

Intangibilidad y punto de inflexión

Abogado Gianni Venier

Para entender los motivos del *jury de enjuiciamiento* iniciado por un grupo de legisladores contra los magistrados que iniciaron acción de inconstitucionalidad contra la obligación de aportar a O.S.E.P. –y el pedido de sanción a la Corte sobre los funcionarios demandantes– debe invocarse antes dos cuestiones de la política: una, la redituable operación política que se montó contra los jueces en la época de la actualización de sus haberes, y la otra –menor pero que cada vez será más importante–, en la necesidad de fondos para abastecer las arcas provinciales y evitar la pérdida de un importante sector cautivo, el judicial, que podría causar un efecto dominó.

Inicio esta cuestión desde la perspectiva política, porque al parecer la forma en que los legisladores han encarado la decisión de llevar al *Jury* tiene más que ver con el Juicio Político que con el *Jury de Enjuiciamiento*, ya que mientras en aquel –no aplicado a los magistrados por debajo de los miembros de la Corte– se ventilan las cuestiones con un sentido político-jurídico (por ejemplo el caso “Boggiano”, de la C.S.J.N.), mientras que en el *Jury de Enjuiciamiento* las causales son las deficiencias o ilegalidades en el ejercicio de la función, en un sentido más técnico, no habiendo por tanto causal alguna para iniciarles el procedimiento. También, como expresó la Asociación de Magistrados, un proceso punitivo por ejercer el derecho de iniciar acción nos lleva nuevamente a romper los pactos internacionales y que el país –o la provincia– sea nuevamente juzgado por no cumplir las normas sobre DDHH obligatorias que como americanos y occidentales hemos firmado.

Supongo entonces que con buen criterio, o los legisladores retirarán el pedido, o los miembros del *Jury* lo desestimarán formalmente por no cumplir los requisitos de acusación. Penden los órganos de la Convención de DDHH sobre la ruta que tome la provincia.

Sendero de la Suprema Corte

No obstante vuelvo al primer enfoque por cuanto es interesante observar el cambio de

pensamiento de la Suprema Corte de Mendoza las veces que se ha puesto en juego la institucional intangibilidad de los magistrados, hasta llegar a la *enmienda* constitucional de 2005, y que dicho pensamiento no ha podido escapar a las acciones de la política, por lo menos en este último tramo –y, por supuesto-, desde aquella reforma.

Así en 1960 en “Buteler Hechart” (autos 22725, S075-456) la Corte dijo que “los artículos 26 de la ley 1828, 1º de la ley 2404, y 6 y 7 de la ley 2243, en cuanto someten a los regímenes de previsión social que instituyen a los magistrados y funcionarios judiciales especificados en la norma del art. 150 de la Constitución de la Provincia, son violatorios de la intangibilidad de la retribución pecuniaria reconocida a los mismos por el art. 151 de la Constitución”, expidiéndose entonces bajo el cumplimiento de aquel 151, por la intangibilidad, bajo las formas de pensamiento de la estricta división de poderes del sistema republicano.

Luego en 1984 la Corte provincial volvió a expedirse sobre la intangibilidad en Germano Jorge y otros (PE y FdE c/., autos 42477, A094-060) diciendo “Dentro de la teoría de las garantías institucionales, sostener que la intangibilidad de los sueldos de los Magistrados, es otro de los propios de la independencia judicial, implica afirmar que la misma es parte del contenido esencial o núcleo de la institución, y que, por ello, no puede ser modificada por el legislador ordinario.”

Ya en 1990 el concepto cambia, destinándolo a la casuística y probanza. En “Palero” (autos 46415, S217-433) expresa que “La intangibilidad de la remuneración de los magistrados es una garantía constitucional y a la vez es una garantía institucional establecida en razón del órgano-institución y no del órgano-individuo. Pero no es absoluta: para que opere requiere que la disminución sea sensible y afecte la independencia del Poder Judicial. Esta garantía (exclusiva y excluyente de los miembros del Poder Judicial) es otorgada en razón de que se trata del único poder profesional con dedicación exclusiva, no sujeto al principio de periodicidad de las funciones públicas y prescindente en materia política”. Baja a la garantía de intangibilidad al reino de la prueba, difuminando así la división estricta de poderes.

Se desdice la Suprema Corte de este fallo en 1999, en “Farruggia” (autos 62929, S286-495) al decir, volviendo a la intangibilidad de los tratados constitucionales, que “La garantía de la intangibilidad de las remuneraciones judiciales se relaciona primordialmente con el principio de la independencia del Poder Judicial, una tesis contraria provocaría una grave quiebra del principio de la división de poderes y una peligrosa fisura en el sistema institucional. El fundamento de la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones que asegura la inamovilidad de los jueces, se basa en que el Poder Judicial no tiene calidad de subordinado o administrado con respecto al Poder Ejecutivo, ya que sostener lo contrario implicaría

desnaturalizar la división de poderes y la independencia del Poder Judicial.”

Y más aún se afirma en 2001 en el tema que hoy tenemos vigente: la obra social. En Fiscal de Estado c/Provincia de Mendoza (autos 70159, S303-288) vuelve a la contundencia de la división de poderes: “El art.21 último párrafo de la Carta Orgánica de la Obra Social de Empleados Públicos, modificado por el art.1 de la Ley 6.819, es inconstitucional por cuanto mientras permite a los funcionarios y magistrados renunciar a su afiliación a la O.S.E.P., les compele, al mismo tiempo, al pago de dos veces el aporte que se establezca para el sistema de afiliación voluntaria pero sin contraprestación alguna, con lo que lesiona la garantía de la propiedad, cuando impone una contribución sin contraprestación, y también es violatoria de la garantía del debido proceso, en tanto impone, aunque encubierta, una sanción para los renunciantes, con lo que transgrede los principios constitucionales en materia sancionatoria.”

