

EL «STARE DECISIS» INTERNO EN SEDE INTERNACIONAL: UN PROBLEMA DE «CIRCULARIDAD» Y «RETROALIMENTACION» DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Por WALTER F. CARNOTA*

RESUMEN

El presente estudio intenta demostrar cómo Argentina, un país enrolado en la tradición continental romanista, está tomando pautas provenientes del Derecho Común en algunas decisiones recientes de su Corte Suprema. La Constitución prevé el derecho a la movilidad de las prestaciones de la Seguridad Social, y el deterioro inflacionario causó una creciente judicialización de esos reclamos en la década de 1980 y comienzos de la de 1990. Luego, tanto la Corte como el Congreso intentaron restringir estos juicios, lo cual generó presentaciones internacionales de los afectados. Un acuerdo celebrado entre el gobierno argentino y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos le ha conferido al precedente un reconocimiento internacional adicional.

Palabras clave: Conceptos Predominantes. Precedente Judicial. Corte Suprema Argentina. Derecho a la Seguridad Social. Convenios Internacionales.

ABSTRACT

The current study shows how Argentina, a Civil Law country, is steadily adapting some Common Law features in recent Supreme Court decisions. The Argentine Constitution provides for Social Security rights, mainly pension mobility. In the 1980s and early 1990s, inflation produced increasing judicialization. Both the Supreme Court and Congress attempted to curb lawsuits. International claims ensued. A settlement reached between the Argentine government and the Inter-American Commission on Human Rights has given 'stare decisis' an additional international recognition.

Key words: Judicial Precedent. Argentine Supreme Court. Social Security Rights. International Agreements.

* Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Programa en Derecho Constitucional Práctico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

— I —

El devenir histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en relación con el leal acatamiento que los tribunales inferiores deben prestar a sus sentencias, ha atravesado por diversas fases o etapas, hasta desembocar en el necesario respeto institucional a sus fallos, salvo que medien razones fundadas por parte de los magistrados de grado para apartarse de su doctrina¹.

Se estableció así un canon de seguimiento débil si se quiere, pues no se impone una obligación de fidelidad sentencial a rajatabla. No existe ninguna norma legal o reglamentaria que imponga ese deber a la judicatura federal, más allá de la influencia de lo que Carlos Cossio, padre de la Escuela Ecológica del Derecho, denominaba «derecho judicial», y que remite, a la postre, al valor o cotización de la jurisprudencia como fuente del derecho.

Así, se observa la diferencia radical entre los sistemas del derecho continental romanista y los del «Common Law», con su reverencia a los antecedentes jurisprudenciales.² Pero ni siquiera los sistemas que adhieren al *stare decisis* («estar a lo resuelto») como los de Gran Bretaña³ y Estados Unidos⁴, consideran que la aplicación del precedente es automática. Tal como enseña la decana Fine,

«La doctrina del *stare decisis* está firmemente establecida en los Estados Unidos, pero es un fenómeno complejo, mejor pensado como un arte que como una ciencia. Como el *stare decisis* se aplica a un caso particular es en gran medida producto de la discreción judicial»⁵.

En los últimos tiempos, y sobre todo desde la instalación de la presente integración de la Corte a partir de su renovación que comenzó en el año

¹ SAGÜÉS (2008):343.

² De todos modos, el hecho de que en los Estados Unidos un precedente declare inconstitucional una ley no implica borrarla del mapa jurídico, ya que «el precedente no supuso la expulsión de la ley del ordenamiento, sino su inaplicación al caso concreto». FERRERES COMELLA (2007):186.

³ Sobre la sutileza del derecho basado en los precedentes, RADBRUCH (2001):54. La directiva del «*stare decisis*» implica «la norma con arreglo a la cual el juez debe atenerse a los principios contenidos en las decisiones precedentes... en 1765, un eminente jurista inglés, Blackstone, había magistralmente expuesto y justificado la regla de la autoridad de los precedentes». TUNC (1971):83. Sobre la importancia de William Blackstone en el derecho inglés, quien lo consolidó a través de su célebre *Commentaries on the Law of England*, ver BIANCHI (2009): 159.

⁴ Acerca del debilitamiento del «*stare decisis*» en el ámbito norteamericano en el s. XX, TUNC (1957): 248.

⁵ FINE (2007): 67. Se ha definido a la discreción judicial: «the power given to the judge to choose from among a number of possibilities, each of them lawful in the context of the system». BARAK (1989):90.

2003, puede observarse un intento del Alto cuerpo por unificar más sus criterios y subsumir en «superprecedentes»⁶ todas las causas que versen sobre problemáticas análogas. El propósito es sin dudas loable: por un lado, descomprime la agenda (o «docket», como dicen los norteamericanos) del Colegiado; por el otro, brinda previsibilidad y seguridad jurídica⁷, valores muchas veces extraviados en el seno de una sociedad altamente «anómica»⁸.

