

Título: El final de la doctrina Chocobar. La reducción de jubilaciones por emergencia previsional frente a la Corte Interamericana

Autor: González Campaña, Germán

Publicado en: LA LEY2003-D, 453

Cita: TR LALEY AR/DOC/913/2003

Sumario: SUMARIO: I. Introducción al Derecho Interamericano. - II. Los hechos del caso, ¿qué caso? - III. Los valores en juego. - IV. Justiciabilidad del derecho de propiedad e irrevisibilidad de la política económica. - V. Las emergencias y sus límites supranacionales. - VI. El orden público, el bien común y otras peligrosas vaguedades. - VII. Haberes jubilatorios: ¿derechos adquiridos o progresivos? - VIII. Denuncias contra Argentina ante la Comisión Interamericana y el Comité de Naciones Unidas. - IX. Conclusiones.

#### I. Introducción al Derecho Interamericano

La Corte Suprema dejó -hace tiempo- de ser suprema. Quiérase o no, una instancia revisora, por encima de su cabeza, vigila de cerca sus fallos más trascendentes, y encarrila sus doctrinas por el sendero que más se condiga con los compromisos internacionales de respeto a los derechos fundamentales, asumidos voluntariamente por nuestro Estado (1).

Las sabias palabras del juez Robert Jackson, referidas a la Corte Suprema de Estados Unidos, que reconocía con sinceridad que "no somos finales porque somos infalibles, sino que somos infalibles porque somos finales", (2) resultan válidas para el país del Norte, donde las decisiones de aquélla poseen la inmutabilidad de la cosa juzgada, pero carecen de valor para el nuestro, sujeto a la fiscalización internacional (3).

No empece a lo anterior la conocida "fórmula de la cuarta instancia" de la Comisión Interamericana, según la cual no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de sus atribuciones y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación al Pacto de Costa Rica (4).

Lo que en definitiva importa es que la demanda internacional no se limite a afirmar que el fallo ha sido equivocado o injusto en sí mismo, puesto que "de otra forma, se convertiría a la Comisión en un tribunal de alzada o de casación sobre la justicia interna e independiente del Estado, para lo cual, carece de competencia"(5).

De lo anterior se colige que, de presentarse un supuesto de violación a los derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José por parte de autoridades nacionales y provinciales; agotadas las instancias judiciales locales y cumplidas las demás exigencias procesales (art. 46, Convención Americana sobre Derechos Humanos -en adelante CADH-), ha de quedar abierta la jurisdicción internacional, sin que pueda acudir al cerrojo de la regla de la cuarta instancia.

Como consecuencia de la supervisión que ejercen los organismos internacionales, las decisiones adversas a los derechos fundamentales tomadas por nuestro máximo tribunal de justicia, pueden llegar a ser reexaminadas por aquéllos, quienes señalan de esa forma el camino que ha de tomar la futura jurisprudencia nacional.

En las postrimerías de 1996 la Corte Suprema, en la polémica causa "Chocobar", sostuvo que los montos de los beneficios previsionales pueden ser disminuidos para el futuro cuando razones de orden público o de interés nacional así lo justifiquen, mientras la reducción no resulte confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada (6). Seis años más tarde, la Corte Interamericana afirma que el Estado sólo puede limitar el derecho adquirido al goce de la jubilación mediante leyes formales, promulgadas de acuerdo a la Constitución, con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, que además deben satisfacer tres requisitos: a) que la restricción al derecho de propiedad se haga mediante indemnización justa y por razones de utilidad pública; b) que previamente se realice un procedimiento administrativo con respeto a las garantías adecuadas; y c) que se respete, en todo caso, por sobre las decisiones de la administración, las determinaciones que adopten los tribunales de justicia.

Como se podrá observar, no es lo mismo disminuir las jubilaciones por la mera invocación de la emergencia pública y del colapso del sistema previsional, que hacerlo con todos los recaudos que exige el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De ello nos habremos de ocupar en esta nota.

#### II. Los hechos del caso, ¿qué caso?

La sentencia que comentamos tiene cierto tipo de complejidad, que merece ser advertida para no incurrir en una lectura apresurada y equivocada de la misma. Veamos escuetamente cómo se sucedieron los hechos y en qué estado se encontraba la causa al momento de dictaminar la Corte de San José.

Cinco ciudadanos peruanos, que prestaron servicios en la Administración Pública entre 20 y 43 años en la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), con cargos de Director General de Comunicaciones, Intendente

General de Créditos del Área Bancaria, Asesor Administrativo de la Alta Dirección, Asesor Técnico de la Superintendencia Adjunta de Entidades Especializadas y Superintendente de Banca y Seguros, venían disfrutando del régimen de pensiones establecido por el decreto-ley 20.530 de 1974, desde que se jubilaran, entre 1975 y 1990, según los casos.

Por medio del citado decreto-ley, el Estado reconoció a los funcionarios el derecho a una pensión de cesantía nivelable, progresivamente, de conformidad con la remuneración de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, que ocuparan el mismo puesto o función análoga al que desempeñaban los pensionistas al momento en que cesaron de trabajar para la SBS, el que se nivelaba de manera sucesiva y periódica, cada vez que se producía un incremento por escala en las remuneraciones de los trabajadores y funcionarios activos de aquella.

En abril de 1992 la SBS suspendió el pago de la pensión de Bartra Vásquez y en noviembre se lo restituyó, pero con una quita del 81%, motivada en los topes máximos impuestos; en septiembre de ese mismo año, redujo el monto de las jubilaciones de Torres Benvenuto (75%), Mujica Ruiz-Huidobro (77%), Álvarez Hernández (75%) y Gamarra Ferreyra (81%), sin previo aviso ni procedimiento administrativo alguno.

Al mes siguiente se promulgó el decreto-ley 25.792, por el cual transfirió al presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas la recaudación de las aportaciones y la atención de las pensiones que correspondería pagar a la SBS a sus pensionistas, jubilados y cesantes comprendidos en el régimen del decreto-ley 20.530. Asimismo, se estipuló que esas pensiones tendrían como referencia las que dicho Ministerio paga a sus trabajadores y funcionarios, y se agregó que "en ningún caso se homologarán o referirán a las remuneraciones que pague la Superintendencia de Banca y Seguros al personal sujeto a la actividad privada".

Todos los afectados interpusieron acciones de amparo contra el SBS, las que fueron declaradas fundadas por la Corte Suprema de Justicia de Perú en 1994, mediante sentencias definitivas, pero sin lograr sus ejecuciones efectivas. En 1995 la SBS emitió cinco resoluciones con el propósito de que se cumpliera con lo dispuesto en dichas sentencias, las que tampoco fueron satisfechas. En 1998 y 2000, el Tribunal Constitucional del Perú resolvió que la SBS debía cumplir con lo dispuesto en sus resoluciones administrativas de 1995.

En enero de 2002 el Congreso de Perú emitió la ley 27.650, mediante la cual derogó el decreto-ley 25.792 y la SBS resolvió dar cumplimiento a las resoluciones expedidas en 1995. El 18 de marzo de 2002, ésta pagó a los cinco pensionistas las cantidades determinadas en las resoluciones, correspondientes a los reintegros de los montos de las pensiones nivelables dejados de percibir desde noviembre de 1992 hasta febrero de 2002, lo cual no incluía el pago de intereses.

En primer lugar, debemos preguntarnos qué es lo tenía que decidir la Corte Interamericana en febrero de 2003, cuando ya había transcurrido cerca de un año de la solución del litigio por parte de las autoridades peruanas y se había derogado incluso la ley que había modificado el criterio de nivelación y transferido el pago de las jubilaciones de la SBS al Ministerio de Economía.

