepres.org.ar

⁴⁶ Ewald. F. "OB.CIT.", p.504. Robert Castel - "La inseguridad social" - Edit. Manantial - Buenos Aires, p 13 – "*... sino más bien vivir rodeado de sistemas que dan seguridad, que son construcciones complejas y frágiles, las cuales conllevan en sí mismas el riesgo de fallar en su objetivo y de frustrar las expectativas que generan....va de la mano de configuraciones históricas diferentes, porque la seguridad y la inseguridad son relaciones con los tipos de protecciones que asegura - o no - una sociedad, de manera adecuada.* Palombella G.

c- Segunda socialización. Si como se dijo anteriormente se vive en un mundo de escasez relativa, la propiedad individual necesita protección porque de lo contrario nadie tendría propiedad. Esto significa que en la realidad ese derecho universal que es la capacidad de apropiación, se convierte en protección jurídica que excluye a los demás⁴⁷. Ante esta exclusión que contradice la posibilidad para todos de recursos necesarios, se instituye una nueva superación con la propiedad de tipo “social”⁴⁸ mediante los colectivos solidarios. La propiedad se amplía ya que la social resulta de una colectivización que cubre al individuo por estar inscripto en un espacio inmaterial de regulaciones jurídicas⁴⁹. Siendo un artificio colectivo debe ser obligatorio para dominar tanto el futuro incierto como las consecuencias de la no propiedad⁵⁰. La única similitud de esta propiedad social con la individual es que el beneficio concedido a uno no puede ser de otro. Es cierto que estas instituciones se crean para provecho del individuo pero la entidad del beneficio está impregnado con el sentido del colectivo⁵¹..

3- Propiedad. La garantía del art. 17 de la Constitución Nacional, invocada por el sentenciante, no refiere necesariamente y en todos los casos a la propiedad privada o su contenido no tiene la totalidad de sus características. Por el contrario, la expresión de la norma es una abstracción resultado del esfuerzo de eludir **toda carnadura histórica y**

"OB.CIT..p. 56: *“Si es fundamental debe estar más allá de la contienda política. Pero si se lo entiende como derecho de prestación a cargo del Estado, las prestaciones variarán con los pactos sociales, entre capital y trabajo, entre producción y consumo, entre fuerzas sociales, etc. son productos de negociaciones”*.

⁴⁷ Ferrajoli, L. “LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”, Trotta, Madrid 2001, p. 30.

⁴⁸ Castel R. "LAS METAMORFOSIS DE LA CUESTIÓN SOCIAL", Paidós, Buenos Aires 1997. p. 300

⁴⁹ Castel R, Haroche, C, "PROPIEDAD PRIVADA, PROPIEDAD SOCIAL, PROPIEDAD DE SÍ MISMO" Homo sapiens, Rosario, Santa Fe, p. 2003

⁵⁰ Ewald, F. "OB.CIT.", p. 331: *si por el contrato de solidaridad el ciudadano gana un derecho a la seguridad, al mismo tiempo la sociedad adquiere un derecho de obligar a ser prevenido aunque el mismo no lo quiera. El ciudadano imprevisor cae sobre la sociedad. p:332: ella no es una virtud eminente, se hace obligatoria. La moralización que castigaba al pobre por imprevisor, renace metamorfoseada en una nueva función social: no es virtud individual sino que deviene deber social. P. 364: no es verdad que cada uno es responsable de su suerte. En adelante la suerte de cada uno interesa al otro. Los actos de imprevisión no son solamente un mal individual sino que son sociales. Por eso deviene obligatoria.*

⁵¹ En la V Conferencia regional americana de la AISS (OTTAWA -octubre 1991), se dijo que “...el nivel de las prestaciones no resulta de una relación contractual estricta aporte-beneficio, sino que debe responder a objetivos de no marginación y de integración social”. No existe una relación bilateral de prestaciones y contraprestaciones, ni una relación de cambio. Y eso porque la relación de derecho de una prestación se fundamenta como protección de un bien y no como contrapartida o contraprestación, mientras que la obligación impuesta, se asienta en la solidaridad.