Durante el presente estudio, nos proponemos indagar la estabilidad de decisiones del más Alto Tribunal de justicia federal argentino, impuestas en litigios de alto impacto hacendal por su masividad como son los atinentes a la Seguridad Social, generada por obligaciones internacionales contraídas por el Estado argentino.

— II —

En efecto, un área muy singular de derechos en donde se ha presentado un alto nivel de conflictividad y de litigiosidad ha sido en las décadas recientes la relativa a los créditos de la Seguridad Social. Históricamente, y de modo esquemático, puede decirse que los haberes de los pensionistas argentinos no fueron acompañando las vicisitudes de la depreciación económica causada por recurrentes procesos inflacionarios.

Argentina, a diferencia de España, no cuenta en su ordenamiento jurídico con el distinguido capital entre «derechos fundamentales» y «políticas rectoras». En el caso español, la Constitución de 1978, siguiendo las aguas de la «*Bonner Grundgesetz*», estableció un corte nítido entre un grupo de derechos básicos, susceptibles de protección jurisdiccional por vía del recurso de amparo, y otros derivados de la actuación del poder público en la arena económica y social⁹.

Ese enfoque viene a coincidir, en bastante medida, con el seguido por el mundo anglo-norteamericano. Más allá de las peculiaridades del caso británico, en donde aún hoy no existe una Constitución codificada pese a los cambios registrados desde 1997 en adelante¹⁰, en los Estados Unidos

⁶ Si seguimos la denominación que Bruce Ackerman propone para los Estados Unidos. CARNOTA (2009a): 29.

⁷ Cabe siempre exigir consistencia a los jueces en sus razonamientos, más allá del sistema jurídico de que se trate. «La seguridad jurídica solicita que el Poder Judicial desempeñe sus funciones represivas y creativas de modo ordenado, mediante respuestas jurídicas coherentes y, en lo posible, persistentes. Ello implica una respetable dosis de continuidad jurídica». SAGÜÉS (2005): 128.

⁸ HERNÁNDEZ, ZOVATTO Y MORA y ARAUJO (2005).

⁹ Sin perjuicio de señalar que «el Estado de Derecho y el Estado social se han desarrollado juntos en la práctica». RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007):20.

¹⁰ BOGDANOR (2009); BRAZIER (2008); HARRISON y BOYD (2006).

los litigios sobre derechos que no versen de modo directo sobre la vida, propiedad y libertad, es decir, facultades de naturaleza o cariz fundamental, suscitan un tipo de indagación judicial («escrutinio de base racional») de mucha menor monta que cuando de estos últimos se trata. Es decir, en otros términos, cuando se halla en juego o en jaque un derecho fundamental, la restricción a ese derecho debe sortear el «test» del «escrutinio estricto»¹¹, examen o vara muy exigente para aceptar su limitación.

— III —

Como ya fue dicho, el orden jurídico argentino no previó tales matizaciones. La relativamente breve «Constitución justicialista» de 1949-1955 introdujo en el paisaje constitucional nacional a los derechos sociales, en el contexto ideológico de la época. El golpe de Estado de 1955 retornó al texto liberal de 1853-1860, y en esa vuelta, se «extraviaron» los derechos sociales de la codificación constitucional.

Dicha carencia fue resuelta en 1957, cuando ese mismo gobierno militar convocó a una Asamblea Constituyente con exclusión del justicialismo derrocado. La idea central fue captada de manera sintética por un historiador: «copiar sin que se note»¹². No se podía regalar el legado de los derechos sociales, por entonces ya más afirmados por el constitucionalismo europeo de posguerra, a un régimen derribado.

Cabe consignar, más allá de ese propósito velado, que las influencias doctrinales, por conducto de los partidos políticos autorizados a participar en esa Asamblea, fueron muy variadas: desde la democracia cristiana, hasta el conservadorismo; desde el socialismo en sus diversos pelajes hasta el comunismo¹³.

La redacción del nuevo artículo 14 bis, aún en su laconismo preceptivo, indica que estamos en presencia de auténticos derechos (laborales y de la Seguridad Social), no de meras indicaciones o sugerencias para que el legislador algún día las despliegue a voluntad o discreción.

Y es así que los mentados procesos inflacionarios fueron alejando, en lo que a las prestaciones de la Seguridad Social se refieren, de su correlato que era el salario del trabajador. Ese desajuste entre la «variable activa» y la «variable en pasividad» generó ya en la década de 1960 una interesante y rica jurisprudencia por parte del más Alto Tribunal, que empezó a tomar más fuerza aún luego de la restauración democrática operada a fines de 1983.