Dijimos al comienzo que la protección internacional es subsidiaria de la nacional, y que sólo opera ante el fracaso de ésta para encontrar soluciones a sus conflictos (7). De allí, que en principio se busque solucionar el conflicto por medio de una solución amistosa, la que puede celebrarse ante la Comisión (8) e incluso, ante la Corte (9). Además, el procedimiento puede terminar en cualquier momento -anterior a la sentencia- por el reconocimiento de responsabilidad del Estado (10).

El caso que comentamos, constituye un verdadero híbrido procesal, por cuanto su objeto principal -la restitución de los haberes jubilatorios arbitrariamente recortados- quedó satisfecho casi un año antes de la sentencia, cuando el gobierno de Perú reintegró a los cinco pensionistas las sumas dejadas de percibir durante los diez años de pleito.

El primer requisito para que un Estado pueda ser demandado en un caso contencioso, es que éste sea concreto, ya que para dilucidar cuestiones interpretativas la propia Convención prevé el mecanismo de las opiniones consultivas (art. 64) (11). Es decir, que la Corte de San José podría haber declarado que la cuestión se había tornado abstracta, (12) o limitado su discusión a la devolución de los intereses devengados desde 1992, que no fueron abonados en 2002, (13) y al incumplimiento por parte de la Administración de las sentencias que acogieron las acciones de amparo (art. 25, CADH).

La Corte tomó como hecho nuevo el reintegro de las sumas devengadas, abonadas en marzo de 2002 -ya que la demanda había sido sometida por la Comisión ante la Corte en diciembre de 2001, con motivo de la denuncia que presentaron los pensionistas ante la primera en 1998- y utilizó como argumento para continuar el estudio de la causa, la controversia sobre los parámetros utilizados por el Estado para reducir o recalcular los montos de las pensiones a partir de 1992. Sobre la base de esta discusión, centrada en el criterio de la actividad pública o

privada de los jubilados de la SBS, aprovechó para dejar sentada su doctrina de los derechos patrimoniales adquiridos.

### III. Valores en juego

Cuando la Corte Suprema argentina resuelve un caso particular, cuya importancia concreta es relativa, pero su significación global -por la cantidad y el monto de las demandas similares- es sideral, lo hace en vista de esta última, aunque le escriba en primera persona a aquél.

Al enseñar cómo debe leerse una sentencia, para entenderla en su totalidad, Gordillo toma varios ejemplos en los que los argumentos no escritos sobrepasan en importancia a los volcados en los considerandos de las sentencias. Entre ellos, menciona el caso "Chocobar", donde -recuerda- la Corte dejó atrasar más de setenta mil causas -lo que motivó la denuncia del Defensor del Pueblo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- [\(14\)](#) porque las consideraba en conjunto, porque meritaba el peso económico sobre las arcas públicas de la decisión global que adoptara, lo cual, ciertamente, no dijo en la sentencia [\(15\)](#).

Cuando la Corte Interamericana -que dicta menos de cinco sentencias al año- se expide sobre un asunto de fuertes repercusiones políticas -v.g. leyes de obediencia debida [\(16\)](#); re-reelección presidencial [\(17\)](#)- sociales -despido de empleados estatales reacios a la privatización de empresas de servicios públicos [\(18\)](#)- o económicas, lo hace teniendo a la vista el mapa de Latinoamérica, y en cuenta las realidades de los países donde su resolución se ha de aplicar.

Por ello, al juzgar que no sirve como fundamento válido para disminuir las jubilaciones el hecho de encontrarse los Estados sumidos en emergencias, la Corte de San José lo decide a sabiendas del déficit de las cuentas públicas de nuestros países, y del carácter recurrente, endémico y permanente de las crisis políticas y económicas por las que atraviesan [\(19\)](#).

En definitiva, el Tribunal Interamericano ante un caso como el presente, de alto voltaje económico, realiza una ponderación de los valores en juego, al ser consciente que supeditar la vigencia de los derechos patrimoniales adquiridos a "la necesidad de preservación de la vida misma de la Nación", conduce en el terreno de la realidad, al aniquilamiento de aquéllos.

### IV. Justiciabilidad del derecho de propiedad e irrevisibilidad de la política económica

Históricamente el derecho de propiedad ha sido fuente de encendidas disputas entre quienes lo han considerado un derecho esencial de la persona [\(20\)](#) y quienes se han opuesto a su incorporación en los catálogos de derechos humanos [\(21\)](#). No nos debe extrañar, entonces, que no se lo mencione en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni en el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales [\(22\)](#).

De todos modos, el derecho de propiedad ha quedado consagrado positivamente en tres instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, [\(23\)](#) que expresamente le reconocen valor e impiden su despojo arbitrario. Además, también se encuentra reforzado por otras normas internacionales que prevén -de forma específica- el derecho a la seguridad social, que proteja a las personas de las consecuencias de la vejez o enfermedad [\(24\)](#).

Queda claro que la violación del derecho individual de propiedad puede motivar el planteo de una demanda internacional tendiente a su restablecimiento. Ahora, ¿sucede lo mismo en el caso que tal daño se produzca por medio de una ley o decreto que afecte a un sinnúmero de personas?

La pregunta es particularmente relevante para nuestro país, no sólo por lo sucedido con el patológico 'corralito financiero', sino por la reincidencia -en el sentido técnico- con que nuestros gobernantes afectan el uso y goce de los bienes de las personas sujetas a su jurisdicción, al amparo de la doctrina de la emergencia.

En el caso que comentamos la restricción del derecho adquirido al goce de la pensión se había operado sobre un número reducido de cinco personas, pero nos preguntamos si los setenta mil jubilados argentinos no se hubieran conformado con la sentencia "Chocobar" de la Corte Suprema, y hubieran acudido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -como de hecho lo hicieron 47 de ellos, de lo cual nos ocuparemos luego- [\(25\)](#) ¿podría ésta haber dictado una recomendación "erga omnes" que obligue a nuestro máximo tribunal a reconsiderar aquel precedente o al Congreso modificar la legislación?

Consideramos que sí -con las salvedades que haremos luego- aún teniendo presente la única reserva realizada por el presidente Alfonsín al ratificar la Convención Americana, por la cual "El gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal cuestiones inherentes a la política económica del gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e 'interés social', ni lo que éstos entiendan por 'indemnización justa'".

Aún sin entrar en el espinoso tema de la incompatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados

de derechos humanos, (26) el derecho de propiedad no deja de ser un derecho individual de tutela supranacional por el hecho de avasallarse a gran escala. La única consecuencia que produce esta última situación es que pueda considerarse como un cuadro de práctica sistemática de violación de los derechos humanos, cuya ignorancia -como hecho notorio- no puede ser alegada por el Estado.

En conclusión, la vulneración del derecho de propiedad -aún de forma masiva- habilita el proceso transnacional, pudiendo la Comisión Interamericana acumular las denuncias similares que se presenten por causas conexas con el objeto, sujeto y tiempo, (27) pero cuidando -máxime en el caso de nuestro país- de hacer recomendaciones que se limiten a las medidas positivas de derecho interno (art. 2º, CADH), que no impliquen la exigencia de adopción de determinadas políticas económicas.

#### V. Las emergencias y sus límites supranacionales

La Convención Americana de Derechos Humanos, obligada a distinguir derechos suspendibles e insuspendibles, enumera unos derechos humanos más "fundamentales" que otros (art. 27.2), entre los que no se encuentra -lógicamente- el derecho de propiedad. Es decir, que éste no integra el denominado "núcleo duro de los derechos humanos" (28) y puede estar sujeto no sólo a las restricciones propias de la regulación legal (art. 30, CADH), (29) sino, incluso, temporalmente suspendido. Cómo, cuándo y cuánto constituyen, en consecuencia, conceptos modulares para evitar la derogación del derecho y los abusos de poder.

No es el lugar para desarrollar en profundidad el tema de las situaciones de emergencia, (30) por lo que sólo habremos de enunciar algunos de los recaudos que surgen de los arts. 27 del Pacto de Costa Rica y 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que resulten de mayor interés para la sentencia comentada, y de aplicación para el caso argentino actual (31).

