

¿CÓMO INTERPRETAR CORRECTAMENTE EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IRREDUCTIBILIDAD DE LOS HABERES PREVISIONALES?

HOW TO CORRECTLY INTERPRET THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF IRREDUCIBILITY OF PENSION ASSETS?

*Juan Pablo Rodas Peluc**

Resumen: En el precedente *SEP* el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ) tuvo que analizar si una ley provincial violentaba o no el principio constitucional local de la irreductibilidad de los haberes previsionales. Resolvió que no lo hacía porque lo irreductible no era la cuantía de los haberes previsionales sino su proporcionalidad, ya que lo contrario llevaría a un resultado absurdo. La idea del trabajo es precisamente analizar y criticar el modo en que el TSJ usa ciertos métodos interpretativos (interpretación literal, sistemática, reducción al absurdo, emergencia económica, deferencia al legislador y proporcionalidad), con la finalidad de mostrar que, si usados de manera adecuada, en realidad no apoyan la decisión del tribunal.

Abstract: In the precedent *SEP*, the TSJ had to analyze whether or not a provincial law violated the local constitutional principle of the irreducibility of pension assets. It decided that it did not, because what was irreducible was not the amount of pension assets but their proportionality, since the opposite would lead to an absurd result. The idea of this paper is precisely to analyze and to criticize the way in which the TSJ uses some interpretative arguments (literal, systematic interpretation, reduction to the absurd, economic emergency, deference to the legislator and proportionality), with the aim of showing that, if properly used, those same arguments do not give support to the decision.

Palabras clave: Interpretación jurídica – Sistema previsional – Examen de proporcionalidad o razonabilidad – Control de constitucionalidad – Contenido esencial de los derechos fundamentales.

Keywords: Legal interpretation – Pension system – Proportionality or reasonableness test – Judicial review – Essential content of fundamental rights.

Artículo recibido el 7/6/2021 - aprobado para su publicación el 3/11/2021.

* Abogado (UNC 2005). Notario (UNC 2006). Magíster en Derecho y Argumentación (UNC 2013). Especialista en Derecho Procesal Constitucional (UBP 2018). Profesor Ayudante interino en Derecho Procesal Constitucional (UNC 2015). Investigador asistente no categorizado (CIJS UNC). Cursó la Maestría en Derecho Procesal Constitucional (UNLZ 2015). Prosecretario del Fuero Penal de Córdoba (2016). E-mail: rodasjuanp@gmail.com.

Análisis del fallo “Sindicato de empleados públicos y otros c/ Provincia de Córdoba y otra – Acción declarativa de inconstitucionalidad” (expte. SAC n° 2669644)¹.

1. Introducción

La idea de este trabajo es analizar los principales argumentos que utilizó el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en adelante TSJ) al resolver el precedente² Sindicato de Empleados Públicos *SEP*³. Para ello se dividirá el trabajo en diferentes partes o secciones.

La tesis es que aunque el TSJ anuncia que hará un examen de proporcionalidad al estilo de Alexy y del Tribunal Constitucional alemán, en realidad lo que hace es una interpretación sistemática de los principios constitucionales de irreductibilidad de los haberes previsionales y de proporcionalidad, en conflicto, ayudado por el uso de argumentos de interpretación literal, de reducción al absurdo y de deferencia al legislador. Fruto de ello, desde mi punto de vista, termina modificando el texto constitucional local pues ahora lo irreductible ya no son los haberes previsionales sino su proporcionalidad.

Luego de esta introducción, en la segunda sección veremos cuáles son los hechos del caso y la parte resolutive de la sentencia del TSJ, y en la tercera sección los antecedentes normativos y jurisprudenciales. En este último apartado, también veremos cuáles son los principios constitucionales del sistema previsional cordobés que están en juego en relación con el dictado de la ley 10.333 objeto de la acción judicial interpuesta. A tal fin, analizaremos qué estableció dicha ley.

En los apartados cuarto a noveno, analizaremos la interpretación efectuada por el TSJ del principio constitucional de irreductibilidad de los haberes previsionales. Para ello, desglosaremos críticamente el análisis haciendo foco en los diversos argumentos utilizados; esto es, el argumento de reducción al absurdo, de la interpretación literal, de la emergencia económica y de la interpretación sistemática.

¹ Este trabajo es fruto de discusiones que se dieron en el marco del proyecto de investigación: “Teorías y técnicas de interpretación jurídica. Un análisis teórico – práctico de los cánones de interpretación vigentes”, acreditado como proyecto del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Resolución CIJS 30/18, 24/7/2018. Allí hubo contribuciones sin las cuales este trabajo no habría sido posible, por una parte, de quienes lo dirigieron y coordinaron (Paula Gaido y Federico Arena), por otra parte, de los evaluadores externos, que en mi caso particular fue Rodrigo Sánchez Brigido, y finalmente, del resto de los participantes del seminario.

² La palabra precedente tiene un carácter ambiguo tal como es reseñado por diversos juristas. En particular, Marina Gascón Abellán (“La racionalidad y el (auto) precedente: Breves consideraciones sobre el fundamento y las implicaciones de la regla del autoprecedente”, en *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Carlos Bernal Pulido y Thomas Bustamante (Eds.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015) entiende que existen tres concepciones de precedente judicial: En sentido larguísimo: se refiere a un caso judicial previo que vincula a otros tribunales al resolver casos futuros. En sentido largo: aquí el concepto de precedente no se refiere al caso en sí mismo, sino a la decisión judicial que lo resolvió. En sentido estricto: el precedente judicial es el criterio jurídico, principio o fundamento que justifica una decisión y que es utilizado como una fuente jurídica para resolver casos futuros. Es decir, es la *ratio decidendi* o *holding*. Cabe aclarar que la autora utiliza este último concepto para referirse a precedente y es el que normalmente se utiliza de una manera técnica. En Argentina no rige la doctrina del precedente obligatorio por tanto en este trabajo se utilizará precedente en un sentido amplio (largo en términos de la autora citada).

³ Datos de la sentencia: Sala electoral y de competencia originaria del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Sentencia n° 17 de fecha 10/06/2019. Magistrados: María Marta Cáceres de Bollati, Domingo Juan Sesin, Aída Lucía Teresa Tarditti, Luis Enrique Rubio, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Carlos Alberto Tamantini y Huber Oscar Alberti, bajo la presidencia de la primera.

En el apartado décimo veremos el argumento de la deferencia al legislador y su relación con el examen de razonabilidad.

En los apartados undécimo al décimo tercero nos abocaremos a examinar el argumento del control de proporcionalidad esgrimido por el TSJ, en función de la propuesta teórica formulada por Robert Alexy.

Finalmente, expondremos nuestras conclusiones.

2. Los hechos del precedente SEP y la parte resolutive de la sentencia.

El secretario general del SEP -en representación de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores, de conformidad al art. 31 de la ley nacional 23.551- junto a un grupo de jubilados –por derecho propio-, plantearon la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2⁴ y 3⁵ de la Ley provincial n° 10.333, que modifica el sistema de cálculo de haberes previsionales. Dichos artículos establecen, en lo sustancial, que el haber de las jubilaciones provinciales será igual al 82% de la base remunerativa, la cual, se determina

⁴ El artículo 2 sustituye el artículo 46 de la Ley n.º 8024 (t. o. Decreto n.º 40/09), por el siguiente: “*El haber de la jubilación ordinaria y por invalidez será igual al ochenta y dos por ciento (82%) de la base remunerativa, conforme la metodología definida en los párrafos subsiguientes. La base remunerativa, a los fines del cálculo del haber se determinará sobre el promedio actualizado de las últimas cuarenta y ocho (48) remuneraciones mensuales brutas y sujetas a aportes que se hubieren efectuado a la Caja, deducido el aporte personal jubilatorio correspondiente. Para la determinación de la base remunerativa, resultará de aplicación la alícuota de aportes personales fijada en el Convenio de Armonización aprobado por Ley N° 9075, esto es, deduciendo sobre cada remuneración bruta el aporte personal del once por ciento (11%) previsto en el Sistema Integrado Previsional Argentino (S.I.P.A.). Las remuneraciones consideradas para el cálculo serán actualizadas hasta el mes base conforme al índice de movilidad sectorial previsto en el artículo 51 de esta Ley. La presente disposición se aplicará sobre los beneficios acordados y a acordarse, debiendo adecuarse el haber de los beneficios ya otorgados, conforme la metodología prevista en el presente artículo, respetando el porcentaje jubilatorio correspondiente en función de los años de excedencia. En el caso de los beneficios acordados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 9504, los haberes previsionales correspondientes serán calculados aplicando la metodología utilizada para determinar el haber según la legislación vigente al tiempo del otorgamiento del beneficio sobre la base de la remuneración líquida, esto es, previa deducción del aporte personal previsto en el Sistema Integrado Previsional Argentino (S.I.P.A.). El importe resultante calculado de esa manera será actualizado hasta el presente conforme el mecanismo de movilidad que corresponda. La metodología de cálculo establecida en los párrafos precedentes resultará igualmente de aplicación para los beneficios comprendidos dentro de los regímenes especiales y para la determinación del haber máximo establecido en el artículo 53 de la presente Ley*”.