El retorno al gobierno civil luego de la traumática experiencia del go-

¹¹ FINE (2007): 34.

¹² La cita en CARNOTA (2008): 811.

¹³ PÉREZ GUILHOU (2007).

bierno militar de 1976-1983 trajo como consecuencia un reverdecer de los derechos fundamentales, liderado por el Tribunal designado por el entonces Presidente Raúl Alfonsín. Es que, como se ha explicado muy bien:

«Los tribunales constitucionales se convierten en impulsores y vigilantes del progreso del derecho ‘en sentido constitucional’ y colaboran en la formación y consolidación de una cultura constitucional que influye en los más variados ámbitos de la vida en sociedad y que, necesariamente, condiciona el comportamiento del poder público en cualquier terreno de actividad».¹⁴

Entre 1985 y 1986, la Corte dictó una serie de sentencias invalidando la legislación de Seguridad Social (concretamente, los artículos 49, 53 y 55 de la ley 18.037) por considerarla confiscatoria. Al decir de Bianchi, «en forma coincidente y siguiendo precedentes anteriores, estos pronunciamientos declararon la inconstitucionalidad de tales normas»¹⁵. En 1986, en el famoso caso «Víctor Rolón Zappa», y ante la alegación por parte de la agencia respectiva de la situación de emergencia por la que atravesaba, el Supremo Tribunal dijo que:

«Si bien la defensa del sistema instituido por la Nación para responder a los reclamos de la asistencia y seguridad social así como la preservación del acervo común de afiliados y beneficiarios, han sido entendidas como cuestiones de ‘interés institucional’..., no cabe extender tales principios a la admisión de un planteo que, como en el caso, al postular que por las razones expuestas se deje sin efecto para el futuro la interpretación sostenida por esta Corte en salvaguarda de la garantía consagrada en el art.14 bis de la Constitución Nacional sobre ‘jubilaciones y pensiones móviles’, conduce a que el tribunal exceda el ámbito de su jurisdicción para invadir las facultades de otros poderes del Estado con evidente menoscabo de la armonía constitucional y del orden público»¹⁶.

Quedaba claro que el abrigo de lo que se fue denominando «principio sustitutivo del haber» (condensado en el *canon* de la «razonable proporcionalidad del haber de actividad con el de pasividad»), el más Alto Tribunal argentino fue convalidando la jurisprudencia de organismos jurisdiccionales inferiores que esgrimían la inconstitucionalidad de las normas legales que implicasen una merma confiscatoria del significado económico de las jubilaciones y pensiones.

Resulta interesante, en fin, destacar el hilo argumental que siguieron los tribunales para acceder a esas demandas: la apoyatura constitucional

¹⁴ AHUMADA RUIZ (2005):61.

¹⁵ BIANCHI (2008):146.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, «Fallos» 308:1848.

fue ni más ni menos que una lesión al patrimonio del interesado que se traducía en una reducción confiscatoria vedada por el artículo 17 de la Constitución argentina, que consagra la inviolabilidad del derecho de propiedad privada y prohíbe la expropiación sin previa calificación legal de utilidad pública e indemnización. Ello lo hizo en el contexto de una jurisprudencia de la Corte en donde se resalta:

«la amplitud del contenido que ha brindado a la propiedad. Le ha sido necesario porque la Constitución la protege, pero no la define. Ha sido la Corte la que, caso tras caso, ha ido señalando qué se entiende por propiedad en sentido constitucional, algo sin duda muchísimo más amplio que el derecho real de dominio del Código Civil»¹⁷.

Poco tiempo después, en 1989, comenzó a funcionar un tribunal especializado (la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social), que había sido creada dos años antes por la ley 23.473 para tratar —entre otros reclamos— las peticiones por reajustes de haberes.

Si bien la jurisprudencia del nuevo tribunal no varió demasiado los criterios sentados por su antecesora (la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo), el impacto sobre la litigiosidad fue cada vez mayor. Lo cierto del caso es que los jubilados argentinos ahora contaban con un estrado específico para que sus quejas fueran oídas. Por su parte, la Corte Suprema continuó con su proclividad en despachar estas peticiones de modo favorable.

— IV —

Claro que la incidencia de todos estos pedidos sobre el erario público, no sólo en su valor unitario sino sobre todo en la proyección del conjunto, implicó que ya en los primeros años de la década de 1990, época del triunfo del neo-liberalismo en América Latina, se alzarán voces —sobre todo en el gobierno del entonces Presidente Carlos Menem (1989-1999)— tendientes a poner coto a esos reajustes.