Del análisis de las normas reseñadas, y de la doctrina jurisprudencial emanada de las mismas, podemos señalar -escuetamente- las siguientes exigencias internacionales, que constituyen condiciones "sine qua non" para que las emergencias encuadren en los compromisos asumidos:

1. Necesidad. No debe existir otra alternativa de acción en el caso concreto que el dictado de las medidas que suspenden tales derechos, lo que le otorga un carácter estrictamente subsidiario. Es decir, las medidas deben ser absolutamente imprescindibles para salvar la "vida de la Nación" (art. 4º, Pacto de Naciones Unidas) ante un peligro que amenace la "independencia o seguridad del Estado Parte" (art. 27.1, CADH).

2. Gravedad. Las causas de la declaración de emergencia deben ser de tal entidad que sólo hagan posible recurrir a estos remedios extraordinarios, ante el fracaso de los poderes que normalmente tiene el Estado para cumplir sus cometidos. La Comisión Interamericana ha criticado la práctica de varios países -entre ellos el nuestro- que han dictado estados de emergencia "sin que las circunstancias lo justifiquen, como un medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder público" (32).

3. Temporalidad. Sólo pueden prolongarse por el período requerido por la situación, por lo que resultan ilegítimas las medidas que se decreten por tiempo ilimitado o se mantengan habiendo desaparecido las causas que las motivaron.

4. Proporcionalidad. Estos remedios se adoptan sólo en cuanto lo requieran las circunstancias, lo que importa un criterio de razonabilidad entre los medios empleados y los fines perseguidos. La Corte ha considerado ilegales las medidas que "violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere recurrido en desviación o abuso de poder" (33).

5. Compatibilidad con las demás obligaciones internacionales. Se debe examinar todos los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado para determinar si las medidas de emergencia resultan violatorias de otras fuentes que la Convención Americana.

6. Prohibición de discriminación. Este es un "principio de ius cogens", (34) cuya violación acarrea la nulidad absoluta de la declaración de emergencia. Es decir, que no puede alegarse una situación de excepción para negar arbitrariamente a algunos los derechos fundamentales que se reconocen a todo ser humano por su condición de tal.

7. Legalidad. El estado de emergencia no suspende ni anula el Estado de Derecho, (35) por lo que las autoridades deben actuar de acuerdo a la legislación vigente. Recuértese que entre los derechos inderogables que menciona el art. 27.2 se encuentra el de legalidad (art. 9, CADH) (36). En palabras de la Corte Interamericana, la emergencia no implica que "comporte la suspensión temporal del estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse" (37).

De todo ello se colige una consecuencia fundamental, señalada por Fappiano: el principio de la

responsabilidad de los Estados ante la comunidad internacional cuando adopten medidas que suspendan los derechos humanos en contravención de lo estrictamente autorizado (38).

Esta es una nota distintiva que merece ser subrayada. El Congreso de la Nación podrá dictar la ley 24.463 de solidaridad previsional (Adla, LV-C, 2913), que declare formalmente el estado de emergencia de la seguridad social; de la misma forma que la Corte Suprema podrá decir, como en "Peralta", que la situación de "grave riesgo social" exige la "preservación de la vida misma de la Nación y del Estado"(39) o, como en "Chocobar", que "razones de interés colectivo que hacen al bienestar general" requieren limitar los derechos adquiridos (40). Pero tales afirmaciones, que de otra forma podrían resultar dogmáticas, dejan abierta la instancia revisora internacional, que se encuentra facultada a supervisar, con criterio restrictivo, el cumplimiento de los recaudos enunciados.

#### VI. El orden público, el bien común y otras peligrosas vaguedades

Ningún gobierno -por autoritario que sea- alegrará ante la comunidad internacional que ha suprimido ciertos derechos elementales de sus súbditos, como la vida o la integridad física, para hostigar o aniquilar a un grupo o raza de personas, o expulsar a quienes considere indeseables; de la misma forma que ningún presidente democrático reconocerá que ha postergado la celebración de elecciones para perpetuarse en el poder, o saqueado las propiedades de los ciudadanos para afrontar el gasto público deficitario, solventar la maquinaria partidaria o acrecentar su fortuna personal.

Para ello, la gramática presta un valioso auxilio, brindando maravillosas palabras, capaces de justificar las más grandes aberraciones en aras de nobles propósitos de la humanidad. Se acude así a lo que Carrió denominaba "el significado emotivo bajo el ropaje descriptivo", (41) con frases tales como "la participación solidaria en el logro de la tan ansiada recuperación económica"; "el sacrificio individual en aras del bienestar general"; "restricciones de la libertad ambulatoria por razones de orden público o mantenimiento de la paz social", etc.

El Pacto de Costa Rica previó la posibilidad de malversación por parte de los Estados de los conceptos jurídicos indeterminados que el mismo contiene, de manera que expresamente aclaró en su art. 29 que: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en medida mayor que la prevista en ella."

Pero el comportamiento político lejos ha estado de complacer tan altos cometidos. Ello ha exigido un constante batallar de los órganos convencionales para evitar el naufragio de los derechos humanos en el diccionario de la retórica.

Estas razones llevaron a la Corte Interamericana a interpretar el alcance de algunos conceptos consagrados en la Convención Americana tales como el "bien común" (art. 32.2), "interés social" (art. 21), "interés general" (art. 30), "seguridad nacional" y "moral y orden públicos" (arts. 12.2, 16.2 y 22.3), en el sentido que "de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real"(42).

#### VII. Haberes jubilatorios: ¿derechos adquiridos o progresivos?

Existe una tendencia que considera que todos los derechos humanos enumerados en las constituciones nacionales y declaraciones y convenciones internacionales son operativos por el hecho de encontrarse plasmados en dichos instrumentos, y cuya vigencia puede exigirse ante cualquier juez, frente al incumplimiento del Estado de proveerlos "ipso iure" a todos por igual (43).

Del otro extremo del abanico ideológico algunos afirman -ante derechos tan irrealizables como el "desarrollo duradero", "a disfrutar del progreso científico"(44), "a los beneficios de la cultura y a participar en la vida artística de la comunidad"- (45) el carácter programático de todos ellos, los que serían inexigibles mientras no sean reglamentados por las leyes, tesis que ha sido desechada por la Corte Suprema una década atrás (46).

Dice con toda razón Gordillo que "nadie duda que es políticamente hermoso, hasta poéticamente atractivo, sostener que todo el mundo tiene derecho a tener satisfechas todas sus necesidades básicas en cualquier campo, ya sea respecto a la salud, vivienda, educación, cultura, progreso. Pero en esa fraseología se olvidan que han hecho un cambio de paso, y ya no están hablando de derecho como si fueran abogados o juristas [...] Es como si tal vez pensarán que la palabra puede usarse también para describir aspiraciones o pretensiones que no son susceptibles de ser llevadas con éxito ante un tribunal de justicia en parte alguna del mundo"(47).

No significa ello que ignoremos la interdependencia que existe entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Es claro que derechos como el de asociación o a la salud se encuentran en ambos tipos de generaciones de derechos, no siendo útil la diferenciación entre obligaciones negativas (de



abstención) y positivas (de hacer) para distinguir todos los supuestos, lo que ha llevado a algunos especialistas a afirmar que se trata de una falsa dicotomía (48).

Pero llamar derechos a las metas, no sólo puede ser frustrante para estas últimas, sino también, y lo que es peor, puede ser contraproducente para los derechos exigibles. El ejemplo paradigmático es el de los haberes jubilatorios, tratado en este caso.