⁵El artículo 3, establece que: “*En el supuesto que determinado sector tuviere reajustes pendientes de liquidación, en virtud de la aplicación del último párrafo del artículo 4º de Ley N° 10078 -derogado por el artículo 1º de la presente-, tales incrementos serán liquidados de manera inmediata y absorberán el impacto del recálculo dispuesto precedentemente. Caso contrario, si sobre determinado sector no se encontraren reajustes pendientes de liquidar, la aplicación del recálculo dispuesto por la presente Ley quedará diferida total o parcialmente, según corresponda, hasta tanto se haga efectivo el incremento de haberes del personal en actividad y hasta su concurrencia. En ningún caso el recálculo de los haberes de cada beneficio, conforme la metodología prevista en la presente Ley, importará reducción alguna de los haberes nominales liquidados correspondientes al mes de diciembre de 2015. En el caso de los beneficios cuyos haberes exceden el tope establecido en el artículo 53 de la Ley N° 8024 (T.O. Decreto 40/09), la metodología de cálculo dispuesta en la presente norma deberá aplicarse hasta el límite del ochenta y dos por ciento (82%) de la remuneración del personal en actividad, a los fines de mantener incólume el núcleo duro previsional equivalente al ochenta y dos por ciento (82%) de la remuneración líquida del personal en actividad, esto es, el ochenta y dos por ciento (82%) de la remuneración bruta del activo previa deducción del aporte personal jubilatorio que en cada caso corresponda, debiendo considerarse a tales efectos los años de bonificación por servicios excedentes*”.

sobre el promedio de las últimas 48 remuneraciones mensuales brutas y sujetas a aportes que se hubieren efectuado a la Caja, deducido el aporte jubilatorio personal correspondiente⁶.

Los accionantes señalaron que dicha normativa resultaba violatoria de los arts. 55⁷, 57⁸, 67, 76, 111 y 104 inc. 19 de la Constitución de la Provincia de Córdoba (CP) y de los arts. 14, 16 y 17 de la Constitución Nacional (CN).

El art. 67 de la CP establece la inviolabilidad de la propiedad privada, en tanto que el art. 76 establece que el gobierno provincial junto, a los gremios, fijan las remuneraciones de los agentes públicos. El art. 111 establece que las leyes provinciales no tienen efecto retroactivo salvo que así se establezca y en cuyo caso no podrán afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Dijeron los accionantes que el derecho a la integralidad y movilidad del haber previsional se encuentra definitivamente incorporado al patrimonio de los jubilados. Desde que la Caja de Jubilaciones de Córdoba demandada les otorgó el beneficio previsional, estos incorporaron definitivamente a su patrimonio el *status* previsional, esto es, el régimen normativo que rige el modo del cálculo del haber, el cual una vez determinado nunca puede válidamente ser disminuido de modo que se afecte su integralidad y movilidad.

Afirmaron que el haber previsional fue acordado por un acto administrativo firme y consentido, inmodificable aun por vía legislativa. Para los actores, la normativa violenta el carácter irreductible de los haberes previsionales previsto en el art. 57 CP, a la vez que

⁶ Asimismo, para determinar la base remunerativa se debe aplicar la alícuota de aportes personales que fija el Convenio de Armonización aprobado por ley 9075, es decir, se debe deducir de cada remuneración bruta el 11%. También estableció que estas disposiciones se aplicarían sobre los beneficios acordados y a acordarse, debiendo adecuarse el haber de los beneficios ya otorgados. Finalmente, establece que la metodología de cálculo dispuesta deberá aplicarse hasta el límite del 82% de la remuneración del personal en actividad, a los fines de mantener incólume el núcleo duro previsional equivalente al 82% de la remuneración líquida del personal en actividad.

⁷ El artículo 55, bajo el título “*Seguridad social*”, dispone que “*El Estado Provincial establece y garantiza, en el ámbito de su competencia, el efectivo cumplimiento de un régimen de seguridad social que proteja a todas las personas de las contingencias sociales, en base a los principios de solidaridad contributiva, equidad distributiva, accesibilidad, integralidad e irrenunciabilidad de beneficios y prestaciones. Los organismos de la seguridad social tienen autonomía y son administrados por los interesados con la participación del Estado y en coordinación con el Gobierno Federal*”.

⁸ El artículo 57 referido al “*Régimen previsional*” declara que “*El Estado Provincial, en el ámbito de su competencia, otorga a los trabajadores los beneficios de la previsión social y asegura jubilaciones y pensiones móviles, irreductibles y proporcionales a la remuneración del trabajador en actividad. El régimen previsional debe ser uniforme y equitativo y debe procurar la coordinación con otros sistemas previsionales. La ley establece un régimen general previsional que contemple las diferentes situaciones o condiciones laborales, conforme lo establece el artículo 104, inciso 19, de esta Constitución. Los recursos que conforman el patrimonio de las cajas previsionales son intangibles y deben ser utilizados sólo para atender sus prestaciones específicas*”.

vulnera el espíritu mismo del sistema previsional (art. 55 CP) al no observar los principios de solidaridad contributiva y equidad distributiva (arts. 5⁹, 14 bis¹⁰, 16¹¹ y 17¹² CN).

Los actores sostuvieron que las normas violan derechos adquiridos, y más aún si se tiene en cuenta que lo dispuesto no es por un período excepcional, de emergencia, sino sin límite temporal alguno. También arguyeron que viola el derecho a la igualdad previsto en los arts. 16 CN, 24 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y 3 del Protocolo de San Salvador, en tanto no existe fundamento para imponer a unos jubilados una situación más gravosa que a otros.

El Procurador del Tesoro en nombre y representación de la Provincia de Córdoba demandada, brindó argumentos que tuvieron total acogida por el TSJ.

También contestaron la demanda los representantes de la Caja de Jubilaciones de Córdoba rechazando su procedencia formal y sustancial.

Por unanimidad, el Tribunal Superior de Justicia rechazó la acción declarativa de inconstitucionalidad. Para ello utilizó una serie de argumentos, de los cuales analizaremos los que consideramos más importantes.

El TSJ consideró que el haber previsional debe calcularse sobre el sueldo líquido y no sobre el sueldo bruto como consideraban los accionantes.

3. Antecedentes normativos y jurisprudenciales

Debe tenerse presente que ni la Constitución Provincial ni la ley 8024 -que fue la primera en dictarse luego de la reforma constitucional de 1987- hablan del 82% del haber líquido como el núcleo constitucional duro inderogable. Ello surge recién con el decreto 1777/95, art. 50, donde se establece que el haber jubilatorio será el 82% del haber líquido del activo. El dictado de este decreto produjo una serie de reclamos judiciales¹³ que culminó con el precedente *Carranza*¹⁴ del TSJ, que convalidó dicha forma de calcular los haberes previsionales. En dicha sentencia, básicamente, sostuvo el TSJ que el decreto era una reglamentación razonable de la ley 8024 y de la Constitución de Córdoba, en tanto que cuando el art. 50 inc. a) de la ley 8024 alude a la remuneración mensual del cargo que desempeñaba el accionante (en el caso afiliado) a la fecha de cesar en el servicio, debe entenderse referido a la remuneración neta, es decir, una vez deducidos los aportes, lo que se condice con el art. 8 de la ley 8024 que define remuneración como todo ingreso que percibe el afiliado, y es obvio que los descuentos previsionales no son percibidos por el afiliado sino directamente por la Caja.

⁹ Establece que cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, que asegure su administración de justicia, régimen municipal y educación primaria.

¹⁰ Refiere a los llamados beneficios de la seguridad social que otorgará el Estado en forma integral e irrenunciable, incluyendo pensiones y jubilaciones móviles.

¹¹ Consagra el principio de igualdad.

¹² Consagra la inviolabilidad de la propiedad privada.

¹³ GORDILLO SARAVIA, Francisco Matías. "Irreductible. Análisis crítico – conceptual de la garantía previsional perdida". Tesis de Maestría en Derecho y Argumentación, UNC, inédita, p. 12-13.

¹⁴ TSJ en pleno Sentencia del 25/08/1997.

También en dicho precedente el TSJ elabora argumentos similares a los del fallo que ahora nos ocupa, tales como que el sistema procura asegurar al jubilado un estándar de vida similar al que gozó en actividad, y eso está dado no por la suma nominal de la remuneración correspondiente al cargo sino por lo que efectivamente percibía. O el argumento de que la Constitución no asegura al jubilado un haber ni mayor ni igual al del activo, sino uno proporcional a aquél, es decir, una parte.