Hacia 1993, se procedió a dictar una nueva ley —la 24.241— por la que se crearon dos sub-sistemas de previsión: a) uno estatal, público o de «reparto», consistente en las prestaciones que iba a abonar el ente de gestión oficial (Administración Nacional de la Seguridad Social, o ANSeS); y b), otro privado, o de «capitalización individual», basado en los aportes que había realizado el trabajador a unos nuevos entes (administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones) que allí se implantaban sobre la base de la inspiración en la experiencia chilena.

¹⁷ BIDART CAMPOS (1984): 87.

El año 1995 fue más complicado aún para los jubilados argentinos. En marzo de ese año se sancionó un nuevo cuerpo normativo (la ley 24.463), en virtud de la cual se sentaban las bases de un nuevo contencioso de la Seguridad Social. Hasta allí, los trámites de esos expedientes se habían venido procesando en función de la legislación existente (v.gr., la ya citada ley 23.473), que guardaba «aire de familia» con la legislación procesal laboral de fuerte carácter tuitivo respecto del trabajador (*in dubio pro operario, favor debilis*, etc).

A partir del dictado de la mencionada ley 24.463, se estipula que: a) se anudará una contienda entre el jubilado y la agencia de la Seguridad Social, a tramitarse bajo las reglas del proceso sumario (posteriormente derogado, llevándose todas las causas al juicio ordinario); b) el Estado podía interponer como excepción o defensa la falta de recursos, virtualmente paralizándolo; c) se giraban estos pleitos al ámbito de la jurisdicción federal; d) las sentencias de la Corte Suprema a favor de la ley tendrían efecto expansivo; e) las costas de los respectivos procesos se impondrían siempre en el orden causado; f) no se podrían disponer sanciones a los organismos administrativos que no acatasen las decisiones judiciales contrarias.

Nos interesa aquí focalizar la atención en el dispositivo estampado en el artículo 19 de la ley 24.463. Ese precepto rezaba como sigue:

«La sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuera el monto del juicio. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas».

Debe señalarse que, como puede apreciarse, la norma contiene dos reglas: a) la posible articulación del remedio ordinario (a la par del recurso extraordinario federal); b) el acatamiento compulsivo a las sentencias de la Corte.

El primer tramo del artículo fue declarado inconstitucional por irracional por la Corte en la causa «Itzcovich» en marzo de 2005¹⁸. En lo que respecta al segundo segmento de la norma en cuestión, hubo declaraciones de inconstitucionalidad del grado, que finalmente no prosperaron en sede suprema¹⁹. La Corte entendió que:

«la libertad de juicio de los magistrados en el ejercicio de sus funciones es tan incuestionable como la autoridad definitiva que tiene la in-

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, «Fallos» 328:566. La norma en su totalidad fue derogada al tiempo por el Congreso mediante ley 26.025.

¹⁹ Nuestro comentario crítico en CARNOTA (2000):315-317.

interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones»²⁰.

Nosotros estuvimos en contra en su momento de la validez constitucional de esta directriz, no porque no nos gustase el «*stare decisis*», sino porque se aplicaba a un solo sector de la actividad jurisdiccional:

«Estamos convencidos de que el seguimiento ciego y mecánico de la jurisprudencia de la Corte Suprema exclusivamente en temas previsionales genera una disparidad de trato entre estas causas y las demás, a la par que vuelve a traslucir desconfianza hacia los magistrados de grado en sus potestades de interpretación y de aplicación del derecho. Un sistema de *stare decisis* parcelizado y segmentado no encuentra fundamento objetivo alguno»²¹.

Pero el andamiaje se completaba con el artículo 20 de la ley 24.463, que indicaba²²:

«Cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación se hubiere pronunciado reiteradamente en casos análogos en favor de la aplicación de la presente ley, podrá rechazar in limine el recurso interpuesto, sin otra fundamentación, en los casos en que se pretenda desconocer esa doctrina».

Con el advenimiento de la nueva legislación, la Corte Suprema se hizo de un formidable arsenal para limitar —o, al menos, diferir— el impacto de los casos de reajuste. Durante un prolongado tiempo, no emitió pronunciamientos, lo cual trajo como consecuencia una problemática presentación del Defensor del Pueblo de la Nación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²³. Al finalizar el año 1996, la Corte —por mayoría— estableció nuevas pautas de movilidad en la causa «Chocobar, Sixto Celestino»²⁴. En lo que aquí interesa, y en lo sustancial, el Alto Tribunal consideró que el principio sustitutivo del haber que habían sostenido sucesivas integraciones del Tribunal era un concepto que no derivaba directamente de la Constitución ni era axiomático, sino que dependía de la voluntad del Congreso, que podía ir dándole contenido y desarrollo según los recursos disponibles. En este último punto, se basó en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (o «Pacto de San José de Costa Rica»), subordinando la manda de la movilidad prestacional del artículo 14 bis de la Constitución a dicha pauta internacional.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, «Fallos» 323:564.