La Corte Suprema argentina sostuvo en "Chocobar" que las jubilaciones son derechos de la seguridad social y, como tales, típicos derechos económicos, sociales y culturales, que sólo generan una obligación de medios y no de resultados para el Estado. Por ello, luego de transcribir los arts. 22 de la Declaración Universal y 26 de la Convención Americana, concluyó que "de allí se desprende que la atención a los 'recursos disponibles' del sistema pueda constituir una directriz adecuada a los fines de determinar el contenido económico de la movilidad jubilatoria, en el momento de juzgar sobre el reajuste de las prestaciones o su satisfacción" (49).

La Corte Interamericana ha puesto las cosas en su quicio. El art. 26 no es aplicable a los derechos adquiridos. Una cosa es que el Estado empeñe todos sus esfuerzos para que todos tengan acceso gratuito a Internet y a los progresos tecnológicos, y otra muy distinta es que retenga aportes todos los meses durante treinta o cuarenta años y que, llegado el momento de 'reintegrarlos', sostenga que sólo lo hace hasta donde le alcanza con lo que tiene.

Aunque se lo trate de justificar por la crisis previsional, la emergencia de la economía nacional o la recesión global, si la merma de la propiedad no es indemnizada -en tiempo razonable que se adecue a la edad de los jubilados- (50) se convierte en una confiscación de bienes, agravada por el estado de vulnerabilidad de los afectados, quienes -en muchos casos- no vivirán lo suficiente para disfrutar una restitución plena de sus derechos (51).

La Corte de San José remarcó el distingo entre derecho de propiedad (art. 21, CADH) y derechos progresivos (art. 26, CADH), para lo cual acudió a las normas de interpretación que brinda la propia Convención en su art. 29.b), en el sentido de que ninguna disposición de ésta puede ser interpretada para "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes".

Por estas razones, el Tribunal Interamericano concluyó que el derecho a recibir una pensión de cesantía nivelada es un derecho adquirido, o sea, un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas.

No significa ello, que sean derechos absolutos, puesto que los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social, con pago de justa indemnización (art. 21, CADH), mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos (art. 5°, Protocolo de San Salvador). Pero, a su vez, deben cumplir con otros dos recaudos adicionales: realizar un procedimiento administrativo con pleno respeto a las garantías adecuadas (art. 8°, CADH), y respetar, en todo caso, por sobre las decisiones de la administración, las determinaciones que adopten los tribunales de justicia (art. 25, CADH).

La Corte además, respondió al planteo de las víctimas y de la Comisión respecto de la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales, rechazando su justiciabilidad en el caso concreto. En ese sentido sostuvo que "el desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente".

No resultan esclarecedoras las palabras de la Corte, no pudiéndose distinguir en qué casos se puede ocurrir a un tribunal de justicia a exigir el cumplimiento de los llamados DESC, y en qué casos no. En concreto, cuándo se los reconoce como derechos y cuándo sólo como ilusiones. Sería conveniente que la Comisión Interamericana solicite a la Corte una opinión consultiva al respecto, (52) que delimite las obligaciones asumidas por los Estados de acuerdo al art. 26 de la Convención, en relación a temas específicos como alimentación (53), vivienda (54) o educación (55).

De todas maneras resulta claro que privar a una persona del derecho patrimonial adquirido al goce de una pensión, podrá o no afectar derechos económicos, sociales y culturales, pero sin duda lesiona el derecho individual de propiedad, consagrado en el art. 21 del Pacto de San José. Se tengan o no recursos para satisfacer las obligaciones contraídas. El deudor no deja de ser deudor por el hecho de estar en mora o en estado de cesación de pagos.

#### VIII. Denuncias contra Argentina ante la Comisión Interamericana y el Comité de Naciones Unidas

Desde el 5 de septiembre de 1984 la historia constitucional argentina puede dividirse en dos etapas. Una, que se inicia desde los albores de nuestra organización nacional, caracterizada por el principio de autodeterminación del pueblo y la soberanía indeclinable de nuestros poderes. Otra, que desde aquel día, (56) al ratificar la Convención Americana y reconocer competencia a la Corte Interamericana, inserta a nuestro Estado en el marco de la comunidad internacional, bajo el compromiso pétreo de respetar la democracia y los derechos humanos (57).

Hasta aquella fecha, las sentencias de la Corte Suprema nacional ponían fin definitivo a los pleitos, por acertadas o erradas que fueren. A partir de entonces, un proceso gradual de erosión de poder decisonal ha venido sufriendo el máximo tribunal de justicia de la Nación, cuyo cauce natural fluye hacia la obligatoriedad de los criterios jurisprudenciales seguidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (58).

Fuera del caso de la Corte de San José que, como órgano jurisdiccional de la Convención Americana, dicta sentencias inapelables (art. 67), de obligatorio acatamiento para los Estados "en todo caso en que sean partes" (art. 68), con valor de cosa juzgada, nuestro país ha reconocido competencia a otros organismos internacionales -no jurisdiccionales- (59) de promoción y protección de los derechos humanos.

Tiempo antes que la Corte Suprema emitiera la sentencia "Chocobar", algunos de los jubilados, cansados de esperar cinco o seis años para que el tribunal se expidiera, llevaron sus denuncias a Ginebra y a Washington, en la convicción que se encontraban ante un retardo injustificado en la administración de justicia que habilitaba la instancia internacional (60).

Algunos de ellos plantearon sus quejas al Comité de Naciones Unidas, por cuyo conducto se analizan las medidas y progresos realizados por los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (61). En sus observaciones finales sobre Argentina el Comité manifestó que "nota con preocupación la extensión de la privatización del programa de pensiones. En particular, el artículo 16 de la ley 24.463 que permite al gobierno reducir y eventualmente no pagar pensiones invocando apremios económicos". También recomendó al Estado "asegurar que su sistema de seguridad social garantice a los trabajadores una pensión mínima adecuada, que no debiera ser unilateralmente reducida ni diferida, especialmente en tiempos de apremios económicos" y, consecuentemente, "que derogue el artículo 16 de la ley 24.463, del 31 de marzo de 1995 de modo de garantizar el pago completo de todas las pensiones" (62).

Pero, como todo procedimiento político, el mismo quedó agotado con las recomendaciones formuladas por el Comité, y con la promesa de buena voluntad por parte del Estado argentino, comprometido a hacer sus mejores esfuerzos para no repetir en el futuro las mismas falencias. Es decir, nada (63).

Ente 1995 y 1996, 47 jubilados incoaron denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual acumuló 17 de ellas en una sola causa, (64) y en los 30 casos restantes, decidió desincorporarlas "con el objeto de solicitar a las partes mayor información y tomar una determinación sobre las mismas en un momento posterior, por carecer de información suficiente" (65).

En el 2001 la Comisión de la OEA trató el tema de la admisibilidad de las denuncias presentadas, en base al cumplimiento de los requisitos formales para acceder al sistema, entendiendo que se encontraban reunidos todos ellos, sin que su tratamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU importare una reproducción de esa petición por parte de otro organismo internacional (art. 47 letra d), CADH), por no tratar éste casos en particular, sino realizar un análisis general de la situación (66).

El Estado argentino adujo que las medidas reguladas son de orden público por haber sido instituidos y reconocidos por imperio de la necesidad y la conveniencia pública, y que nadie tiene derechos adquiridos contra el orden público. Recordó, además, la reserva al artículo 21 de la Convención hecha al ratificar la misma y afirmó que dentro de los límites establecidos objetivamente por la recuperación económica, el Estado promovió las medidas para lograr la efectividad de los derechos humanos, a tenor del artículo 26 de la CADH.

Alegó que no se encontraba afectado el derecho de propiedad y que "la garantía en materia de seguridad social es programática y carece de significación regulativa. La movilidad porcentual automática no es de origen constitucional y debe tener presente el estado financiero del sistema previsional, lo cual corresponde evaluar al legislador. Se trata de armonizar un conflicto de intereses entre la mayoría de los jubilados que no litiga (90%) con la minoría disconforme (10%) y se ha privilegiado la seguridad de todo el plexo debido al carácter irrenunciable e irrecusable de estos derechos que convergen sobre el mismo patrimonio. [...] El Estado no discute la situación de estrechez que atraviesan los jubilados en la franja mínima de ingresos previsionales, pero esto no es obra del Gobierno sino fruto de la iniquidad del sistema sostenido por ideologías corporativistas que trata de superar para lo cual requiere tiempo, recursos y un cambio cultural profundo" (67).