sensible de las “diferencias” reales⁵². Por tanto, en la realidad resulta violento ligar el derecho social, **solidario** e **incluyente**, a un derecho **insolidario** y **excluyente** de la propiedad privada (ésta se protege apartando a los demás pto.2 deV)⁵³. El acceso y el contenido de las propiedades vienen dados por la legalidad, calidad que se gana después del cumplimiento de formas y procedimientos jurídicos contenidos en instituciones que, al mismo tiempo, se construyen con esas formas y procedimientos, coercitivamente determinados según calificaciones que varían en función de la **especialización seleccionada** para cada institución. Esa selección también determina las características y efectos de los diferentes tipos de propiedades. El derecho garantiza las potestades de los individuos sobre las cosas, en sentido amplio, que difieren en relación a los distintos objetos e individuos. De allí que la propiedad no refiere a un único conjunto de derechos y obligaciones sino a varios según sean las cosas apropiables y los sujetos adquirentes⁵⁴ Por consiguiente, se puede decir que son apropiaciones determinadas por complejos jurídicos diferentes.

El derecho a la jubilación como derecho social es una **selección**. *Diferencia* traduciendo especializaciones o particularidades derivadas de la función de la prestación previsional. El objeto de la norma previsional es la contingencia social como consecuencia de un riesgo⁵⁵ que afecta al individuo sin que deba ser imputable a sujeto alguno. Por esa razón, la responsabilidad se atribuye a un colectivo (traslado a otro de las consecuencias de un

⁵² Ferrajoli L. - "LOS FUNDAMENTOS..... " p. 31 – “Cuando se habla del "derecho de propiedad" como de un "derecho de ciudadanía" o "civil" semejante a los derechos de libertad, se alude elípticamente al derecho a convertirse en propietario, conexo a la capacidad jurídica, así como al derecho a disponer de los bienes de propiedad, conexo a la capacidad de obrar: esto es, a derechos civiles que son, sin duda, fundamentales porque conciernen a todos, en el primer caso en cuanto personas y en el segundo como capaces de obrar. Pero estos derechos son completamente diversos de los derechos reales sobre bienes determinados; del mismo modo que el derecho patrimonial de crédito al resarcimiento de un daño concretamente sufrido es diverso del derecho fundamental de inmunidad frente a agresiones. Por otro lado, si se asume que son fundamentales todos los derechos universales, entre ellos están comprendidos también los derechos sociales, cuya universalidad no está excluida, por el hecho de que las prestaciones que cada uno tiene derecho a pretender sean inevitablemente diversas y de contenido determinado, puesto que se concretan en función de las condiciones económicas del beneficiario. También son inevitablemente diversos los pensamientos que cada uno puede expresar en uso de la libertad de manifestación del pensamiento”.

⁵³ Pérez Tapias, J.A - "DEL BIENESTAR A LA JUSTICIA" - Edit. Trotta – Madrid, Pág. 73

⁵⁴ También ha variado según los tiempos porque la propiedad de la edad media no es la de los modernos y ésta no es la de nuestra contemporaneidad. En algunos casos se incrementan las obligaciones como las surgidas de la preservación del medio ambiente.

⁵⁵ Riesgo en cuanto ausencia de recursos cuando ya no se tiene la capacidad de competir en el mercado de trabajo y no por solo la vejez, que es un proceso natural.

acontecimiento)⁵⁶. Si bien el derecho a la jubilación puede ser una propiedad (característica que el juzgador no explica ni fundamenta sino que se limita a afirmarla⁵⁷), entre derecho social y propiedad privada hay importantes diferencias de origen y naturaleza que distinguen las garantías jurídicas de una y otra. El derecho jubilatorio es **personalísimo, indisponible e irrenunciable**. Esto es así porque con la seguridad social se busca la realización de fines y resultados que generalmente no están bajo el dominio de los individuos. No son individualmente dominables las contingencias, o sea las causas de los derechos sociales, y por eso mismo tampoco son individuales los instrumentos que cubren esas contingencias. El recorte de la autonomía del sujeto por la indisponibilidad se justifica en el interés social que tiene cuatro aspectos: a- la protección del individuo frente a factores que no le son imputables; b- la igualación en la protección del grupo; c- la justicia distributiva en el colectivo; y d- la conservación del instrumento que la realiza.