²¹ CARNOTA (1998): 49.

²² Precepto derogado once años después por ley 26.153.

²³ CARNOTA (1997): 298-302.

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, «Fallos» 319: 3261.

A su vez, un colectivo de jubilados planteó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por considerar que en lo central, las nuevas disposiciones violaban la propiedad y la defensa en juicio al dilatar los procesos en cuestión²⁵.

— V —

Desde 2003 una serie de medidas administrativas, legislativas y judiciales intentó paliar la situación por la que pasaban los jubilados argentinos.

En lo que a la justicia constitucional interesa, la Corte decidió en «Sánchez»²⁶ revertir la postura asumida por su antecesora en «Chocobar». Volvió a preconizar el carácter sustitutivo del haber, desacopló la noción de actualización monetaria y reajuste prestacional, y descartó la argumentación basada en el art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica, sobre la base de la cláusula de salvaguarda contenida en el art. 29 inc.b) del mismo instrumento internacional.

Paralelamente, el Poder Ejecutivo y el Congreso fueron concediendo aumentos selectivos de jubilaciones, centrados en los sectores de más bajos recursos, y como una alternativa a la creciente judicialización que se había presentado en la materia.

Restaba, pues, en sede interamericana, resolver la contienda que los jubilados mantenían con el Estado argentino desde 1995. Es así que con fecha 4 de noviembre de 2009, las partes llegan a un acuerdo amistoso por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta vía de solución se encuentra prevista en el artículo 48, 1 inc.f) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que estipula que la Comisión:

«se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención».

De este modo, se subraya el carácter no judicial de la Comisión²⁷, que procura conciliar y avenir a las partes interesadas. Corresponde señalar, además, que se trata de un «procedimiento que demuestra utilidad para la protección de los derechos»²⁸, tal como sucedió en el caso «Verbitsky»²⁹, que finalmente trajo aparejada la derogación de la figura penal del desacato en la Argentina. Las Reglas de Procedimiento de la Comisión Interamericana aprobadas en el año 2000 regulan el instituto del acuerdo amis-

²⁵ CARNOTA (2009b):121.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, «Fallos» 328: 1602.

²⁷ PASQUALUCCI (2003): 147.

²⁸ MOYER (1994): 347-360.

²⁹ *Ibidem*.

toso en su artículo 41. Ese órgano puede actuar de oficio o a iniciativa de cualquiera de las partes (inc.1), prosiguiendo siempre con el consentimiento de las mismas (inc.2) y con la posibilidad de su terminación, de convencerse que la materia no es susceptible de este procedimiento, o que las partes no consienten su aplicación, o que no lo quieren proseguir, o que no demuestren la voluntad de llegar a tal acuerdo (inc.4).

La palmaria utilidad de este esquema radica en que la parte que aduce vulneración de derechos obtiene una respuesta más rápida, mientras que el Estado no queda de cara a la comunidad internacional como violador de los mismos.

Entre las previsiones del nuevo acuerdo que ahora se ha firmado, se destaca la no apelación por parte de la Administración de «sentencias judiciales de primera o segunda instancia que hubieran sido favorables a los beneficiarios, en supuestos de hecho en los que la Corte ya se ha expedido» (punto II, «Acuerdo de solución amistosa», inc.b). Asimismo, la Administración se compromete a:

«Desistir, dentro de los sesenta (60) días corridos de la firma del presente acuerdo, de los recursos judiciales que ya hubieran sido presentados ante la Corte Suprema o ante la Cámara Federal de la Seguridad Social contra sentencias favorables a los beneficiarios, en los supuestos de hecho en los que la Corte ya se ha expedido en casos similares».

Las alusiones que anteceden, en el contexto del derecho argentino, bastante renuente a aceptar reglas jurisprudenciales homogéneas, no dejan de causar sorpresa, más allá de las buenas intenciones que las inspiran, fundadas en intentar punto final a un engorroso planteo en sede interamericana.

Queda en claro que la «autoridad» que ahora revistarían los fallos de la Corte Suprema comprendidos en este acuerdo no está conferida ni por la historia, por sus propios méritos, ni por su peso autónomo, ni se trata de una valoración insita a la discreción judicial, como vimos que bien prevenía la Profesora Fine.