Como notará cualquier lector atento, los argumentos vertidos por el Estado argentino en esta causa ante la

Comisión, son los mismos que esgrimió Perú y que fueron rechazados por la Corte Interamericana en el caso que comentamos, al juzgar que, en rigor, se trata de derechos adquiridos, cuya violación importa el avasallamiento del derecho de propiedad (art. 21, CADH), y nada tiene que ver con ello el carácter programático de ciertos derechos económicos, sociales y culturales. A nuestro país sólo le queda, entonces, el camino del avenimiento, del reconocimiento de responsabilidad o esperar otra segura condena internacional, con sus desfavorables secuelas.

#### IX. Conclusiones

Como se podrá observar, ni en Perú, ni en la Argentina, existe conciencia sobre el carácter dominical de las jubilaciones y pensiones, las que quedan al arbitrio de la buena o mala administración de los sucesivos gobiernos hasta el momento en que se hacen efectivas. Ello ignora que hasta el mismo vocablo previsional alude a la seguridad que debe gozar quien realiza los aportes -máxime al ser compulsivos- quien debe tener la certidumbre sobre el destino que se le dará a los fondos, que le permita prever el mantenimiento de su calidad de vida cuando llegue al ocaso de su actividad laboral.

En nuestro país, los haberes jubilatorios no guardan relación con lo aportado durante la vida útil, sino con los avatares sufridos por la economía al momento de ser percibidos, existiendo -y esto es el colmo- una excepción procesal prevista por el art. 16 de la ley 24.463 (Adla, LV-C, 2913) por la cual "la Administración Nacional de Seguridad Social podrá articular en su defensa la limitación de recursos en el Régimen de Reparto para atender el mayor gasto que se derivaría del acogimiento de las pretensiones del actor y su eventual extensión a los casos análogos"<sup>(68)</sup>.

Durante el 2001, se echó mano nuevamente a la reducción de jubilaciones y pensiones, además de las remuneraciones del sector público activo, como medio de lograr el equilibrio fiscal o "déficit 0". El razonamiento era sencillo y en apariencia justo: si lo disponible no alcanzaba para todos, la merma debía ser soportada equitativa y solidariamente por todos.

Una Corte hostil -por oposición a la Corte adicta- <sup>(69)</sup> afirmó en "Tobar"<sup>(70)</sup> que "la devaluación operada a partir del presente año, el acelerado envilecimiento de los sueldos, jubilaciones y pensiones explican y justifican el apartamiento que el tribunal consagró "in re": "Guida"<sup>(71)</sup>. El cambio de circunstancias generaba la inconstitucionalidad sobreviniente <sup>(72)</sup>.

Como el caso "Tobar" no descalificó sus precedentes "Chocobar" ni "Guida", sino sólo se limitó a juzgar inaceptables los márgenes de discreción otorgados al poder administrador y la falta de límite temporal para su ejercicio, la Corte no tuvo inconveniente, hace dos meses, de volver a su doctrina original -en realidad nunca se apartó de ella- y reafirmar en "Müller" que resultaba válido el nuevo recorte salarial si "dicha medida, de carácter excepcional y no confiscatorio, con efectos generales y vigencia para el futuro en forma transitoria, no altera el derecho a la remuneración de los empleados públicos, máxime si se tiene en cuenta que tales remuneraciones no sufrieron el envilecimiento de la moneda operado a partir del año 2002"<sup>(73)</sup>.

El carácter oscilante de la jurisprudencia de la Corte argentina sobre reducción de jubilaciones y remuneraciones, ajetreada por los vientos políticos domésticos y mayorías zigzagueantes en la conformación de sus votos, enaltece aún más esta clara, sobria y contundente decisión de la Corte Interamericana: la reducción abrupta de jubilaciones, sin debido procedimiento administrativo previo y sin ley formal que declare la utilidad pública o interés social e indemnice justamente, viola el art. 21 de la Convención Americana, haya o no envilecimiento de la moneda o cualquier otro nuevo recaudo que vislumbre el derecho judicial local.

Podemos extraer, como lección de este caso, que nunca más se podrá alegar la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, plasmada en el art. 26 de la Convención de San José, como medio para negar el derecho adquirido al goce de determinada jubilación o pensión.

Recordemos que la Corte Suprema ha afirmado, en reiteradas ocasiones, que los tratados internacionales sobre derechos humanos que menciona el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución nacional, han sido ratificados en las "condiciones de su vigencia", esto es, tal como efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales competentes para su interpretación y aplicación, la que debe servir de "guía" para la interpretación de los preceptos convencionales <sup>(74)</sup>.

De ello se concluye que la Corte nacional no podrá volver a apoyarse en la muletilla del art. 26 del Pacto de Costa Rica para desconocer derechos patrimoniales adquiridos, precisamente, porque el máximo órgano competente para su interpretación y aplicación ha dicho lo contrario.

Una nueva etapa se abre en el derecho previsional argentino.



Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

- (1) Ha dicho la Corte Interamericana que "al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción." Corte I.D.H., "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, Serie A: N° 2, párr. 29. Las sentencias y opiniones consultivas pueden leerse en: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)
- (2) Alega con toda razón Tribe que una Corte que alguna vez declaró que los esclavos no eran personas, que los negros deben estar separados aunque sean iguales a los blancos, y que el embarazo no tiene relación causal con el sexo, difícilmente pueda calificarse tanto de final como de infalible. TRIBE, Laurence, "American Constitutional Law", Volume I, New York, Foundation Press, 2000, Third Edition, p. XV.
- (3) Aun cuando formalmente se diga que "la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede señalar las violaciones de los derechos consagrados en la Convención" -Corte I.D.H., "Genie Lacayo c. Nicaragua", sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C: N° 30, párr. 94- la realidad enseña que la materia de los derechos humanos y de los derechos constitucionales se superpone en numerosos aspectos, los que -por ende- resultan revisables por aquélla.
- (4) C.I.D.H., res. 29/88, caso "Clifton Wright" (Jamaica), 14 de septiembre de 1988, Informe Anual de 1887-1988, p. 166; Informe N° 74/90, caso "López Aurelli" del 4 de abril de 1990, Informe Anual de 1990-91; res. 15/89, 14 de abril de 1989, caso 10.208 (República Dominicana), Informe Anual de 1988-1989, p. 122; Informe N° 39/96, caso N° 11.673 (Argentina), del 15 de octubre de 1996, párr. 49; Informe N° 46/96, caso 11.206 (Honduras), del 17 de octubre de 1996, párr. 32; Informe N° 8/98, caso 11.671, "Marzióni, Santiago" (Argentina), del 2 de marzo de 1998, párr. 53-54; Informe N° 9/98, caso 11.573 (México), del 3 de marzo de 1998, párr. 33. Pueden consultarse en: [www.cidh.org](http://www.cidh.org)
- (5) C.I.D.H., Informe 48/98, caso 11.403 (Colombia), párr. 41.
- (6) C.S.J.N., "Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", del 27 de diciembre de 1996, Fallos 319:3241 (La Ley, 1997-B, 247).
- (7) De allí deriva la exigencia del agotamiento de los recursos internos (arts. 46 letra a) CADH; 2° y 5° del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que pretende evitar que se sometan a la jurisdicción internacional reclamaciones que podrían resolverse a nivel local.
- (8) Artículos. 49 de la CADH y 41 del Reglamento de la Comisión, modificado por resolución del 25 de octubre de 2002.
- (9) Artículo 53 del Reglamento de la Corte Interamericana, aprobado por resolución del 25 de noviembre de 2000.
- (10) En todos los casos -salvo en uno- en que Argentina fue llevada ante la Corte Interamericana, optó por reconocer su responsabilidad, de manera de evitar las repercusiones internacionales de una sentencia condenatoria. Así sucedió en "Maqueda", Corte I.D.H., del 17 de enero de 1995 (La Ley, 1997-E, 516, con nota de Alicia Curiel, DJ, 1997-3-373), Serie C: N° 18; en "Garrido y Baigorria", Corte I.D.H., sentencia del 2 de febrero de 1996, Serie C: No. 26, y; en este año, en "Bulacio". La única excepción constituye el caso "Cantos", Serie C: N° 97, del 28 de noviembre de 2002, publicado en Sup. Adm., 2003 (abril), p. 2, con nota de González Campaña, Germán, SJDA, del 4 de abril de 2003, p. 1, con nuestra nota: "Juicio internacional a la justicia argentina (tasas, honorarios, costas y plazos en la mira de la Corte Interamericana)".
- (11) Inversamente, la Corte ha sostenido que se negaría a responder a solicitudes de opiniones formuladas por los Estados en situaciones donde, por existir una controversia sobre el punto, constituyesen un caso contencioso encubierto -Corte I.D.H., "Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte", Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de diciembre de 1982, Serie A: N° 1, párr. 31; "Restricciones a la pena de muerte", OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, Serie A: N° 3, párr. 40- lo que finalmente hizo con Costa Rica en "Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", OC-12/91, del 6 de diciembre de 1991, Serie A: N° 12, párr. 28.
- (12) La Corte ha decidido que no puede entender en abstracto una cuestión, sino ante un caso concreto puesto a su conocimiento, con cumplimiento de los presupuestos procesales requeridos. Corte I.D.H., "Asunto Viviana Gallardo y otras (Costa Rica)", resolución del 22 de julio de 1981, Serie A: N° G 101/81, párrs. 27/28. Distinto es el caso de sanción de leyes de aplicación inmediata, donde "la violación de los derechos humanos, individual o colectivamente, se produce por el sólo hecho de su expedición", aun cuando no haya sido aplicada a un caso concreto. Corte I.D.H., "Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención", Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, Serie A: N° 14, párrs. 42/43.
- (13) Tema que difícilmente hubiera concitado la atención de un tribunal internacional de derechos humanos.
- (14) Incluso, forzó a la Corte a decidir que el Defensor del Pueblo no puede interponer un pedido de pronto

