

INCERTIDUMBRE ACTUAL DEL DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA

*Comunicación del académico de número Eduardo M. Quintana,
en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 25 de abril de 2018*

INCERTIDUMBRE ACTUAL DEL DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA

Por el académico DR. EDUARDO M. QUINTANA

1. Introducción: sobre la certidumbre e incertidumbre jurídica: jerarquía de las normas.

Desde antiguo se ha entendido que la seguridad es uno de los fines del derecho. Esencialmente denota saber a qué atenerse en las relaciones sociales signadas con implicancias jurídicas. Muy cercana a esta definición significa también la certeza y estabilidad que deben tener tanto las normas como el mismo orden jurídico para cumplir su misión. La palabra certidumbre proviene del latín *certitudo* o sea certeza, que a su vez significa el conocimiento seguro y claro de algo. “Ha sido un lugar común entre los autores pertenecientes a épocas muy distantes entre sí, como Aristóteles, Tomás de Aquino, Kelsen o Betham que las normas jurídicas deben asumir algunas condiciones básicas. Lo primero que sean claras, esto es que ofrezca al entendimiento una idea que refleje su contenido y finalidad y segundo que sean concisas. Por tanto la claridad y brevedad son dos cualidades esenciales.”¹

¹ Perez Nuño Antonio Enrique, La seguridad jurídica, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, pág.33-34. Además las leyes deben ser de índole *general, estables, públicas o sea cognoscibles por todos*, y por ello *semánticamente entendibles*, evitándose la vaguedad y la textura abierta y deben aplicarse por *organismos independientes a quienes las han dictado*.

Pero además de las normas, la certidumbre del derecho apunta a un objeto más amplio pues se requiere certeza respecto a **la jerarquía que deben gozar las normas entre sí y que es un constitutivo esencial del orden jurídico**, pues va de suyo que este universo se encuentra poblado por una multitud de mandatos obligatorios que gozan de muy diversa fuerza y peso específico. Por ello el orden jerárquico reviste una importancia mucho mayor que cada norma en particular, pues la falta de esa condición lo torna en su contrario o sea en caótico. Este precisamente es el tema que abordaré en esa exposición: la incertidumbre que se ha generado en las entrañas del orden jurídico al no distinguirse con claridad o confundirse la escala jerárquica de las normas.

Al fin propuesto debo mencionar que los grandes sistemas jurídicos occidentales se dividen entre aquellos, como el nuestro, en que la máxima jerarquía normativa proviene de legislaturas y por tanto se denominan leyes, llamado “continental”, por originarse históricamente en Francia y otras naciones europeas, y otros, designado “*common law*” cuyo origen es el Reino Unido y luego sus colonias, ahora naciones independientes como Estados Unidos, en que las normas son precedentes judiciales que gozan de obligatoriedad mientras no sean modificados por fallos posteriores conforme a procedimientos específicos. Lo dicho no significa que en el primero no existan sentencias o que en el segundo leyes. La distinción está dada por su jerarquía jurídica y política. He mencionado esta diferenciación sistémica pues la desaparición de sus límites conlleva perplejidad y confusión, lo que sucede cuando a veces se otorga primacía a una norma o sentencia y otras sucede lo contrario sobre el mismo tema controvertido. El problema es mayor cuando la duda tiene por causa la confusión respecto a la superioridad entre una corte de justicia nacional y otra internacional o un tratado de esta naturaleza y un precepto constitucional.

2. Causas de la incertidumbre jurídica actual:

Entre las causas que originan la situación actual de incertidumbre puedo mencionar 1) la metamorfosis funcional de la Corte Interamericana de Derechos humanos a partir de la primera década del siglo veintiuno, caracterizada por la expansión de su jurisdicción traspasando lo determinado por la Convención Americana de D.H., tanto en lo que se refiere a sus fallos como también con relación al valor que pretorianamente confiere a sus opiniones consultivas y otras resoluciones; 2) la incidencia de ese tribunal internacional en los fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional desde ese momento y hasta hace muy poco, como en las instancias inferiores del Poder Judicial, influenciando también a la legislación nacional; 3) en la misma dirección cabe mencionar al denominado “bloque de constitucionalidad”, que lo es también de “convencionalidad”, viabilizado por Código Civil y Comercial Unificado, vigente desde 2015 como también la inclusión de principios y valores como parámetros de interpretación; 4) extensión de la función judicial o rol protagónico de los jueces.

2. 1. Expansión funcional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el siglo XXI.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El denominado S.I.D.H. tiene su origen en la Organización de Estados Americanos que fue creada en la novena Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá en 1948 que en marzo de ese año se aprobó la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes Humanos*,² a la que hace referencia la Carta de la Organización Este documento no tiene órganos jurisdiccionales respecto a los Estados parte. Más de veinte años después, en 1969, en Costa Rica los Estados de la O.E.A. por intermedio de Conferencia Interamericana Especializada sobre derechos

² Anticipándose así a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de diciembre de ese año.