Ahora, en el 2012, la Suprema Corte en el caso llamado por la prensa “Escot”, -por la acción de inconstitucionalidad planteada-, en la medida cautelar solicitada la Sala I rechazó lo que puede considerarse también fondo del asunto, volviendo un poco al fallo de 1990 “Palero” en su esencia, ya que al tratarse de una cautelar necesita mostrar el daño, los argumentos de rechazo son similares a aquel precedente, pero con el agregado de la nueva formulación del artículo 151 de la Constitución, que alberga contra la intangibilidad como principio el pago de obra social. Asume el fallo el nuevo articulado constitucional para dar por tierra el *fumus bonis iuris*, y (en considerandos b y c) descansa que la eventual medida complicaría el régimen de discapacidad, manifestándolo expresamente. Por último, (d y e) no se puede acreditar el perjuicio dado que igualmente deben, los demandantes, pagar la obra social.

El cambio, como se observa, es altamente sensible.

Obra Social de Empleados Públicos

Creado por decreto-ley 4373/63 la Obra Social de los Empleados Públicos no trajo relación legal con la magistratura sino hasta el año 2000 cuando se sanciona la ley 6819 –declarada inconstitucional como vimos- que modifica la carta orgánica de O.S.E.P. introduciendo el siguiente texto: “Están obligados a aportar a la O.S.E.P., los magistrados del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza (...). Los que tengan a la fecha los servicios asistenciales de otra prestadora de salud, podrán renunciar a su afiliación directa a la O.S.E.P. no pudiendo ingresar como afiliados indirectos. En este caso, deberán efectuar un aporte mensual sin la

equivalente contraprestación de la obra social, de dos (2) veces el aporte que se establezca para el sistema de afiliación voluntaria individual”.

Es decir que si bien el principio de intangibilidad hace ceder a una ley, acá se daba la posibilidad –pero al momento de su sanción- de continuar en otra obra social ya elegida.

El tema cambió definitivamente a fines del año pasado cuando la provincia adhirió al régimen de discapacidad (ley nacional 24.901) mediante ley 8373 y que vuelve a modificar la carta orgánica de O.S.E.P., manteniendo el texto del año 2000, pero sin el agregado de la permanencia en otra obra social.

Como es sabido por todos, entre el año 2000 y fines de 2011 se produjo un cambio en la forma constitucional de la división de poderes en la provincia. Mediante la reforma parcial de la Constitución Provincial se dispuso que la obligatoriedad de pertenecer a O.S.E.P., se imponga a la magistratura. La reforma agregó al art. 151 este texto: “En ningún caso esta garantía de intangibilidad comprenderá (...) la exención de los aportes que con fines de previsión u obra social se establezcan con carácter general”. Si resumimos y vamos directo al asunto, podemos decir que en nuestra provincia la obra social pública ha alcanzado el rango de categoría constitucional.

¿Es la carta orgánica de O.S.E.P. una norma de carácter general tal como requiere el nuevo artículo 151? ¿Se viola la intangibilidad? Desde el concepto clásico, sí: ninguna norma o acto de otro poder puede obligar a un juez. Es dudoso incluso la modificación de la carta orgánica, porque la ley de adherencia sólo impone la obligación para la discapacidad a la O.S.E.P. pero no a otras obras sociales de la provincia, con lo que el carácter general que exige la reforma sería suficientemente discutible. Que la cuestionable costumbre provincial sea que cualquier acto deba hacerse por ley cuando basta un decreto gubernativo o reglamento, no significa que su alcance sea general. Opiniones autorizadas se preguntan desde un punto de vista material también el alcance de esta norma, ya que si el número de discapacitados asciende a 170.000 (porcentaje superior a la media provincial según encuesta de 2001), ¿el aporte de 300 magistrados es suficiente para cubrir sus necesidades en la obra social?

Pero el fundamento del cambio es otro. En aquellos años que desembocaron en la reforma constitucional el poder político descubrió que resultaba altamente redituable mantener una disputa con el poder judicial, motivado en aquel momento por la actualización de sus haberes, donde la ciudadanía no apoyó la tesis judicial.

Siendo el poder judicial un poder no mediático, la batalla en los medios y ante la opinión pública –dentro de una sociedad que iba caminando a posturas no institucionales y donde no está a su vez bien visto que los sueldos públicos sean relativamente altos- significó durante todo ese tiempo la erosión de un elemento singular para la vida republicana: la fe en las instituciones. En el caso, se erosionaba la credibilidad del Poder Judicial.

Por estos días la contraposición que hizo el poder político magistrados versus discapacitados (discutible enormemente, ya que gran parte del dinero público pasa por rentas generales y además los pocos recurrentes no afectan la viabilidad del sistema) se habrá sentido como un viento helado que recordó aquellos malos años de la desigual pelea en los medios.

Y vuelvo ahora al origen del escrito, ya que como se ve las posturas de la Suprema Corte desde 1960 han cambiado de un punto a otro, y no podemos dejar de ver el cambio de la sociología política que motivó tanto la reforma como esta denegatoria de una cautelar que contradice la tesis de la intangibilidad y que tal vez se formule así: es preferible abonar el 5% de la remuneración aunque se viole la garantía de intangibilidad, que no pagarlo y estar en una continua disputa que sólo hará recordar aquellos días peores y que los enfrentará a la sociedad. Otra reforma constitucional basada en la confrontación social puede, incluso, ser peor.