despacho a favor de los afectados por la demora en las causas de actualización de haberes jubilatorios en resguardo de los derechos de incidencia colectiva, tal como lo autoriza el art. 43 de la Constitución nacional, por imperio del art. 16 de la ley 24.284. C.S.J.N., "in re": "Frías Molina, Nélica N. c. Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y de los Servicios Públicos", del 12 de septiembre de 1996, Fallos 319:1828, La Ley, 1997-A, 67, con nota de Quiroga Lavié, Humberto.

(15) GORDILLO, Agustín, "Introducción al Derecho", cap. V, p. 25, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, disponible en inglés y español en: [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

(16) Corte I.D.H., "caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros c. Perú)", del 14 de marzo de 2001, Serie C: N° 75 -La Ley, 2001-D, 558-.

(17) Corte I.D.H., "caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revorero Marsano c. Perú)", sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C: N° 71 (La Ley, 2001-C, 879).

(18) Corte I.D.H., "Baena Ricardo y otros (270 trabajadores c. Panamá)", del 2 de febrero de 2001, Serie C: N° 72 (La Ley, 2001-D, 573).

(19) Ha dicho expresamente que "no puede la Corte hacer abstracción de los abusos que puede dar lugar, y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 [de la Convención Americana]." Corte I.D.H., "El hábeas corpus bajo suspensión de garantías", Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, Serie A: N° 8, párr. 20.

(20) Postura liberal consagrada en el art. 1° de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 1776 -fuente principal de la Constitución de los Estados Unidos, de 1787- y en el art. 2° de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución Francesa de 1789, que enunciaba como "derechos naturales e imprescriptibles del hombre", la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

(21) Si bien ningún país se opuso a la adopción de la Declaración Universal, ésta contó con la abstención de varios países del bloque socialista que rechazaban su consagración, por considerar que importaba una forma de imposición del modelo capitalista por parte de los países occidentales. Ampliar en: BALADO, Manuel y GARCÍA REGUEIRO, Antonio (directores), "La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario", Barcelona, Bosch, 1998, p. 59. Puede verse una síntesis de la discusión del proyecto de DUDH en la Asamblea General de Naciones Unidas en: RABOSI, Eduardo, "La Carta Internacional de Derechos Humanos", Buenos Aires, EUDEBA, 1987, p. 43.

(22) Ni siquiera en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (Roma, 1950), lo que motivó la adopción del primer Protocolo Adicional (París, 1952), que reconoce el derecho de toda persona física o moral al respeto de sus bienes (art. 1°) y autoriza a los Estados a reglamentar su uso de acuerdo con el interés general (art. 2°).

(23) Artículos 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XXII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y; 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos de jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75 inc. 22, CN).

(24) Artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y; 9 del Protocolo de San Salvador, aprobado por ley 24.568, aún no ratificado por nuestro país.

(25) C.I.D.H., Informe 3/01, caso N° 11.670, "Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros (Sistema Previsional)" -Argentina- declarado admisible el 19 de enero de 2001, en el que aún no se ha dictado informe de fondo.

(26) Artículo 19 letra c) de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, aplicable por remisión directa del art. 75 de la CADH. Corte I.D.H., "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, Serie A: N° 2, párr. 22. La Corte ha establecido que "toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de los derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta," Corte I.D.H., "Restricciones a la pena de muerte", Opinión Consultiva OC-3/83, del 8 de setiembre de 1983, Serie A: N° 3, párr. 61. Ampliar en: BUERGENTHAL, Thomas, "International Human Rights", p. 221, Nutshell Series, Second Edition, West Group, Saint Paul, Minn., 1995.

(27) El art. 29 letra d) del Reglamento de la C.I.D.H. Lo mismo se hizo con los casos de desaparición forzada de personas, donde la cantidad y gravedad de las denuncias constatadas en las visitas in loco realizadas por la Comisión a Chile en 1974 y a Argentina en 1979, reveló "prima facie" una violación sistemática de los derechos humanos. Véase: CARRIÓ, Genaro R., "El Sistema Americano de Derechos Humanos", Buenos Aires, EUDEBA, 1987, p. 19.

(28) CARRILLO SALCEDO, Juan, "Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho

Internacional Contemporáneo", p. 64 y sigtes., Madrid, Técnos, 1995.

(29) Lo que no puede hacerse, ha dicho la Corte, es acumular las restricciones previstas para cada uno de los derechos en sus respectivos artículos a la restricción general del art. 30, ya que éste lo que hace es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas. Corte I.D.H., "La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, Serie A: N° 6, párr. 17.

(30) Un desarrollo exhaustivo puede encontrarse en: ZOVATTO, Daniel, "Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina", San José / Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Editorial Jurídica Venezolana, 1990. También en: FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales", San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, 2ª ed., ps. 88-124.

(31) Sobre el tema: TRAVIESO, Juan A., "Emergencia y derechos humanos", ED, 108:855; vinculado al "corralito bancario": SLAIBE, María E., "Los derechos humanos y las leyes de emergencia", LL, 7 de marzo de 2002 (La Ley, 2002-B, 923) y; desde una visión más general: LORENZETTI, Ricardo L., "Nunca más: emergencia económica y derechos humanos", LL, 2003-A, 1027 (La Ley, 2002/12/30, p. 1, DJ, 2003-1-499).