Al contrario, la mentada discrecionalidad proviene, ni más ni menos, de una selección que realizará la propia autoridad administrativa, quien deberá evaluar: 1) si hay decisiones de la Corte Suprema sobre la materia litigiosa que versen sobre los «mismos supuestos de hecho»; y 2) si el resultado fue favorable al beneficiario de la prestación, es decir, a su parte contraria en la litis (artículo 15, ley 24.463).

Evidentemente, la contradicción es importante. El esquema que trasunta el acuerdo puede encajar dentro de una jurisprudencia de la Corte, luego descartada por el susodicho artículo 15 de la ley 24.463, que estimaba

que los organismos de previsión no eran «parte contraria» a los jubilados en los procesos que se ventilasen, ya que en definitiva estos entes respondían a una función de rectoría del bien común.

Por el contrario, en un contexto adversarial como el que aún sigue postulando el artículo 15 (que no fue derogado ni en 2005 ni en 2006, las dos veces que se reformó la ley 24.463) se hace francamente difícil que la agencia respectiva tenga el suficiente grado de objetividad y ecuanimidad para analizar extremos que siempre gozan de considerables márgenes de flexibilidad y subjetividad.

Determinar la identidad de «supuestos fácticos» no es, por cierto, menuda tarea. Si bien el litigio de la Seguridad Social se caracteriza por su impronta masiva y serial, ello no significa que se pierda por completo la relevancia material del caso a estudiar. Alguna variante, algún matiz diferencial, puede existir entre el caso A y el caso B, que impida, o que cause duda razonable, para la aplicación (que nunca es automática, como ya fue dicho, ni siquiera en los sistemas del *Common Law*³⁰) del «precedente».

Por lo demás, lo que importa, en el campo de los precedentes, son las reglas de derecho fijadas, ya que el análisis de los hechos es privativo de los magistrados intervinientes en las diferentes causas.

La pauta de la «favorabilidad» también es más opaca de lo que parece a primera vista. Hay pleitos, como se sabe, que el actor resulta ganancioso en parte y no en todo. ¿Cómo separar lo que tuvo éxito y lo que no? ¿Lo primero «causa jurisprudencia» y lo segundo no? ¿Y entonces por qué «en todos los casos las costas serán por su orden»?³¹

Hablar de los «supuestos de hecho» se vincula estrechamente con la operación de subsunción. Empero, cuando se trata de principios, en realidad se tiene que emplear la ponderación³², criterio mucho más trabajoso que entra también estrictamente en el dominio judicial (se ha hablado de que nos hallamos inmersos en una «age of balancing»).

Además, el acuerdo transcrito se hace cargo de lo que se ha denominado «*stare decisis* vertical»³³, es decir, de la autoridad que puede tener la sentencia del más Alto Tribunal en relación con los órganos jurisdiccionales inferiores. En ese ámbito es donde la Administración podría desistir de los recursos cuando encontrase reunidos los extremos marcados por la conciliación arribada.

³⁰ «Las reglas de la *common law* son inherentemente revisables en el momento de su aplicación. Los nuevos casos, que exhiben rasgos antes no apreciados, pueden siempre suscitar la revisión de la regla». WALUCHOW (2009): 288.

³¹ Previsión declarada inconstitucional recién en 2009.

³² ARROYO JIMÉNEZ (2009): 22.

³³ Sobre el distingo entre «*stare decisis* vertical» y «*stare decisis* horizontal», LEGARRE y RIVERA (2005): 853.

Sin embargo, nada se dice cuando no haya jurisprudencia «favorable» por parte de la Corte Suprema, o cuando la misma decida apartarse de su propia línea de precedentes («*stare decisis* horizontal») «*in pejus*» del jubilado. Adicionalmente, habría que estudiar también qué acontece cuando hay sentencias favorables de primera o de segunda instancia, y no de Corte. ¿Algún organismo estatal —el Ministerio Público (artículo 120, Constitución Nacional), la Defensoría del Pueblo (art. 86, íd.)— estarían compelidos a luchar judicialmente por su mantenimiento? ¿Se encontraría la agencia inhibida de impugnarla?

— VI —

Resulta significativo determinar cómo se coordinan estos vectores del convenio, con la obligación de representar al Estado que tiene el Cuerpo de Abogados oficiales creado por la ley 12.954, del año 1947, reglamentada por el decreto 34.952 de ese mismo año. En efecto, de ese cuerpo normativo surge el deber de los letrados públicos de representar al Estado en juicio en todas las instancias.

Queda claro, a tenor del artículo 75.22 de la Constitución agregado por la reforma de 1994, que cualquier tratado internacional en cuanto tal tiene jerarquía superior a la ley interna, receptando así la jurisprudencia del famoso caso «Ekmekdjian c.Sofovich» de 1992³⁴. El interrogante que ahora emerge es cuál es la cotización jurídica de ese convenio alcanzado en el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que funciona en el marco de la Organización de Estados Americanos.