En la propiedad privada se protege, ya se dijo, **excluyendo** a los demás porque precisamente ampara el interés individual. Por el contrario, en la propiedad social el origen no es el interés individual sino éste a partir del interés social. Por la afiliación cada uno es simultáneamente por *sí mismo* y por **incorporación**. Un sujeto “x” actúa de una manera “z” porque está agregado: por consiguiente, el significado de “z” lo da el sistema de afiliación. El actor representa en sí mismo un actor colectivo. El derecho previsional no es devolver o restaurar un derecho individual. De allí que tales construcciones son acuerdos políticos básicos **consentidos** por los ciudadanos.

Si tanto la Constitución nacional (art.14bis) como la Provincia de Santa Fe (art. 21) garantizan un sistema de seguridad social y, especialmente la última, dice que lo “...*instituye*...”, no hay dudas que los sistemas jubilatorios pertenecen al interés público. Es un

⁵⁶ Almansa Pastor, J.M. “DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL”, Tecnos, Madrid 1977, V. I p.275.

⁵⁷ La naturaleza de la propiedad tiene un alcance que desborda los estrechos límites del derecho para, en cambio, repercutir con fuerza en el campo de la filosofía política. Por tal motivo, la dilucidación de aquello que la propiedad sea en cada caso, resulta de interés no sólo al derecho sino también a la política. Depende de una cierta concepción según el campo en el que le toca funcionar. A la propiedad previsional, si así se la quiere designar, no le viene bien el “*ius abutendi*”, que consiste en el derecho de disponer de una cosa (no confundiéndola con el uso del dinero) ya sea en un sentido material en el que puede importar su destrucción o en un sentido jurídico (p.e. enajenándola). No hay una colisión con el principio (si es el caso que se lo pueda considerar como tal) de la propiedad privada sino una limitación que tiene sus razones. O se podría pensar a la inversa: la propiedad del “*ius abutendi*” es una limitación que debe justificarse de una propiedad precedente y básica (no habría razón para el derroche cuando los recursos son escasos en referencia a ciertos bienes).

orden que está sobre las voluntades individuales⁵⁸, con objetivos que los poderes públicos deben perseguir⁵⁹ en salvaguardia de intereses materiales “no dominables”. Es una creación política⁶⁰ de un modo de redistribuir la distribución primaria, función que, al incidir sobre los intereses individuales, no se podría realizar sin un justificativo en el bien público. Siendo así, la solidaridad no permite extraer ventajas del colectivo y debe ser coercitiva porque no puede funcionar si hay fugas⁶¹. Por supuesto que en toda previsión existe un interés individual pero este es calificado como tal cuando se encuentra encuadrado en aquél interés público⁶², como se dijo anteriormente. Darle otro sentido o finalidad es lesionar, deformar y deteriorar la institución previsional. Por consiguiente, el derecho jubilatorio acordado, aunque sea de algún modo una propiedad, no puede excluir a los otros como la privada ya que precisamente su efectividad es mediada por esos otros que al tiempo que aceptan hacerse responsables pretenden el reconocimiento seguro de la satisfacción de sus expectativas. De aquí deriva que dicha propiedad no pueda ser disponible porque su objetivo dirigido a fines especiales es lo único que justifica los esfuerzos de terceros. Ese lazo (amirallamiento) además hace que tanto obligaciones y derechos varíen en función de los cambios sufridos por el grupo.

Las dos socializaciones constituyen características estrictas y especiales que la apartan de la protección del mero interés individual que, por naturaleza **ya fuera inicialmente desechado por la construcción del colectivo**. El efecto fuerte de esta institución es que cada individuo no existe por sí mismo ni tiene un derecho individual sino por relación con el

⁵⁸ ARTICULO 8 de la Constitución provincial: “Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley. Incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impidan el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la vida política, económica y social de la comunidad”.

⁵⁹ Zagrebelsky, G. "OB.CIT.", p. 93; Sagués, P. "ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. T 1. Astrea. Bs.As. 1997. p.9

⁶⁰ Pierre Bourdieu - "RAZONES PRÁCTICAS" - Edit. Anagrama - Barcelona – España, Pág. 106

⁶¹ Salcedo Megales, D. "OB.CIT.", p.160; Offe, C."CONTRADICCIONES EN EL ESTADO DEL BIENESTAR", Alianza Universidad, Madrid 1990. p.185; De Torres, Manuel, "TEORÍA DE LA POLÍTICA SOCIAL", Madrid s/f., p.XIII; Cohen, G.A. "ALTERNATIVAS AL CAPITALISMO", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1993, p. 170.