(32) C.I.D.H., Informe Anual 1980-1981, citado por GROSSMAN, Claudio, "El régimen hemisférico sobre situaciones de emergencia", en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAIZA, Rafael (compiladores), "Estudios Básicos de Derechos Humanos I", San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, p. 160.

(33) Corte I.D.H., "El hábeas corpus bajo suspensión de garantías", Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, Serie A: N° 8, párrs. 38/39.

(34) Es decir, una norma imperativa de derecho internacional que no admite acuerdo en contrario, en los términos del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (Adla, XXXII-D, 6412).

(35) GORDILLO, Agustín, "El estado de derecho en estado de emergencia", La Ley, 2001-F, 1050.

(36) Ha dicho la Corte Interamericana que "en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias". Corte I.D.H., "Baena Ricardo y otros (270 trabajadores c. Panamá)", del 2 de febrero de 2001, Serie C: No. 72, párr. 107.

(37) Corte I.D.H., "La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, Serie A: N° 6, párr. 32.

(38) FAPPIANO, Oscar L., "El derecho de los derechos humanos", Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 124.

(39) C.S.J.N., "Peralta, Luis A., y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)", del 27 de diciembre de 1990, Fallos, 313:1513 (La Ley, 1991-C, 158) cons. 24 y 26 (LLC, 1991-666, DJ, 1991-2-219, ED, 141-523).

(40) C.S.J.N., "Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", del 27 de diciembre de 1996, Fallos 319:3241 (LL, 1997-B, 247), cons. 39, con cita de Fallos 278:232 (DJ, 1997-1-751).

(41) Cfr. CARRIÓ, Genaro, "Notas sobre derecho y lenguaje", 4ª edición, p. 24, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994. Una visión crítica de la gramática empleada en las declaraciones y convenciones de derechos humanos en: PECES-BARBA, Gregorio, "Derecho y Derechos Fundamentales", p. 193, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

(42) Corte I.D.H., "La colegiación obligatoria de periodistas", Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, párrs. 66 y 67; "La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-6/86, Serie A: N° 6, párrs. 29-31. Véase: BIDART CAMPOS, Germán J. y PIZZOLO, Calogero (h.) (coord.), "Derechos Humanos. Corte Interamericana. Opiniones Consultivas. Textos completos y comentarios", Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, p. 421.

(43) ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (compiladores), "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 1997, p. 283; CELS, en "Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable", San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 31.

(44) Artículos 10 y 11 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993.

(45) Artículo 14 del Protocolo de San Salvador (Adla, LVI-C, 3369).

(46) C.S.J.N., "Ekmejdjian, Miguel ángel c. Sofovich, Gerardo", del 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492 (LL, 1992-C, 543), (DJ, 1992-2-296, DJ, 1996-1-770) cons. 21 y 22, donde cita lo expresado por la Corte Interamericana: "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" Corte I.D.H., "La Exigibilidad del derecho de rectificación o

respuesta", OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A: N° 7, párr. 24.

(47) GORDILLO, Agustín, "Derechos Humanos", 4ª edición, cap. VIII, p. 33, Buenos Aires, FDA, 1999.

(48) Un examen profundo en: ABRAMOVICH, Víctor, "Los derechos económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en GONZÁLEZ VOLIO, Lorena (editora), "Presente y futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor de Fernando Volio Jiménez", San José, IIDH, 1998, p. 137; CANCADO TRINDADE, Antonio A., "A justiciabilidade dos direitos economicos, sociais e culturais no plano internacional", en GONZÁLEZ VOLIO, Lorena (editora), "Presente y futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor de Fernando Volio Jiménez", op. cit., p. 171; STEINER, Henry y ALSTON, Philip, "International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals", 2ª ed., p. 576, Oxford, Oxford University Press, 2000.

(49) C.S.J.N., "Chocobar, Sixto C. c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", del 27 de diciembre de 1996, Fallos 319:3241 (La Ley, 1997-B, 247), cons. 11.

(50) C.S.J.N., "Iachemet, María Luisa c. Armada Argentina s/ pensión" del 29 de abril de 1993, Fallos, 316:779 (La Ley, 1993-D, 118, con nota de Marcelo G. Carattini, DT, 1993-A, 820, IMP, 1993-B, 2231, reseña), donde correctamente entendió que el pago de la deuda previsional con Bonos de Consolidación emitidos a diez años de plazo a una anciana de 92 años no importaba una suspensión temporal del derecho sino la frustración del mismo.

(51) La Corte Interamericana ha manifestado desde sus primeros tiempos que la reparación satisface las exigencias de la justicia cuando consiste en una "plena atención de los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de 'restitutio in integrum'" Corte I.D.H., caso "Loayza Tamayo c. Perú", sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C: N° 42, párr. 151. Con anterioridad en "Aloeboetoe y otros c. Suriname", sentencia de reparaciones, del 10 de septiembre de 1993, Serie C: N° 15, párr. 49, entre otros.

(52) En su última Opinión Consultiva, sobre "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", la Corte sostuvo que "El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño -Adla, LVIII-E, 5050-), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles," OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, Serie A: N° 17, párr. 81.

(53) Casos como el del juez que ordenó a un supermercado proveer los alimentos necesarios a unos menores y a su grupo familiar, con posibilidad de descontarlos de los impuestos en caso que el Estado no reintegre su equivalente en dinero -Juzgado de Menores N° 2 de Paraná, "Defensor del Superior Tribunal de Justicia c. Estado Provincial", 2002/06/28, publicado en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, del 23/08/2002, con notas de Bidart Campos, Germán J. y Ciuro Caldani, Miguel A.- generan el interrogante sobre su multiplicación sin modificación de la realidad económica y sobre la falta de medidas positivas gubernamentales para luchar contra la desnutrición infantil y la pobreza extrema, que no se agoten en paliativos electoralistas ni en asistencialismo demagógico. Recientemente la Corte Suprema en: "Ramos, Marta R. y otros c. Provincia de Buenos Aires", 2002/03/12, publicado en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional del 2003/02/24, p. 49 (ED, 2003/02/10, p. 5, IMP, 2002-B, 2582, DJ, 2003-1-664), rechazó una acción de amparo presentada por una madre de ocho hijos en grado extremo de pobreza, al entender que "el reclamo de suministro de una concreta, efectiva, continua y mensual cuota alimentaria, que sea suficiente para cubrir la totalidad de las necesidades básicas del grupo familiar, importa transferir a las autoridades públicas el cumplimiento de una obligación que tiene su origen en las relaciones parentales (arts. 367 y sigtes., Cód. Civil)." La cita de la legislación civil como negatoria de obligaciones internacionales de jerarquía constitucional, resulta irritante a esta altura de la evolución jurídica.

(54) Lo mismo puede decirse respecto de la obligación del Estado de permitir el acceso a la vivienda digna, que se ha entendido que genera la imposibilidad de poner fin a programas de emergencia habitacional, "in re": "Sandez, Claudia c. Ciudad de Buenos Aires", CContenciosoadministrativa y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 2002/06/26, publicado en (La Ley, 1983-D, 659 J. agrup.), SJDA, del 12 de mayo de 2003, p. 50.

(55) La Corte nacional acudió a los arts. 26 de la CADH y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para autorizar la injerencia del Congreso en la autonomía universitaria. C.S.J.N., "Monges, Analía M. c. UBA", del 26 de diciembre de 1996, Fallos 319:3148 (La Ley, 1997-C, 150), cons. 16-23. Más allá de lo acertado o no de la decisión, notamos una constante omisión de referencia al art. 29.b) de la CADH en todas las causas que se utiliza una norma internacional para restringir derechos reconocidos en la Constitución o leyes nacionales.