¿Ese convenio se contagia de la naturaleza del tratado madre, que es el Pacto de San José de Costa Rica, que hoy goza en Argentina de rango constitucional? ¿O tiene cotización supra-legal como los tratados comunes? ¿O ni siquiera ésta? ¿Su incumplimiento genera responsabilidad internacional del Estado, sin acarrear consecuencias jurídicas internas? ¿Estamos en presencia, en definitiva, de norma vinculante, o de una suerte de «*soft law*»³⁵, común en el ámbito internacional y en los vericuetos administrativos de ANSeS? Al no desplegar el convenio, ¿incurre la Administración en inconstitucionalidad por omisión?

— VII —

Insistimos en que más allá del espíritu compartible del acuerdo, vemos dificultades de implementación. Lamentablemente, no hay muchos estudios

³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, «Fallos»:315:1492.

³⁵ Una tematización de índole general en el área del derecho administrativo, en SARMIENTO (2008).

de base empírica que permitan calibrar el funcionamiento del sistema en su conjunto, y se ha afirmado según algunos que el acuerdo tiene una observancia relativa³⁶. Por eso, nos parece bien que el acuerdo fije «un mecanismo de seguimiento periódico del cumplimiento de los compromisos asumidos en este acuerdo» (II, 2) —con reuniones en principio bimestrales—, y sobre todo, haber dispuesto que este mecanismo.

«incluirá la producción y sistematización periódica —cada seis meses— de información fundamental para tal fin, con respecto de los puntos comprometidos en el presente acuerdo: a) las liquidaciones de sentencias judiciales; b) los casos apelados por ANSES; c) los casos desestidos por ANSES ante la Corte Suprema; y d) el cumplimiento de las sentencias judiciales aún pendientes de ejecución» (II, 3).

Sin dudas, el convenio que aquí se examina presenta problemas significativos para la teoría de las fuentes del derecho. Desde un enfoque clásico o lineal, aparece cuestionada la autoridad del poder judicial, quien «indirectamente» hace valer sus sentencias supremas por abstención ejecutiva.

A la inversa, desde una óptica distinta, el convenio puede ser defendido. Hoy es sabido cómo el orden internacional repercute en el interno, y a la inversa. Las fuentes de ambos ámbitos se co-implican e inter-influyen. Al decir de Bidart Campos, debe propenderse a una «interpretación aplicativa ágil y eficaz al sistema de derechos que, además de normas, se nutre de principios, valores, fines y razones históricas en el estado democrático, y que ensambla en y para la completitud que da cierre al sistema, esa dualidad de fuentes armónicas en retroalimentación: la interna propia de cada estado, y la internacional del derecho internacional de los derechos humanos»³⁷. Agreguemos que el maestro Bidart Campos se reconoció deudor de Rodolfo E. Piza R. y Gerardo Trejos³⁸ respecto de la idea de la «retroalimentación», explicada en un libro de la que éstos últimos fueron autores en Costa Rica³⁹.

En fecha más reciente, otros autores se han mostrado partidarios de lo que describen como «circularidad» de las fuentes del derecho. Así lo enseñó, por ejemplo, el profesor de la Universidad de Messina Antonio Ruggieri, en su conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad

³⁶ STANG (2010):2. De todos modos, el primer informe lo entregó la Jefa del Estado a la Presidenta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 17 de febrero de 2010 en Buenos Aires, suministrándose *data* sobre desistimientos e invitándose a la CIDH a integrarse al Observatorio de Seguridad Social.

³⁷ BIDART CAMPOS (1994): 51.

³⁸ *Ibidem*: 47.

³⁹ PIZA R. Y TREJOS (1989).

Complutense de Madrid del 22 de enero de 2010, a propósito de una sentencia de la «*Corte Costituzionale*» referida al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que —valga recordarlo— debe ser interpretado de modo dinámico⁴⁰.