Tal como reseña Gordillo Saravia, este precedente *Carranza* fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el 23/08/2001 (falta nota con referencia al trabajo de Gordillo Saravia). No obstante, en 2007, y con distinta integración, la CSJN en el precedente *Iglesias*¹⁵ declaró la inconstitucionalidad de dicho decreto provincial, lo que motivó que el gobierno provincial lo derogara en cuanto a la forma de cálculo del haber previsional.

El 31/07/2008 se publicó en el boletín oficial la ley 9504 que implicó una reducción de los haberes jubilatorios entre un 22 y 27%¹⁶. Esta ley fue convalidada por el TSJ en el precedente *Bossio*¹⁷. En este precedente reiteró argumentos del precedente *Carranza* ya citado.

Luego de ello es que viene la ley que nos ocupa, la 10.333, siendo esta la primera ley que en su texto establece lo que ya antes establecía el decreto 1777/95 -recordemos declarado inconstitucional por la Corte en 2007-es decir, que los pasivos percibirán un 82% del haber líquido del activo. Así las cosas, claramente los jubilados sufrieron una merma en sus haberes.

No obstante, el art. 3 de la ley 10.333 sostiene que esa manera de cálculo no vulnera el núcleo duro del haber previsional que es el 82% del líquido, tal como había convalidado el TSJ en decisiones anteriores, principalmente en el precedente *Bossio* apenas citado.

Conforme la interpretación del TSJ, el hecho que los jubilados vinieran cobrando haberes que superaban el núcleo duro constitucional constituía una mera una práctica y no una exigencia constitucional.

4. Consideraciones preliminares

La sentencia del TSJ busca dar respuesta a los planteos jurídicos de actor y demandado. Cada planteo encierra complejos temas jurídicos que exceden largamente las pretensiones de este escrito. Por tanto, es necesario precisar cuáles serán los tópicos de este trabajo en función de los argumentos dados por el TSJ.

Según el TSJ la irreductibilidad del haber previsional garantizada por la Constitución provincial, conforme el precedente *Bossio* de 2009, es el 82% del haber líquido del activo, y no como sostienen los actores, el 82% del haber bruto del activo. Para sostener esto da diversos argumentos sobre los cuales nos detendremos en los siguientes apartados.

¹⁵ CSJN. *Iglesias*. 11/07/2007.

¹⁶ GORDILLO SARAVIDA, Francisco Matías. Ob. Cit., p. 19.

¹⁷ TSJ. *Bossio*. Sentencia n° 8 del 15/12/2009.

5. Los argumentos que utilizó el TSJ para interpretar la irreductibilidad

El TSJ se pregunta cuánto cobraría un jubilado en comparación con el personal activo de la administración pública provincial, si se hiciera lugar a la pretensión incoada por la accionante. Responde (p. 13 de la sentencia) que probablemente su haber previsional se acercaría a la remuneración del activo y en algunos casos podría ser igual o mayor. Esto último podría suceder porque “cuando se jubila se le descuenta el 18% para llegar al 82%, sin embargo, como ya no realiza más el aporte previsional del 18% -en la mayoría de los casos- pasaría a cobrar el mismo sueldo líquido del activo”¹⁸. El TSJ afirma que es un error sostener que la remuneración del activo coincide con el sueldo bruto porque el aporte previsional jamás ingresa al patrimonio del trabajador, sino que conforma una suma que se traslada directamente al sistema previsional. Así, el sueldo líquido representa siempre un 82% y no el 100% del sueldo bruto.

Hasta aquí el TSJ brinda razones técnicas y aún no ingresa a las cuestiones constitucionales involucradas en el caso. Simplemente lo que hace es precisar cuestiones conceptuales o técnicas del caso tales como la diferencia entre sueldo líquido y bruto y los porcentajes respectivos, todo con el fin de demostrar que el trabajador en actividad percibe todos los meses un 82% de su sueldo bruto que es el sueldo líquido, resultado de deducirle el 18% en concepto de aportes para su futura jubilación.

También apunta la argumentación a clarificar que ese 18% no pertenece al patrimonio del trabajador sino que ingresa directamente al sistema previsional, con el fin de demostrar que si ese porcentaje de dinero no pertenece patrimonialmente al trabajador, luego éste no puede accionar argumentando que se vulneraron derechos constitucionales en torno a dicho porcentaje. Esto es muy importante porque de entrada el TSJ se esfuerza por demostrar que la accionante carece de un derecho que sostenga su pretensión.

El punto es que hasta el momento de interponer la acción, los jubilados venían cobrando más que lo indicado por el TSJ, ya que con la ley anterior se permitía calcular los haberes previsionales sobre el sueldo bruto. Esto generó desde luego expectativas en los jubilados de seguir cobrando lo mismo, y, efectivamente, la nueva ley, al modificar la forma de cálculo de los haberes previsionales, ocasionó una merma en los mismos. Esto fue lo que los motivó a accionar arguyendo violación a la irreductibilidad del haber previsional y a derechos adquiridos.

Consciente de esto es que el TSJ brinda otros argumentos en la sentencia en pos de sostener la ausencia de vulneración a la irreductibilidad y derechos adquiridos, a cuyo análisis nos abocaremos en lo que resta del trabajo.

El TSJ parece recurrir a un argumento de reducción al absurdo cuando sostiene (p. 15 de la sentencia) que en la praxis el porcentaje referido se desvirtuó resultando igual o superior al haber del personal activo, lo que es criticable al menos por dos motivos: 1) El nivel de vida del trabajador y su familia siempre estuvo dado por la percepción mensual del sueldo líquido y no por el valor del bruto; 2) El legislador previó que el pasivo perciba una proporción de lo que cobraría si continuara en actividad (82% y no 100%), lo que de todos modos le permitiría mantener un nivel de vida semejante, pues no tendrá que afrontar las erogaciones ordinarias que presupone la actividad laboral.

Esta última argumentación es un tanto relativa, bien podría decirse que el jubilado tiene más gastos que en situación activa ya que es habitual que se enferme más o requiera mayor asistencia, por ejemplo, aunque habría que tener en cuenta la cobertura de salud

¹⁸ Conforme fundamentos en pg. 13 de la sentencia.

que ofrezca el mismo estado. Quizá haya otras razones de peso no explicitadas como el menor valor social, en términos económicos, que representa una persona que ya no está en actividad.

El argumento de reducción al absurdo o de la razonabilidad, según Guastini¹⁹, es aquél que busca descartar una determinada interpretación alegando que daría lugar a una norma absurda. Considera Guastini que: "...la percepción de aquello que es absurdo y de aquello que es en cambio, razonable, es algo totalmente subjetivo y por tanto siempre controvertido. En los pocos casos en los que una determinada interpretación se presenta como obviamente absurda, es decir, que es percibida como absurda por el conjunto de los intérpretes en un determinado contexto histórico...el argumento de la razonabilidad resulta completamente inútil, porque sirve solo para excluir una interpretación que nadie nunca imaginaría proponer"²⁰.

Conforme el razonamiento de Guastini, a su vez, cabe preguntarse si la demanda era obviamente absurda, sobre todo teniendo en cuenta que hasta ese entonces se venía cobrando un 82% del bruto. El hecho de que existieran expectativas legítimas de los actores de seguir cobrando lo que hasta ese entonces cobraban, reduce la posibilidad de afirmar que fuese absurdo, pues hay un sentido en que ya no es inimaginable. Por tanto, estimamos que la pretensión de la demanda no es en sí misma absurda, más allá de si tenían o no razón los accionantes.

6. El argumento de la interpretación literal en relación al principio constitucional de proporcionalidad

El TSJ citó en primer lugar a la Real Academia Española (RAE) (p. 33 de la sentencia) para dar significado a: "proporción" (que significa disposición, conformidad o correspondencia de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí) y "proporcionalidad" (que significa conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí).

La cita de la RAE sugiere que se trata de un argumento de interpretación literal en el cual: "...se argumenta apelando al así llamado significado propio de las palabras...más precisamente, alegando los usos lingüísticos comunes, es decir, las reglas sintácticas y semánticas de la lengua o del lenguaje sectorial en el que está formulado el texto normativo"²¹.

Vale la pena en este contexto tener en cuenta que la interpretación literal tiene sus problemas. Como señala Guastini, este tipo de interpretación no siempre es concluyente ya que las reglas lingüísticas a veces son muy elásticas y permiten varios significados, por lo tanto en esos casos la interpretación literal sólo señalaría los diversos significados pero no resolvería el problema.

En la p. 32/33 de la sentencia sostuvo el TSJ que la Constitución provincial no asegura un haber previsional ni igual ni mayor al del activo, sino una proporción o parte. Es decir, aquí ya está dándole un significado a la palabra proporción asimilándola al significado de

¹⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 2014, p. 298.

²⁰ GUASTINI, Riccardo. Ob. Cit., p. 299.

²¹ GUASTINI, Riccardo. Ob. Cit., p. 263.

la palabra “parte”. De este modo, para el TSJ algo es una “proporción” de otra cosa si es una “parte”, pero nunca el todo o lo mismo.