(56) No podemos olvidarnos del 27 de enero de 1980, cuando entró en vigor en nuestro país la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo el 5



de diciembre de 1972, que, "inter alia", prohíbe a los Estados alegar su derecho interno como causa de incumplimiento de sus obligaciones internacionales (arts. 27), del que hizo gala la Corte Suprema en el célebre caso "Fibrica Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", 1993/07/07, Fallos: 316:1669, donde expresamente consignó en su cons. 3º que "la necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado Argentino -una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales- asignar primacía a los tratados ante una eventual conflicto con cualquier norma interna contraria". Reiterado en los cons. 8 y 9 de "Cafés La Virginia S.A.", 1994/10/13, Fallos 317:1282, La Ley, 1995-D, 277, con comentario de GORDILLO, Agustín, "La creciente internacionalización del derecho y sus efectos", en "Cien notas de Agustín", p. 31, Buenos Aires, FDA, 1999. Véase en especial: BARBERIS, Julio, "La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina", p. 192, Prudentia Iuris, XVII-XVIII, dic. 1985-abril 1986y; DE LA GUARDIA, Ernesto, "Derecho de los tratados internacionales", Buenos Aires, Ábaco, 1997.

(57) Ante el intento del gobierno de Fujimori de retirar los casos en que Perú era demandada, pero sin denunciar la Convención Americana, la Corte categóricamente afirmó que "la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el art. 62.1 de la Convención." Corte I.D.H., caso "Ivcher Bronstein c. Perú" y competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C: N° 54, párr. 36, y "caso del Tribunal Constitucional del Perú", sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C: N° 55, párr. 35.

(58) Muestra de ello es que en 1992 la Corte le reconoció a Ekmekdjian frente a Sofovich lo que le había negado en 1988 ante Neustadt (La Ley, 1989-C, 18), cuando en realidad la Opinión Consultiva vinculante de la Corte Interamericana "La Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta", OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A: N° 7- era previa a ambos casos. Lo que había cambiado era la gravitación de aquella en la consciencia jurídica nacional.

(59) Si bien no consideramos que la Comisión Interamericana sea un mero órgano de carácter administrativo, que cumpla una función de policía administrativa en materia de protección de los derechos humanos, como ha afirmado LAVIÑA, Félix, "Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos", p. 108, Buenos Aires, Depalma, 1987- y más allá que la Corte la haya calificado como "un auxiliar de la justicia, a manera de un ministerio público del Sistema Interamericano". Corte I.D.H., "Asunto Viviana Gallardo y otras (Costa Rica)", resolución del 22 de julio de 1981, Serie A: N° G 101/81, párr. 22- creemos que sin dudas realiza una función cuasi-judicial, en la aplicación del derecho internacional y la resolución de conflictos legales. Véase: PADILLA, David J., "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos" en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAIZA, Rafael (compiladores), "Estudios Básicos de Derechos Humanos I", op. cit., p. 227.

(60) El art. 46.2 letra c) de la CADH autoriza formular denuncia ante la Comisión Interamericana, pese a la falta de agotamiento de los recursos de jurisdicción interna, cuando haya retardo injustificado en la decisión de éstos. Aspectos desarrollados en Corte I.D.H., "Excepciones al agotamiento de los recursos internos", Opinión consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990, Serie A: N° 11. Lo mismo hace el art. 5.2.b) del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos respecto del Comité de Derechos Humanos creado por el art. 28 de ese tratado (Adla, XLVI-B, 1107; XLIV-B, 1250).

(61) Si bien el art. 16.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales encomienda el estudio de los informes presentados por los Estados Partes al Consejo Económico y Social (ECOSOC), éste creó, por resolución del 17 de mayo de 1985, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como órgano permanente para esos fines, comenzando a funcionar en 1987. Ampliar en: NEWMAN, Frank y WEISSBRODT, David, "International Human Rights: Law, Policy and Process", p. 375, Cincinnati, Anderson Publishing Co., 1990.

(62) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, "Summary record of the first part of the 36 meeting: Argentina 25/11/99", E/C.12/1999/SR.36, par. 18. Puede consultarse en: [www.un.org/esa](http://www.un.org/esa)

(63) La precariedad del sistema ha llevado al Comité a preparar un Proyecto de Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que permita la realización de denuncias individuales sobre violaciones del convenio e instituya un mecanismo efectivo de protección internacional. Commission On Human Rights, "Draft Optional Protocol To The International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights", Fifty-Third Session, 18 December 1996, General E/CN.4/1997/105. Véase: [www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)

(64) C.I.D.H., Informe 3/01, caso N° 11.670, "Amilcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros (Sistema Previsional)" -Argentina- declarado admisible el 19 de enero de 2001, aún en trámite.

(65) Asunto que plantea el alcance de la excepción de cosa juzgada al momento de repetir la denuncia. Ver: HITTERS, Juan C., "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", t. II, p. 363, Buenos Aires, Ediar, 1993.

(66) En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha entendido que no mediaba impedimento para resolver casos puntuales de despidos de trabajadores y sindicalistas, pese a haberse expedido con anterioridad el Comité de Libertad Sindical de la OIT. Corte I.D.H., "Baena Ricardo y otros (270 trabajadores c. Panamá)", del 2 de



febrero de 2001, Serie C: N° 72, párrs. 162-165.

(67) C.I.D.H., Informe 3/01, caso "Menéndez, Caride y otros (Sistema Previsional)" -Argentina-, párrs. 32-38.

(68) Declarada inconstitucional por la CNFederal de Seguridad Social, sala II, "in re": "Ciampagna, Rodolfo N.", Abril-11-1997, publicado en La Ley, 1997-D, 226, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J y CARNOTA, Walter F., "Economicismo, Constitución y seguridad social".

(69) SANTIAGO, Alfonso (h), "La Corte Suprema y el control político", Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 256.

(70) C.S.J.N., "Tobar, Leónidas c. Contaduría General del Ejército", del 27 de agosto de 2002, La Ley, 2002-E, 425, con nota de CARNOTA, Walter F., "La remuneración del sector público como propiedad constitucionalmente protegida" (La Ley, 2002-E, 425, DT, 2002-B, 1852).

(71) C.S.J.N., "Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional", Fallos 323:1566, LL del 4 de agosto de 2000, La Ley, 2000-C, 828, La Ley, 2000-D, 375, con nota de Mario A. R. Midón, con nota de Andrés Gil Domínguez y con nota de Germán J. Bidart Campos, DJ, 2000-2-1086.

(72) Véase: GELLI, María A., "Emergencia económica, inconstitucionalidad sobreviniente y control de razonabilidad en el caso Tobar", en AHE, Dafne S. (coord.), "El derecho administrativo de la emergencia, II", Buenos Aires, FDA, 2002, p. 143.

(73) C.S.J.N., "Müller, Miguel Angel c. P.E.N.", del 10 de abril de 2003, La Ley del 21 de abril de 2003, p. 5 (DJ, 2003-1-1070, ED, 2003/05/30, p. 16).

(74) C.S.J.N., "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo", del 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492 (La Ley, 1992-C, 543); "Girolodi, Horacio D. y otro s/ recurso de casación", del 7 de abril de 1995, Fallos 318:514 (La Ley, 1995-D, 462); "Bramajo, Hernán J. s/ Incidente de excarcelación", del 12 de septiembre de 1996, Fallos 319:1840 (La Ley, 1996-E, 409); "Arce, Jorge D. s/ Recurso de Casación", del 14 de octubre de 1997, Fallos 320:2145 (La Ley, 1997-F, 839); "Sánchez Reisse, Leandro Á.", del 7 de mayo de 1998, Fallos 321:1328; y "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S. y S.A.", del 5 de marzo de 2002, Fallos, 325:292 (La Ley, 2002-B, 520); "Acosta, Claudia B. y otros s/ Habeas corpus", del 22 de diciembre de 1998, Fallos 321:3555, cons. 10; y "Felicetti, Roberto y otros -La Tablada"- del 21 de diciembre de 2000, Fallos 323:4130, (La Ley, 2001-B, 64), cons. 6; estos dos últimos con serias reservas.