⁶² Ewald, F. OB.CIT., p. 462. Supone sacrificios y concesiones mutuas. Es indisoluble de la idea de solidaridad. En ese campo (siguiendo la terminología de P. Bourdieu) se es tal sujeto por relación al todo, dependiente de otros y no puede pretender el ejercicio absoluto de los derechos. Limitación de las soberanías individuales en función del respeto a la mutualidad. “...*Solidaridad es la relación social más primitiva porque representa la lucha por la vida*”...p. 504:”... *nada de valor por sí mismo. Nada es bueno en sí sino en relación a una situación. Lo que es bueno en un momento puede no serlo en otro*”.

todo colectivo. Si hay un interés individual protegido es porque participa de un interés social garantizado.

4- Coexistencia. El orden social debe garantizar en la simultaneidad y no sólo en una aislada secuencia proyectada. El criterio de lo simultáneo implica la solidaridad⁶³ y revela un nuevo perfil de la **socialización**. La seguridad social debe manejar lo contemporáneo porque precisamente se sobrepone al pasado y al futuro ya que es la estabilidad de la inestabilidad histórica. Se reducen **los elementos al momento porque todos debemos vivir en un tiempo común** (en un sistema de reparto no debe haber jubilados pobres con trabajadores ricos o pasivos ricos con trabajadores pobres). Por eso una de las manifestaciones más fuertes, y sin embargo frecuentemente olvidada, son las **relaciones entre los elementos** del complejo previsional que superan las entidades separadas. Es así como la invocada igualdad en la seguridad social se realiza en **simultaneidad**, en **coexistencia** temporal, para que la comunidad de activos y pasivos vivan en iguales condiciones del mismo presente⁶⁴. Para eso, el sistema de reparto debe realizar continuados ajustes entre activos y pasivos. Esta exigencia es la que llena el contenido de la proporcionalidad y la que impide entender prestaciones estáticas e independientes. **La lógica relacional es una lógica abierta penetrada por la contingencia.**

De aquí se deriva que los trabajadores activos estén sujetos a las modificaciones de los sistemas previsionales y sólo adquieren el derecho a la prestación con el cumplimiento de las condiciones vigentes al momento de finalizar su ocupación porque allí se determina su carencia y porque desde allí ya no tendrá la oportunidad de satisfacer nuevas exigencias. Pero no quiere decir que el contenido del derecho sea invariable porque, como ya se dijo, la previsión socializada remite a un colectivo responsable que vive en un presente definido por la

⁶³ Todos vivimos un mismo momento con historias distintas. Si se toma secuencia proyectada como cosa de cada sujeto, se altera el mismo momento vivido. Lo concedido ayer debe garantizarse coordinándolo, en más o menos con el hoy.

⁶⁴ Artículo. 8 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe: “...*Incumbe al Estado remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la igualdad y la libertad de los individuos, impidan el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la vida política, económica y social de la comunidad*”

dinámica social (así p.e. la movilidad jubilatoria, criterio que también es socialmente variable).

Por estas razones, la **inmediatez** de la seguridad social influye sobre los derechos no ejercidos y sobre los contenidos relacionados con la comunidad. Este principio tiene dos sentidos: a- que la contingencia debe cubrirse al momento de producirse; es decir, debe ser oportuna; y b- como ya se dijo antes, debe ser copresente a las características de la sociedad actual. Así es como la inmediatez de la seguridad social coincide con la aplicación inmediata de la ley. Lo que vale es la situación de cada presente. No se puede entonces entender la ultractividad de las normas más allá del presente porque altera la simultaneidad. Por consiguiente, pretender la jubilación anticipada provocaría desigualdad en el presente.

Los derechos sociales se adquieren mediante instrumentos solidarios que sin dudas no tienen por objeto consolidar ventajas sino que por el contrario tienden a disminuir desventajas⁶⁵. La aplicación inmediata de la derogación de la jubilación anticipada tiene dos razonabilidades: a- la igualdad en la coexistencia⁶⁶ de los afiliados; b- subsistencia del régimen. Ambas descartan la posible objeción de regresividad⁶⁷.

VI- En la introducción al tema encuadramos la actividad del juez en los nuevos parámetros del orden jurídico a partir de la segunda mitad del siglo pasado. Son los años en los que se pasa del sentido débil y formal del Estado de Derecho al sentido fuerte o sustancial, que califica como tales a sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos (incluso el legislativo) están sujetos no sólo a las formas sino que también a los contenidos de las normas constitucionales.