El TSJ también alude al *contenido esencial o núcleo duro de los derechos constitucionales*, en este caso, de la irreductibilidad de los haberes previsionales. Sobre la base de los argumentos interpretativos usados, el TSJ sostiene que lo irreductible es el 82% del líquido que cobra el activo y no del bruto, por las razones antes expuestas. Menciona en la p. 30 que conforme el art. 46 de la ley 8024 modificada por la ley 10.333 cuestionada: “El haber de la jubilación ordinaria y por invalidez será igual al 82% del promedio de las últimas 48 remuneraciones mensuales sujetas a aportes que se hubieren efectuado a la Caja, actualizadas según índice de movilidad sectorial previsto por el primer párrafo del art. 51 de esta ley”.

En función de dicha normativa infiere el TSJ que el legislador previó que los jubilados cobren un 82% del líquido y no del bruto. Sostiene el TSJ en p. 14 que el trabajador sabe desde que es dependiente público que cuando se jubile cobrará un haber menor, aun cuando en la praxis el porcentaje referido se haya desvirtuado resultando igual o superior.

7. El argumento de la emergencia económica

En la p. 15 de la sentencia, el TSJ sostiene que: “...si bien [la praxis de calcular el 82% del haber previsional sobre el sueldo bruto] es admisible en épocas donde el Estado está en condiciones de afrontar ese desembolso mensual, no es posible en épocas de crisis y emergencias ni aún en épocas de transición de la emergencia hacia la normalidad como pareciera ser la situación en la actualidad”. Esta afirmación no es del todo precisa ya que mantiene que: “pareciera ser” que en la actualidad la provincia está en una etapa de transición de la emergencia a la normalidad, con lo cual no queda claro si está o no en situación de emergencia.

En la misma p. 15 de la sentencia, el TSJ asevera: “Si bien en la actualidad no existe una situación de emergencia formal a nivel provincial, la coyuntura nacional e internacional presenta un cuadro previsional problemático que exige prudencia y decisión para propiciar las modificaciones necesarias dentro de los límites constitucionales”. El TSJ claramente admite que el gobierno provincial no dictó ley alguna diciendo que la provincia se encuentre en situación de emergencia económica y, si bien sostiene que existe una coyuntura nacional e internacional que presenta un cuadro previsional problemático, no da mayores precisiones sobre cuál es esa coyuntura ni por qué presenta un cuadro previsional problemático.

Es que si bien en la sentencia se transcribe una parte del diario de sesiones de la legislatura local en donde se alude al déficit crónico (25 años) de la caja de jubilaciones, lo cierto es que no surgen de la sentencia las causas del déficit, tampoco cuáles otras opciones menos lesivas y viables existían, si es que existían. Lo relativo al contexto internacional y local desfavorable como para sostener ese déficit tampoco está acreditado sino que se tienen por ciertos los dichos del poder político.

Quizá la omisión no es ingenua y tenga que ver con el auto restringimiento que ejercen los jueces en materia de opinión sobre la política económica. Pero una cosa es auto restringirse y otra distinta es incorporar un argumento impreciso sobre una supuesta situación de transición de la emergencia a la normalidad y de una coyuntura que justificarían el dictado de la ley en cuestión. Es decir, si se incorpora el argumento se lo debe desarrollar mínimamente para no caer en la mera afirmación dogmática, y así impedir un debido derecho de defensa.

No obstante: ¿Era necesaria su justificación? Eso depende de si se acepta o no la premisa de que el jubilado no tiene garantizado constitucionalmente el derecho a cobrar el 82% del bruto sino del líquido. Pues si el jubilado tiene garantizado constitucionalmente el 82% sobre el bruto, ello debe respetarse haya o no emergencia. Solo si se acepta la premisa surge la necesidad de mostrar la emergencia, pues es sobre esa base se procura poner fin a una supuesta práctica de conferir un haber previsional mayor al garantizado constitucionalmente.

8. El argumento de la interpretación armónica – sistemática

Sostiene el TSJ que la ley acata y concretiza la manda constitucional según la cual el haber previsional debe ser *proporcional* a la remuneración que percibiría el pasivo de continuar en actividad. La proporcionalidad se logra aun cuando se disponga que la base no es el 100% del sueldo bruto, toda vez que conforme la nueva ley estaría cobrando el 89% de lo que cobraría en actividad, lo que supera al 82% móvil del sueldo líquido²².

También sostuvo el tribunal que no se vulnera la garantía constitucional de la *irreductibilidad*, ya que el verdadero derecho adquirido constitucionalmente por el pasivo (n va coma entre sujeto y verbo) es a percibir el 82% móvil calculado sobre la remuneración líquida del activo. Dijo que esa es la *única interpretación razonable* en la que pueden *armonizarse* los cuatro principios constitucionales del régimen previsional cordobés: movilidad, proporcionalidad, irreductibilidad y solidaridad. ¿Por qué? Porque según el tribunal otra interpretación diferente a esa implicaría que los principios no se puedan armonizar unos con otros y termine prevaleciendo uno de ellos y destruyendo a otros.

Así, dice el tribunal que si se siguiera la línea argumental de los accionantes, el principio constitucional de la irreductibilidad sería un principio absoluto que prevalecería vaciando de sentido al de la proporcionalidad.

²² En pg. 15 de la sentencia el TSJ sostiene: “La Ley n.º 8024, conforme la modificación introducida por la cuestionada Ley n.º 10333, garantiza la proporcionalidad y el porcentaje legalmente establecido. Dicha norma dispone que el haber de la jubilación ordinaria y por invalidez será igual al ochenta y dos por ciento (82 %) móvil -o el porcentaje que corresponda en cada caso- de la base remunerativa definida según el promedio actualizado de las últimas cuarenta y ocho (48) remuneraciones mensuales brutas y sujetas a aportes que se hubieren efectuado a la Caja, deducido el aporte personal del once por ciento (11 %) previsto en el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA). De ese modo, ratifica el porcentaje que previó el sistema provincial y establece una metodología de cálculo del haber previsional que acata y concretiza la manda constitucional según la cual el haber debe ser proporcional a la remuneración que percibiría el pasivo de continuar en actividad. Tal proporcionalidad se logra, aun cuando se disponga que la base no es el cien por ciento (100 %) del sueldo bruto percibido por el activo, sino una parte de aquél obtenida luego de descontar –siguiendo los lineamientos del Convenio de Armonización aprobado por Ley n.º 9075 y sin discriminar el porcentaje de aportes personales establecidos según el régimen al que perteneció el beneficiario cuando estaba en actividad- la alícuota del once por ciento (11 %), prevista en el Sistema Integrado Previsional Argentino. Esa base es superior a la que resultaría si al sueldo bruto se le descontara el porcentaje efectivamente deducido en concepto de aportes personales, ya que se toma una alícuota única aplicable de manera uniforme -11 %- y no las distintas alícuotas legalmente previstas (Régimen General: del 16 % al 21 % y regímenes especiales: del 16 % al 22 %)”.

9. Críticas a los argumentos del TSJ de interpretación literal, sistemática y de emergencia económica

La forma en que se utilizó el argumento de la interpretación sistemática puede ser objeto de críticas. Es que el TSJ sostiene que su interpretación es la única razonable ya que permite no vaciar de sentido a los otros principios, tales como el de proporcionalidad que quedaría vaciado de sentido si se entendiera la irreductibilidad de un modo absoluto. En este sentido, para el TSJ entender la irreductibilidad de los haberes previsionales de un modo absoluto sería algo así como que estaría prohibida constitucionalmente toda disminución en el haber previsional. Sin embargo, siguiendo a Gordillo Saravia²³ también puede sostenerse que queda vaciado de sentido el principio de irreductibilidad si se lo interpreta como que lo irreductible es la proporción y no los haberes. Es decir, se llegaría también al absurdo de que si el escalafón del activo que sirve de parámetro desaparece, entonces el jubilado tiene derecho constitucional a cobrar el 82% de 0, lo cual es indudablemente absurdo.

En consecuencia, el argumento de la interpretación sistemática en la manera en que lo utilizó el TSJ, ocasiona un resultado absurdo y por tal inadmisibile, toda vez que el principio constitucional de irreductibilidad perdería sentido en sí mismo y solo adquiriría sentido en función de la proporcionalidad. Es decir, si se sigue el argumento del TSJ, lo irreductible no serían los haberes previsionales, como dice la Constitución, sino la proporcionalidad, algo que no dijo la Constitución.

La diferencia entre la idea de que lo irreductible es el haber y la idea de que lo irreductible es la proporcionalidad es clave en esta resolución: si lo irreductible es el haber previsional entendido como el sueldo nominal, éste no puede ser reducido constitucionalmente de ninguna manera. Mientras que si lo irreductible es la proporción, entonces sí puede ser reducido constitucionalmente. Veamos. Si el sueldo líquido es \$100 en ningún caso podría ser reducido si se interpreta de un modo literal la irreductibilidad del haber previsional. Pero si lo interpreta como que lo irreductible es la proporción, en la medida en que no se reduzca el 82% del sueldo líquido que cobra una persona, el resto sí podría ser reducido. Es decir, lo garantizado conforme esta interpretación ya no es \$100 sino el \$82, es decir, se puede reducir hasta \$18, más no.