Los órdenes interno e internacional no siguen un derrotero lineal o jerárquico, sino que en la materia de los derechos, se influyen recíprocamente. «Retroalimentación» y «circularidad» vienen a ser, pues, nociones muy parecidas que servirían para explicar la creación de derecho en ámbitos distintos —máxime en un área como la Seguridad Social, que puede explicarse sistémicamente⁴¹— en un mundo cada vez más complejo⁴² e interdependiente.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA RUIZ, Marian (2005): *La jurisdicción constitucional en Europa*, Navarra, Thomson-Cívitas.
- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz: *Derecho Administrativo y Globalización*, Madrid, Thomson-Cívitas.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2009): «Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo», en ORTEGA, Luis, y DE LA SIERRA, Susana, *Ponderación y Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons.
- BARAK, Aharon (1989): *Judicial Discretion*, New Haven, Yale University Press.
- BIANCHI, Alberto (2007): *Una Corte liberal. La Corte de Alfonsín*, Buenos Aires, Ábaco.
- (2009): *Historia de la formación constitucional del Reino Unido*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1984): *La Corte Suprema. El Tribunal de las garantías constitucionales*, Buenos Aires, Ediar.
- (1994): «La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna», en NIETO NAVIA, Rafael (Editor), *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp.39-52.
- BOGDANOR, Vernon (2009): *The new British Constitution*, Oxford, Hart.
- BRAZIER, Rodney (2008): *Constitutional Reform (Reshaping the British Political System)*, Oxford, Oxford University Press.
- CARNOTA, Walter F. (1997): «El Ombudsman, los jubilados y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», «*El Derecho*» tomo 170, págs. 298 a 302.
- (1998): *Procedimiento de la Seguridad Social*, Buenos Aires, Depalma.
- (2000): «Los parámetros de la debida obediencia judicial», «*La Ley*» 2000-C págs. 315 a 317.

⁴⁰ Sobre la interpretación evolutiva y sociológica del CEDH, ver GARCÍA ROCA (2009):50.

⁴¹ PARRA LUNA (1979).

⁴² No sólo en lo económico: ALLI ARANGUREN (2004); CASSESE (2006).

- (2008): «El artículo 14 bis a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Homenaje y Balance», *«La Ley»* 2008-A, págs. 810 a 821.
- (2009a): *Normas Constitucionales (Su Elaboración)*, Buenos Aires, Legis.
- (2009b): «Rights and Politics in Argentine Social Security Reform», *Australian Journal of Political Science*, número 1, vol.44, págs.115-126.
- CASSESE, Sabino (2006): *La globalización jurídica*, Madrid, Marcial Pons.
- FERRERES COMELLA, Víctor (2007): *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FINE, Toni M. (2007): *An Introduction to the Anglo-American Legal System*, Navarra, Thomson-Aranzadi.
- GARCÍA ROCA, Javier (2009): «El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional del orden público europeo», en GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo, *La Europa de los Derechos (El Convenio Europeo de Derechos Humanos)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HARRISON, Kevin, y BOYD, Tony (2006): *The Changing Constitution*, Edinburgo, Edinburgh University Press.
- HERNÁNDEZ, Antonio María; ZOVATTO, Daniel y MORA Y ARAUJO, Manuel (2005): *Argentina: una sociedad anómica*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- LEGARRE, Santiago, y RIVERA (H), Julio César (2005): «Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’», *«La Ley»*, tomo 2005-F, págs. 850-861.
- MOYER, Charles (1994): «Friendly Settlements in the Inter-American System. The Verbitsky Case –When Push Needn’t Come to shove», en NIETO NAVIA, Rafael, *La Corte Interamericana y los Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, págs. 347-360.
- PARRA LUNA, Francisco (1979): *Sistema Socio-político y Seguridad Social (Una aplicación del paradigma sistémico al estudio de la Seguridad Social en España)*, Madrid, Index.
- PASQUALUCCI, Jo M. (2003): *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.
- PÉREZ GHILOU, Dardo y otros (2007): *La Convención Constituyente de 1957 (Partidos Políticos, Ideas y Debates)*, Mendoza, ExLibris.
- PIZA R., Rodolfo E., y TREJOS, Gerardo (1989): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la Convención Americana*, San José, Juricentro.
- RADBRUCH, Gustav (2001): *El Espíritu del Derecho Inglés*, Madrid, Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2007): *La Administración del Estado Social*, Marcial Pons.
- SAGÜÉS, Nestor Pedro (2005): *El Tercer Poder (Notas sobre el perfil político del Poder Judicial)*, Buenos Aires, LexisNexis.
- (2008): «Efectos de las sentencias constitucionales en el derecho argentino», *«Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional»*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 333-356.
- SARMIENTO, Daniel (2008): *El ‘soft law’ administrativo (Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración)*, Thomson-Cívitas, Navarra.

- STANG, Silvia (2010): «Los juicios de jubilados al Estado llegaron al récord de la década, *«La Nación»*, 16 de febrero ps.1-2.
- TUNC, Andre (1957): *El Derecho de los Estados Unidos de América (Instituciones Judiciales, Fuentes y Técnicas)*, México D.F., Instituto de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México.
- (1971): *El Derecho en Estados Unidos*, Barcelona, Oikos-Tau.
- WALUCHOW, Wilfrid J. (2009): *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el 'common law'. Un árbol vivo*, Madrid, Marcial Pons.