Es así como las insatisfacciones del positivismo puro (aparente porque toda forma esconde un contenido) estimularon los esfuerzos para la superación, impulsos que transitaron desde el regreso al iusnaturalismo, pasando por diversas formas de constitucionalismo principialista, hasta el iuspositivismo garantista. El juez se encuentra con la responsabilidad de controlar la legislación y la administración. Aunque, como se dice, los

⁶⁵ Autores: Varios "DERECHOS SOCIALES Y PRINCIPIOS RECTORES" - - Edit. Tirant Lo Blanch - Valencia, p. 832 -

⁶⁶ EL Pacto de San José de Costa Rica refiere a la **situación**.

⁶⁷ Abramovich, V y Courtis, C - "LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS EXIGIBLES" - Edit. Trotta - Madrid, p.93.

jueces no deberían legislar o diseñar políticas públicas porque dicha tarea no está dentro de sus funciones, hay que reconocer que se encuentra en la primera línea en “decir” el derecho. Sin embargo, esta colocación debe ubicarse en términos adecuados a la política y a su organización con la división de poderes.

Haciendo referencia al caso comentado, por un lado no es admisible la omisión de la especialidad de los principios (derecho jubilatorio igual a propiedad privada), con la inventiva de cierta ilusión de teorías y sistemas que obvian conocimientos sociales que sirvieron para estructurar instrumentos para conseguir objetivos públicos (los sistemas previsionales son dispositivos elaborados por las disciplinas sociales, económicas, políticas, etc.) y menos aún ampararse en la amplitud de su actividad según los nuevos parámetros para resolver volviendo al derecho civil con desconocimientos de los derechos sociales y sus mecanismos. Por otro, no deberíamos cargarlos con responsabilidades políticas cuando por sus propias competencias tienen limitaciones en la información y el conocimiento técnico, agravada por el incremento de la producción legislativa⁶⁸. Si las normas constitucionales, además de las formas, tienen contenidos que ciñen a la política y a las mayorías accidentales, hay que entender que son cotos también políticos que, como tales, pueden desarrollarse según sea el momento y sus resultados. Y entonces la experiencia y lo adquirido no constituyen una clave universal para resolver los problemas, aunque esto pueda desorientar a la seguridad jurídica, cándida a veces e inválidamente trasladada al pensamiento en otras. Lo necesario es la reflexión constante y renovada, incluso si nos contradecemos porque el contexto de hoy no es nunca del todo el mismo de ayer ni será el de mañana. La doble contingencia de Lhumann muestra que ni nosotros ni el contexto fueron iguales en el pasado, y no lo serán en el futuro.

Lo que falta es un sistema conceptual de las normas orientado hacia la política social. Este contenido, que ya es una forma con substancia, tendrá que ser formalizado, a su vez, con las características jurídicas, tarea que debe tomar la dogmática del derecho esclareciendo principios y relaciones. No es cuestión de oponerse a la actividad del juez; al contrario, nos agrada el juez creativo pero dentro de la materia y con argumentos. Lo que se pretende es colaborar para conseguir cierta objetividad.

Con esa intención se ha criticado el fallo. El reproche del error en la aplicación de la legislación, podría haberse superado si se justificaba en razón de los contenidos de las reglas

⁶⁸ Faria, J. "OB.CIT", p.100

constitucionales sobre los derechos sociales, la seguridad social y los fines públicos perseguidos. Si así lo hubiera hecho otra sería la discusión. Pero el juzgador no lo ha hecho de esa manera sino que ha preferido forzar un criterio sobre la aplicación de la ley para proteger un interés individual, propio del derecho privado. La suma de un error técnico a un desconocimiento de los nuevos paradigmas del derecho, es lo que intentamos reparar. Lo será con éxito si los juristas se incorporan a la construcción de la dogmática del derecho social participando en estas discusiones que, para estimularla, ha sido voluntariamente provocadora en algunos pasajes.

“...la finalidad del diálogo no es mostrar que eres el mejor, sino llegar a un acuerdo o por lo menos aclararse recíprocamente las ideas. No haber logrado convertir al enemigo a la amistad o al menos a un leal y duradero acuerdo entre caballeros es una derrota. Bobbio N. "De senectute" Ed. Taurus p. 14.