Ello implica a su vez violentar el argumento de la interpretación literal, el cual, como vimos, fue utilizado por el TSJ para precisar el concepto de proporcionalidad, mas no para precisar el concepto de irreductibilidad. Es que recordemos que el TSJ utilizó el argumento de la interpretación literal, en particular, acudió al diccionario de la RAE para definir proporcionalidad, sin embargo, para precisar el concepto de irreductibilidad no acudió a la RAE ni a otro estándar que la definiera de un modo literal, es más, descartó un concepto absoluto, es que sin decirlo interpretó el concepto de irreductibilidad no de un modo literal o absoluto.

Esto nos lleva a sostener que, en definitiva, el primer argumento que utilizó el tribunal, es decir, el de reducción al absurdo, no puede tampoco defenderse ya tan fuertemente pues vemos que también con la decisión del tribunal se puede llegar a resultados absurdos. A su vez, y fundamentalmente, porque no es absurdo que los jubilados tengan derecho a que la cuantía de su haber previsional no se reduzca aunque sí se reduzca el haber de los activos.

²³ GORDILLO SARAVIA, Francisco Matías. Ob. Cit., p. 33 y ss.

Finalmente, cabe decir que el argumento de la emergencia económica, como vimos, es dogmático, pero no sólo eso. Si entendemos, a diferencia del TSJ, que lo irreductible son los haberes previsionales y no la proporcionalidad, entonces, justamente sólo una ley de emergencia económica podría llegar a justificar la interpretación que propugna el TSJ.

Es posible advertir que se ha venido hablando en forma indistinta de razonabilidad, proporcionalidad y contenido esencial de derechos fundamentales, pero ¿son lo mismo?²⁴

Recordemos que el TSJ concluyó que en función de una interpretación sistemática con el resto de los principios establecidos en los mismos arts. 55 y 57 de la Constitución provincial, ese contenido inderogable está dado por el 82% del sueldo líquido y no del sueldo bruto. Entendió que esa era la única interpretación razonable de irreductibilidad: lo irreductible es la proporción. Así fue como delineó el contenido inalterable o esencial de la irreductibilidad.

El problema es que, como bien resalta Gordillo Saravia²⁵, esta interpretación cambia el objeto sobre el cual se predica la irreductibilidad. Es decir, la Constitución lo que dice es que son los haberes previsionales irreductibles, no que lo irreductible es la proporción. Por supuesto que el TSJ es consciente de esto, de hecho se esfuerza y reitera a lo largo del fallo que esa es la única interpretación razonable y sistemática que no conduce al absurdo de vaciar de contenido al principio de proporcionalidad. Sin embargo, esta interpretación termina vaciando de contenido al principio de irreductibilidad.

Hasta aquí lo que vimos es cómo el TSJ delineó el contenido esencial inalterable de la irreductibilidad, luego dedicaremos otro apartado al análisis de la proporcionalidad o razonabilidad de la ley 10.333.

10. El argumento de la deferencia al legislador

Agrega el tribunal que el legislador y el administrador son quienes están facultados y mejor posicionados para evaluar la oportunidad, mérito y conveniencia de las decisiones que efectúen los poderes políticos, ponderando la manera en que se efectivizan los derechos humanos. También cita un precedente de la Corte Suprema de los EE.UU. en donde se sostuvo que no recae en los tribunales la responsabilidad de determinar el acierto y sabiduría de las decisiones políticas, ni de resolver la pugna entre las decisiones enfrentadas de interés general.

El TSJ sostuvo también que el bien público es un límite al ejercicio de los derechos individuales a fin de posibilitar la convivencia social, pero como explica Lorenzetti²⁶, los límites no podrán afectar el contenido esencial de los derechos.

²⁴ Sobre el tópico hay una profusa discusión académica basada a su vez en precedentes muy interesantes que excede en largo este trabajo. Así, CSJN. Fallos 199:145, 314:225, 1091 y 1376; Fallos 312:496, 308:418; Fallos 325:645, Fallos 257:127, entre muchos otros citados por HARO, Ricardo. “Nuevos perfiles del control de razonabilidad constitucional”. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/nuevos-perfiles-del-control-de-razonabilidad>. Visitada el 14/02/2020. También se ocupó de la cuestión CIANCIARDO, Juan. “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”. *La Ley*. 16/04/2009, 1-LA LEY2009-B, 1249. CIANCIARDO, Juan. “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales”. *La Ley* 2000-B, 720.

²⁵ GORDILLO SARAVIA, Francisco Matías. Ob. Cit., p. 32.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo L. “Estado de derecho y estado de necesidad. Una reflexión acerca de la Constitución y los derechos individuales”. *LL* 2001-C, 1382.

Este argumento será analizado con más detenimiento cuando veamos el desarrollo del modelo de Alexy. Por el momento, digamos que es un argumento relativo a la *deferencia que se le debe al legislador en áreas que son estrictamente de su incumbencia*. Es un argumento que habla y anticipa algo sobre los límites del control judicial de constitucionalidad: no le incumbe en dicho control al poder judicial decidir cuál medida política es mejor, sino verificar que no vulnere el núcleo duro o esencial del derecho fundamental en cuestión.

Según Guastini, la doctrina o ideología del auto restreñimiento judicial, se inspira en el valor de la deferencia hacia el legislador democrático, ya que los jueces constitucionales al carecer de legitimidad democrática no deben invadir la competencia del parlamento, así, una ley sólo debe declararse inconstitucional cuando ello es evidente²⁷. Agrega el autor que la doctrina está conectada al punto de vista que "...concibe la constitución como un conjunto de normas finito, y en este sentido lagunoso: la constitución no regula toda posible materia o supuesto de hecho y en las materias que la constitución no regula en modo alguno el legislador es plenamente libre...debido a la falta de parámetro de constitucionalidad alguno"²⁸.

El TSJ, citando a Andruet (h)²⁹, sostiene que el examen sobre la afectación de los derechos no debe soslayar que el escrutinio constitucional transita por un territorio en el cual la pretensión que se relaciona con la provisión de beneficios previsionales, implica la adaptación de medidas distributivas.

En este sentido, dice el tribunal, es imperioso juzgar a la luz del *paradigma de la escasez*, el cual supone que el control de constitucionalidad que de la norma vaya a ser realizado, involucre la provisión de algún beneficio social y que por diversas razones (económicas, políticas o morales) el mismo excede la capacidad de la estructura estatal relevante. Las deudas sociales no deberían existir, pero, en ciertas ocasiones, proveer satisfacción social a unos de manera integral posiblemente implique denegar ese mismo u otro beneficio social a otra persona.

Toda la trama argumentativa relativa a este tópico aparece en la sentencia de un modo no muy claro. Sostiene que existe un paradigma de la escasez en virtud del cual si bien las deudas sociales no deberían existir, no obstante existen por diversas razones (económicas, políticas o morales). Satisfacer integralmente a unos implicaría denegar ese mismo u otro beneficio social a otra persona, dado que los recursos económicos del Estado no alcanzarían para todos.

El tribunal básicamente presupone que el Estado cordobés, en particular el sistema previsional local, está en déficit tal como sostuvo el gobierno al momento de dictar la ley 10.333. De hecho en la sentencia transcribe parte del diario de sesiones de la legislatura local en donde se habla del déficit crónico (25 años) de la caja de jubilaciones. Esto es algo que el tribunal no cuestiona sino que presupone y que, como veremos más abajo al analizar a Alexy, debiera haber sido cuestionado y desarrollado.

Continúa el argumento sosteniendo que, como existe ese estado de escasez, no queda otra alternativa que tomar decisiones que permitan satisfacer a todos los beneficiarios sociales

²⁷ GUASTINI, Ricardo. Ob. Cit., p. 380.

²⁸ GUASTINI, Ricardo. Ob. Cit., p. 380.

²⁹ Andruet (h) en su voto en la Sentencia n.º 18/2009. TSJ, Sala Contencioso Administrativa, Sentencia n.º 18 del 17/3/2009 en autos "Iglesias, Martín A. y otras c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba - Plenas Jurisdicción - Recurso Directo".

aunque no sea de un modo integral. Entonces, si no hubiera déficit sería viable que el sistema local siga pagando jubilaciones con base en el 82% del bruto, pero como hay déficit debe calcularse sobre el líquido, lo cual no vulnera el núcleo constitucional duro y, por ende, es una opción válida del gobierno.

Finalmente, se completa el argumento con la idea de que los jueces deben ponderar las consecuencias sociales de sus decisiones. Emparentado con lo anterior, pareciera ser que aunque a los jueces les parezca injusta una decisión del poder administrador -aunque al tribunal le parezca injusto que se modifique la forma del cálculo de los haberes previsionales- deben sostenerla porque la consecuencia social de adoptar una decisión judicial contraria implicaría el quiebre del sistema previsional cordobés.

El punto es que la argumentación es dogmática en el sentido de que no da razones, es una fundamentación aparente, ya que precisamente no sabemos a ciencia cierta si efectivamente hay o no déficit, ni tampoco cuáles otras opciones menos nocivas y posibles podría haber implementado el gobierno. También es dogmático afirmar que la consecuencia de adoptar una decisión judicial contraria implicaría *per se* el quiebre del sistema previsional local. Basta tener presente que en el transcurso del año 2020 se dictó a nivel federal una ley³⁰ que implicó que los trabajadores del Poder Judicial de la Nación elevaran sus aportes al sistema jubilatorio. Así, se evitó el quiebre del sistema y los que acarrearón con el costo no fueron los jubilados, sino los activos. En el ámbito provincial quizá podría haberse hecho lo mismo.

11. El argumento de la ponderación o *balancing test*

En el ítem VIII de la sentencia titulado “Concurrencia de principios constitucionales”, el TSJ desarrolla una argumentación extensa y compleja en torno a la interpretación constitucional que denomina *balancing test*. Así, sostiene (p. 28) que la problemática referida a la modificación del sistema previsional local, actualiza la necesidad de efectuar una hermenéutica jurídica a partir de la *técnica de interpretación constitucional denominada balancing test o ponderación entre derechos constitucionales fundamentales*, los cuales no son ilimitados sino que deben definirse en función de otros valores también protegidos por el ordenamiento jurídico, y cita un precedente del Tribunal Constitucional Español.

Creemos que aunque el TSJ anuncia el método de la ponderación lo que termina haciendo es una especie de conciliación de principios. En efecto, siguiendo a Guastini: “Es una idea muy extendida que la ponderación es una suerte de conciliación, es decir, que consiste en poner de acuerdo como se dice a veces, los dos principios en conflicto o en encontrar un punto de equilibrio... las cosas no son exactamente así. Una cosa es *balancear* (ponderar) dos principios, sopesarlos, para decidir cuál de los dos por tener mayor peso o valor debe ser aplicado y cuál en cambio por tener menor peso o valor debe ser dejado de lado, otra cosa es *conciliar* dos principios, es decir, mezclarlos en las justas proporciones, en modo de encontrar una suerte de macroprincipio que conciliándolos los contenga a ambos”³¹.

Asevera el tribunal que la Constitución Provincial configuró la materia previsional en base a los principios de solidaridad contributiva, equidad distributiva, accesibilidad, integralidad, irrenunciabilidad, movilidad, irreductibilidad y proporcionalidad, principios

³⁰ Ley n° 27.546, promulgada por decreto 349/2020.

³¹ GUASTINI, Ricardo. Ob. Cit., p. 219.

que deben *interpretarse de un modo sistemático, coherente e integrador* que supere las dificultades o discordancias que pueda suscitar su alcance operativo (p. 28).

Citando a Alexy³², sostiene que los principios son *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento depende de posibilidades reales y jurídicas, siendo que el ámbito de las posibilidades está determinado por los principios y reglas opuestos. El eventual conflicto entre dos principios, según Alexy, no se soluciona ni declarando que uno es inválido ni introduciendo una excepción en alguno de ellos. La solución consiste en que teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece una relación de precedencia condicionada indicando las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro.

Cuando el TSJ explicita que entiende a los principios jurídicos del modo que lo hace Alexy, se estaría comprometiendo con el modo en que este autor considera que los mismos tienen que ser aplicados. Pero, como intentaremos mostrar, éste no es el caso.

Citando a Carnota³³ y a la CSJN³⁴, el TSJ reitera la idea de que la *interpretación constitucional tiene que ser sistemática*, a fin de evitar que las normas supremas se bloqueen o neutralicen entre sí. La Corte sostuvo que cuando se plantea un conflicto de normas constitucionales debe aplicarse la regla de *interpretación coherente y armónica* y que la determinación de dicho estándar exige:

- Delimitar con precisión el conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento jurídico.
- Proceder a una armonización ponderando los principios jurídicos aplicables.
- Considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos.

Nuevamente el TSJ entrelaza los conceptos de ponderación con interpretación sistemática o armónica. Para el tribunal, siguiendo ese precedente de la Corte, es imprescindible efectuar una interpretación sistemática o armónica para lograr la ponderación. Conforme esa interpretación armónica, la única manera de evitar que el principio constitucional de que los haberes previsionales deben ser proporcionales se anule o devenga sin sentido, es sostener que lo irreductible es lo proporcional.

El último paso de la interpretación armónica propuesto por la doctrina de la CSJN, es considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionales. No está claro a qué se refiere. No obstante, podría pensarse que una vez efectuada la interpretación sistemática, restaría verificar cuál es el resultado que esta tiene en los principios constitucionales involucrados, si los anula o si, por el contrario, permite su ejercicio. En el caso que nos ocupa, conforme la interpretación sistemática efectuada por el tribunal superior, el resultado de esta permite que todos los principios constitucionales sigan existiendo sin anularse unos a otros interpretándose armónicamente. Sin embargo, como

³² ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001.

³³ CARNOTA, Walter; *La jerarquización de la propiedad privada según la Corte Suprema de los Estados Unidos*, ED del 11/6/1996.

³⁴ En particular del voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en “Recurso de hecho deducido por Telefónica de Argentina S.A. en la causa Telefónica de Argentina S.A. s/ acción de inconstitucionalidad”, Fallos 330:3098 del 11/7/2007.

vimos antes, esto no es así ya que en verdad se termina vaciando de contenido al principio de la irreductibilidad.

12. El examen de proporcionalidad conforme Alexy

Si el TSJ hubiese seguido el modo en que Alexy considera que se deben aplicar los principios en pugna, el desarrollo de su argumentación debería haber sido otro. El examen de proporcionalidad de Alexy contiene tres pasos: mandato de adecuación técnica o idoneidad, mandato del medio alternativo menos gravoso o mandato de necesidad y mandato de proporcionalidad en sentido estricto³⁵. Los primeros dos mandatos se refieren a las posibilidades fácticas, a determinar si el medio elegido es idóneo y necesario para alcanzar el fin estatal; en tanto que el último implica efectuar consideraciones estrictamente jurídicas, esto es, que el medio elegido afecte de un modo proporcional al derecho constitucional en cuestión.

El examen de proporcionalidad implica una tríada compuesta de la siguiente forma: un fin estatal, un medio establecido para lograr ese fin estatal y un derecho afectado como consecuencia de la aplicación de ese medio elegido.

Lo explica con claridad Laura Clérico: "...de acuerdo con la máxima de la proporcionalidad el medio establecido por el legislador debe ser adecuado y necesario para alcanzar el fin perseguido. El medio es adecuado cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado; es necesario cuando el legislador no pudo elegir otro medio igualmente adecuado para el logro del fin estatal o para el fomento del derecho que colisiona con el derecho afectado, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, debe guardar una relación razonable con el peso e importancia del derecho afectado"³⁶.

12.1. El examen de proporcionalidad en el caso bajo examen

12.1.a. El análisis de legitimidad del fin estatal

En el caso que nos ocupa, el fin estatal sería la sustentabilidad del sistema previsional cordobés, el medio elegido para lograrlo es el dictado de la ley 10.333 que establece una nueva forma de cálculo de los haberes previsionales, y que impacta o afecta en un derecho constitucional cual es la irreductibilidad de los haberes previsionales.

Para establecer si la ley 10.333 conforme el modelo de Alexy es proporcional, hay que transitar cada uno de los tres pasos antes expuestos. Ahora bien, el primero de los pasos tiene un presupuesto, cual es que el fin estatal no sea ilegítimo, porque si lo es entonces ya no tiene sentido realizar ninguno de los tres pasos porque la medida establecida busca la satisfacción de un fin que *per se* es inconstitucional. Por ejemplo, si el fin estatal es erradicar a las personas negras u homosexuales claramente es un fin ilegítimo y no tiene sentido embarcarse en el análisis de proporcionalidad.

También el fin estatal es ilegítimo cuando viola el contenido esencial o mínimo de un derecho constitucional.

³⁵ CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Ed. Eudeba. Bs. As. 2009, p. 25.

³⁶ CLÉRICO, Laura. Ob. Cit., p. 26.

Explica Laura Clérico³⁷ que la legitimidad del fin y del medio en sí mismos se suele presentar como una pregunta presupuesta del examen de proporcionalidad. El examen es independiente de la proporcionalidad cuando la ilegitimidad del medio o del fin se puede determinar sin ponderación. Un fin o un medio son ilegítimos cuando lo prohíbe la Constitución expresa o implícitamente, y así, impide que dichos fines o medios integren una ponderación. A su vez, una prohibición definitiva o *prima facie* puede ser general o especial, es general, por ejemplo, cuando está en juego la garantía del contenido esencial del derecho. ¿Cómo se determina la garantía del contenido esencial? Dice Clérico³⁸ que en el contexto de una práctica constitucional estable, se logra un grupo de reglas de derechos fundamentales que valen como posiciones definitivas y prohíben un vaciamiento del derecho, correspondiéndole a cada derecho un grupo de reglas que conforman su núcleo, su contenido mínimo inderogable.

Para Clérico³⁹, es posible determinar el núcleo duro de un derecho fundamental por medio de interpretación y sin ponderación en la medida en que exista un conjunto de reglas provenientes de la jurisprudencia y de la dogmática que expresen, en forma crítica, el contenido duro de ese derecho.

Entonces, el TSJ cuando argumenta que el núcleo duro constitucional de la irreductibilidad del haber previsional es el 82% del líquido y no del bruto, está diciendo que el fin estatal de la sustentabilidad del sistema previsional cordobés tiene como límite no perforar ese porcentaje. Si lo hace, entonces, el fin es ilegítimo y no tiene sentido continuar con el análisis de proporcionalidad.

Sin embargo, y como vimos antes, si nos inclinamos por una interpretación del principio de irreductibilidad literal -es decir, si lo irreductible es la cuantía y no la proporcionalidad- entonces, el fin de la ley 10.333 es ilegítimo porque está violentando el contenido esencial del derecho a la irreductibilidad de los haberes, ya que implica que los pasivos cobren menos.

12.1.b. El análisis del mandato de idoneidad y del mandato de necesidad

El punto es que allí acabó el examen de proporcionalidad que efectuó el TSJ, es decir, se agotó en el examen sobre la justificación del fin de la ley 10.333. En efecto, de haber continuado con el modelo de Alexy que citó entonces debió haber efectuado el análisis propio del primer paso, decir que el medio elegido, esto es, la ley 10.333 es un medio idóneo para lograr el fin estatal legítimo de la sustentabilidad del sistema previsional local, puesto que modificar la regla de cálculo de la base de los haberes previsionales permite lograr dicho fin. No obstante podríamos asumir que implícitamente hizo ese examen.

Entonces, a continuación debería haberse avanzado en el segundo examen que exige el test de proporcionalidad: ¿el dictado de la ley 10.333 era el medio necesario para el logro del fin estatal? La respuesta no surge de la sentencia porque no se efectuó esta ponderación fáctica de medios. Tampoco surge de la sentencia que los afectados ni los demandados hayan esbozado y argumentado a favor o en contra de medios alternativos

³⁷ CLÉRICO, Laura. Ob. Cit., p. 85 y ss.

³⁸ CLÉRICO, Laura. Ob. Cit., p. 90.

³⁹ CLÉRICO, Laura. Ob. Cit., p. 97.

al elegido. Si ello efectivamente es así, el TSJ no tenía manera de efectuar este análisis porque no puede de oficio hacer comparaciones entre medios que nadie alegó.

Pero hay algo más. En diversos tramos de la sentencia que antes transcribimos, vimos como el TSJ hizo hincapié en los límites del control de constitucionalidad, en la deferencia que debe tener el poder judicial hacia los poderes políticos cuando estos toman decisiones que hacen a la oportunidad, mérito o conveniencia. El punto es que parece ser que el TSJ no se embarcó en el resto del examen de proporcionalidad precisamente por esto, porque asumió que hacerlo implicaría entrar en un área política ajena a la judicial.

Sin embargo, el examen de proporcionalidad en términos de Alexy, que en definitiva sigue en parte a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán⁴⁰, exige efectuar comparaciones fácticas a fin de establecer si el medio elegido por el poder político para alcanzar el fin estatal, es necesario. En cambio, el TSJ bajo el argumento de que el control de constitucionalidad no implica efectuar análisis de mérito de las opciones políticas, asumió que la ley 10.333 era el medio necesario y por ende fácticamente proporcional para lograr el fin estatal. Esto, como vimos, constituye una argumentación carente de fundamentos a la vez que ejerce un control de oficio sin que las partes hayan efectuado alegación alguna.

Debemos tener presente que el examen de proporcionalidad alemán (de Alexy y del Tribunal Constitucional alemán) de ninguna manera implican una vulneración del principio de separación de poderes. En relación a la primera parte del examen consistente en establecer si el medio elegido es idóneo, sostiene Clérico⁴¹ que a los poderes políticos se les exige la versión fuerte de este mandato: el medio debe ser el mejor posible; pero el poder judicial controla la idoneidad en una versión débil: basta para superar el test que el medio no sea inidóneo para alcanzar el fin estatal, siendo una cuestión del poder político seleccionar los medios y no pudiéndosele exigir que alegue alguna razón de por qué otros medios alternativos no son tan adecuados técnicamente.

12.1.c. El examen de necesidad y los límites del control de constitucionalidad

En relación al examen de necesidad del medio elegido, sostiene Clérico⁴² que los medios alegados por el afectado y los otros medios discutidos en círculos de especialistas y por el poder político, deben ser examinados en relación con el fomento del fin perseguido y con la posibilidad de evitar la limitación de los derechos fundamentales o bienes colectivos afectados en comparación con el medio elegido.

Tal como analizamos antes, no surge de la sentencia que los afectados ni los demandados hayan esbozado y argumentado en relación a medios alternativos al elegido, por ende el TSJ no podía hacer de oficio comparación alguna. No obstante, cabe preguntarse si la solución adecuada frente a ese vacío era simplemente darle la razón al demandado o en su lugar exigirles a los demandados y accionantes que argumenten sobre medios alternativos para luego así poder resolver⁴³.

⁴⁰ En este sentido, sostiene Laura Clérico, ob. Cit., p. 25/26, que a partir de 1970 se puede encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, una distinción clara de los tres sub mandatos del examen de proporcionalidad.

⁴¹ CLÉRICO, Laura. Ob. Cit., p. 82/83.

⁴² CLÉRICO, Laura. Ob. Cit., p. 82/83.

⁴³ En el precedente TSJ en pleno. *Miranda, Liliana y otros c/ Municipalidad de Córdoba-Amparo*. Sentencia n° 59 de fecha 18/05/1999, el TSJ se inclinó por la idea de que ante la ausencia de elementos

Una de las claves del razonamiento del TSJ está en establecer que la alternativa seleccionada por el legislador sea válida para el derecho. Sin embargo, no surge de la sentencia con claridad cuál es el criterio del TSJ a los fines de establecer si una medida es o no válida. Por momentos argumenta que el análisis para establecer eso gira en torno a verificar que no se haya vulnerado el contenido esencial del derecho fundamental. Es decir, una medida sería más o menos gravosa si, conforme el art. 28 CN, la reglamentación del derecho fundamental no lo altera de tal modo que vuelva irrazonable o imposible su ejercicio. Pero como vimos también argumenta que debe hacerse un examen de proporcionalidad, que finalmente no hizo⁴⁴.

Lo que sí surge de la sentencia (p. 21) es que se menciona y transcribe parte del diario de sesiones de la legislatura en relación a la ley 10.333, de donde surge que el sistema previsional cordobés atraviesa dificultades estructurales desde hace más de 25 años, por lo cual es necesario instrumentar medidas tendientes a asegurar la sustentabilidad financiera del sistema previsional. No surge en cambio, si los demandados pusieron en tela de juicio esa cuestión.

12.1.d. El examen del mandato de proporcionalidad estricto

Finalmente, el tercer paso del examen de proporcionalidad está dado por el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Supone preguntar por la importancia de la realización del fin estatal y la intensidad de la limitación del derecho fundamental. El que una medida sea adecuada y necesaria es condición necesaria pero no suficiente del test de ponderación propuesto por Alexy; para ello se exige que los perjuicios para el derecho fundamental afectado no sean mayores que la protección del fin estatal perseguido⁴⁵.

Tampoco surge de la sentencia un análisis y desarrollo de este tercer paso.

No está desarrollada la idea de qué principio tiene precedencia sobre otro y bajo qué circunstancias, lo cual es lógico ya que no se efectuaron todos los pasos del examen de proporcionalidad. Es que, o bien podría inferirse que prevalece el principio de la proporcionalidad (es decir, que el haber del jubilado debe ser proporcional al del activo en lugar de superarlo o igualarlo, conforme esa interpretación ya cuestionada de la palabra proporcional), por sobre el de la irreductibilidad; o bien podría inferirse que ninguno prevalece, sino que se interpreta a la irreductibilidad de un modo diferente al propuesto por el accionante. Es decir, lo irreductible es el 82% móvil del sueldo líquido.

Es más, el propio tribunal sostiene también que lo irreductible es lo proporcional, con lo cual no queda claro si estableció una precedencia de principios o una interpretación armónica, o ambas. Entiendo que lo que pretendió realizar fue una interpretación

probatorios y de debate, ello aparejaba la imposibilidad de controlar la supuesta arbitrariedad y la consecuente inconstitucionalidad. Este precedente es analizado y criticado por RÍOS, Carlos Ignacio. “El control de razonabilidad según el Tribunal Superior de Córdoba”. *La Ley Córdoba* 1999, 1461.

⁴⁴ Sobre este punto Bidart Campos expresó que: “Para saber si hay proporción razonable entre una medida y una finalidad, no basta examinar si la elegida es conducente a ese fin, porque resulta indispensable añadir que, entre varias medidas igualmente idóneas, no se haya optado por la que resulta más gravosa para los derechos. Escudriñar esto último no es juzgar sobre la conveniencia, sobre el acierto o sobre la oportunidad, sino sobre la razonabilidad, porque cuando el Estado dispone de varios medios para un fin legítimo, incurre en exceso inconstitucional si escoge el más severo y dañoso para los derechos comprometidos con dicha medida”. BIDART CAMPOS, Germán. “Juzgar sobre la constitucionalidad de una medida no es juzgar su conveniencia”. *La Ley* 1997-C, 683.

⁴⁵ CLÉRICO, Laura. Ob. Cit., p. 163.

armónica de los principios constitucionales, con ayuda del argumento de reducción al absurdo, interpretación que a su vez se adecua a otros precedentes del propio tribunal que cita (*Abaca*⁴⁶).

13. Conclusiones

La decisión del TSJ de inclinarse por la constitucionalidad de la ley 10.333 es muy problemática. El principal argumento que dio el tribunal es el de la *reducción al absurdo*, considerar que es absurdo que un jubilado cobre lo mismo o más que un activo, y que ello ni siquiera está garantizado por la Constitución la que sólo garantiza que cobre el 82% del líquido del activo.

Los problemas de este argumento como vimos son varios. En primer lugar, bien podría estar justificada la ley en la medida en que, o bien no se hubiera aplicado a los haberes previsionales actuales sino a los futuros, o bien si se aplicaba a los haberes actuales lo fuera con el sustento de una ley de emergencia económica; ese básicamente era el problema. Para sortearlo el tribunal entendió que no era viable interpretar la garantía de irreductibilidad de un modo literal sino sistemático, en virtud del cual lo irreductible no era la cuantía del haber sino la proporcionalidad.

Este argumento tiene los siguientes problemas: primero, lleva al absurdo de que si el cargo nominal del activo desaparece, entonces el pasivo tiene derecho a cobrar el 82% de \$0. Segundo, se vacía de sentido a la garantía de irreductibilidad ya que siempre que bajen los haberes de los activos los de los pasivos también lo harán, lo que también es absurdo, algo que no parece ser lo que quisieron los constituyentes.

En relación al argumento de la *interpretación literal*, nos encontramos con el problema de que se asume que no puede interpretarse de un modo literal la irreductibilidad, mientras que sí debe interpretarse de un modo literal la proporcionalidad.

De otro costado, el *argumento de la interpretación sistemática* se muestra como el único posible, ya que el TSJ afirma que es la única interpretación razonable, en el sentido que debe interpretarse el principio de la irreductibilidad en forma sistemática junto al de la proporcionalidad, y fruto de esa interpretación se concluiría que lo irreductible es lo proporcional y no el haber nominal. Sin embargo, bajo este mismo argumento podría haberse concluido lo contrario tal como vimos: que los haberes previsionales son proporcionales a los de los activos, en el sentido de que si estos suben también suben los de los pasivos, pero si estos bajan no pueden bajar los de los pasivos porque son irreductibles. Es decir, el argumento de la interpretación sistemática no tenía un único resultado tal como lo plantea el Tribunal, y asimismo, como vimos antes, dicho resultado no es razonable tampoco.

La demanda en sí no era obviamente absurda toda vez que el hecho de que existieran expectativas legítimas de los actores de seguir cobrando lo que hasta ese entonces cobraban, reduce la posibilidad de afirmar que fuese absurdo, pues hay un sentido en que ya no es inimaginable.

En relación al argumento de la *emergencia económica* es utilizado de un modo ambiguo y confuso, pues el tribunal admite que el gobierno provincial no dictó ley alguna de emergencia económica, a la vez que sostiene que existe una coyuntura nacional e internacional que presenta un cuadro previsional problemático. Sin embargo, no da

⁴⁶ TSJ en pleno. *Abaca*. Autos n° 10 y 51 de 2010.

mayores precisiones sobre cuál es esa coyuntura ni por qué presenta un cuadro previsional problemático. El problema es que incorpora un confuso argumento sobre una supuesta situación de transición de la emergencia a la normalidad y de una coyuntura, que parece justificar el dictado de la ley en cuestión, pero al no desarrollarlo mínimamente cae en la mera afirmación dogmática, y así impide un debido derecho de defensa. El punto es que la argumentación es dogmática (carece de fundamentos) ya que precisamente no sabemos a ciencia cierta si efectivamente hay o no déficit, ni tampoco cuáles otras opciones menos nocivas y posibles podría haber implementado el gobierno. También es dogmático afirmar que la consecuencia de adoptar una decisión judicial contraria implicaría *per se* el quiebre del sistema previsional local.

En relación al *argumento de la ponderación o del balancing test*, nos encontramos con los siguientes problemas. En primer lugar no está claro si va a utilizar el método de Alexy, al que cita, de examen de proporcionalidad, que está estructurado en tres partes, o si va a utilizar un balance de derechos como una idea de conciliación. Concluimos en que no utilizó desde luego el examen de proporcionalidad de Alexy ya que tan solo se limitó a decir que la ley 10.333 no violaba el núcleo duro inderogable de la garantía previsional de la irreductibilidad, de la manera en que según el tribunal la había interpretado, es decir, como que lo irreductible era la proporcionalidad.

En efecto, si hubiera utilizado el examen de proporcionalidad, el mismo no se podría haber agotado en el análisis de no vulneración del núcleo duro de los derechos, sino que tendría que haber seguido avanzando en los exámenes de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la ley 10.333 en relación con la garantía previsional de irreductibilidad de los haberes.

En definitiva, el TSJ entrelazó los conceptos de *ponderación con interpretación sistemática o armónica*, y conforme a esta última, la única manera de evitar que el principio constitucional de que los haberes previsionales deben ser proporcionales se anule o devenga sin sentido, es sostener que lo irreductible es lo proporcional. Sin embargo, como vimos antes, esto no es así ya que en verdad se termina vaciando de contenido al principio de la irreductibilidad.

De algunos tramos argumentativos se infiere que el TSJ no se embarcó en el resto del examen de proporcionalidad porque asumió que hacerlo implicaría entrar en un área política ajena a la judicial. Sin embargo, el examen de proporcionalidad en términos de Alexy exige efectuar comparaciones fácticas a fin de establecer si el medio elegido por el poder político para alcanzar el fin estatal, es necesario. En cambio, el TSJ bajo el argumento de que el control de constitucionalidad no implica efectuar análisis de mérito de las opciones políticas, asumió que la ley 10.333 era el medio necesario y por ende fácticamente proporcional para lograr el fin estatal. Esto, como vimos, constituye una argumentación dogmática a la vez que ejerce un control de oficio sin que las partes hayan efectuado alegación alguna.

Tal como analizamos antes, no surge de la sentencia que los afectados ni los demandados hayan esbozado y argumentado en relación a medios alternativos al elegido, por ende, el TSJ no podía hacer de oficio comparación alguna. No obstante, creemos que la solución no podía ser la de simplemente darle la razón al demandado en lugar de exigirles a los demandados y accionantes que argumenten sobre medios alternativos para luego así poder resolver.

Creemos que si el tribunal advierte que no hay prueba y debate sobre aspectos fácticos que resultan esenciales para resolver, bien puede ordenar medidas para mejor proveer o instar a las partes a que lo hagan. No es satisfactoria la solución de que ante la ausencia

de prueba y debate, entonces prevalece el interés público por sobre los derechos individuales, ya que implica una renuncia al control de constitucionalidad. Pero en el precedente *SEP* lo más llamativo es que directamente el TSJ asumió que la ley 10.333 era el medio idóneo, necesario y estrictamente proporcional, sin que surja de la sentencia lo que las partes alegaron al respecto.

No está desarrollada la idea de qué principio constitucional tiene precedencia sobre otro y bajo qué circunstancias, lo cual es lógico ya que no se efectuaron todos los pasos del examen de proporcionalidad. Es que, o bien podría inferirse que prevalece el principio de la proporcionalidad (es decir, que el haber del jubilado debe ser proporcional al del activo en lugar de superarlo o igualarlo, conforme esa interpretación ya cuestionada de la palabra proporcional), por sobre el de la irreductibilidad; o bien podría inferirse que ninguno prevalece, sino que se interpreta a la irreductibilidad de un modo diferente al propuesto por el accionante.