Humanos elaboran la *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)* que entró en vigor en 1978. A diferencia del anterior, es un tratado que legisla además de los derechos humanos, sobre los “Medios de protección” de los presuntos damnificados documento que se integra con la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (art.34 y siguientes) y la CIDH. La Comisión tiene por funciones principales formular recomendaciones, solicitar informes a los Estados Miembros, atender consultas y presentar un informe anual a la Asamblea General de la OEA, y fundamentalmente recibir las denuncias o quejas por violación de la normativa de la Convención por un Estado. La “Comisión” tiene un papel relevante ya que sólo ella y los Estados pueden someter un caso a la decisión de la Corte (art. 61) y es la encargada de recibir las denuncias de los particulares, las que si son consideradas pertinentes y las partes no se avienen a una solución, remite el caso la decisión de la Corte.³ En otras palabras, la Comisión es la puerta de entrada a la Corte o sea un filtro que a veces no es fácil de superar. Resulta clave para entender el sistema lo establecido por el inc. 1° art. 68 de la Convención: “*Los Estado Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”,⁴ disposición que ha originado diversas controversias. Por su parte, *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (art.52 y siguientes) que además de receptor consultas de los Estados, es el Tribunal encargado de garantizar a los lesionados el goce de sus derechos y de ser procedente, ordenar la adecuación de la normativa interna a lo dispuesto por la Convención y a la reparación de las consecuencias lesivas sufridas por el perjudicado. La República Argentina ratificó la Convención mediante la ley 23.054 el 1° de marzo de 1984.

Particularidades del sistema: 1) positivización de los derechos humanos, lo cual implica una nota significativa cuyo resultado es la inserción en el orden jurídico vigente de los derechos naturales sostenidos en occidente desde la edad clásica; 2)

³ La CSJN pasó de una posición de rechazo de las recomendaciones de la Comisión a una actitud intermedia (Midon pag.187

⁴ Quintana *ibídem*.

los particulares son considerados sujetos de derecho internacional pues antes sólo revestían este carácter los Estados; 3) sobre el tema de los D.H se ha creado un derecho “especial” que hoy en día comprende no sólo el texto de la Convención sino también la interpretación de la CIDH a lo que cabe agregar las recomendaciones y respuestas de la Comisión Interamericana, sin perjuicio del denominado *soft law* integrado por dictámenes de comités y otros organismos internacionales, que aunque su existencia y/o normativas no hayan sido ratificados por los Estados partes, son citados frecuentemente por el Tribunal, sin distinguir las mas de las veces su envergadura jurídica. El concepto de “*soft law*” tiende a ser definido como un conjunto de mecanismos, tales como declaraciones, resoluciones y programas de acción, que demuestran conformidad ante las normas establecidas por el Derecho Internacional pero no son vinculantes ante la ley. A pesar de que su uso y puesta en vigor resulta ser de índole persuasiva, el “*soft law*” anticipa efectos legales, entendiéndose que la adopción de tales mecanismos constituye el primer paso para que se conviertan en “*hard law*”.⁵

Función asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el siglo XXI.

Desde que se activó su funcionamiento en 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cumplió la función establecida por la Convención respecto al alcance de sus decisiones por los Estados, pues al respecto rige el art. 68 inc.1° de la misma establece: “*Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes*” y por ende estaba claro que sus decisiones no gozan de efectos *erga omnes* respecto a los otros Estados. Sin embargo, desde hace más de una década (2006) la CIDH a través de diversos fallos construyó jurisprudencialmente una doctrina denominada “control de convencionalidad” al que se le asignó un rol no previsto por la

⁵ www.pangeaurpr.org (entrada 26/3/2018 el soft-law y el hard-law)

Convención sosteniendo que sus fallos debían ser cumplidos por todos los Estados aunque no fueran parte en la controversia.⁶

En una primera aproximación se lo puede definir guardando analogía con el llamado “*control de constitucionalidad*” que tienen a su cargo los organismos jurisdiccionales nacionales, consistente en el cuidado de la primacía de la constitución respecto a las leyes subordinadas. El “*control de de “convencionalidad*” implica que los organismos internacionales deben comparar e inspeccionar si los Estados partes han violado o no la convención a cuyo cumplimiento se obligaron. Hasta aquí la doctrina no presenta objeciones. Pero además como se verá a continuación, según la CIDH el ejercicio de este control fue presentando facetas más complejas y extensas.

Hasta el año 2003 no había mayores controversias respecto a que la obligación del cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana se limitaban al “Estado parte” y por ende no gozaban de efectos *erga omnes* respecto a los otros Estados. Pero a partir de ese año el Juez Sergio García Ramírez en el caso “*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*”, (25/11/03) integrando la decisión mayoritaria empleó el concepto “*control de convencionalidad*” para referirse a la competencia a cargo de dicho tribunal que en el caso determinó que cualquier organismo del Estado que violara un derecho protegido por la Convención lo responsabilizaba en su conjunto. Hasta aquí la frase hubiera pasado desapercibida pero poco después el mismo juez lo reiteró en el caso “*Tibi vs. Ecuador*” (7/9/2004) expresando: “*si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional resuelve acerca de la convencionalidad de estos*”, lo cual al emplear el plural “los tribunales constitucionales” tácitamente podía colegirse que aunque un Estado no sea parte, la Corte Interamericana podía ejercer dicho control a los efectos que

⁶ Antes de arribar a esta conclusión no debe pasarse por alto que en la opinión consultiva 16/99 (México) afirmó que “El *Corpus iuris* del Derecho Internacional de los D.H. está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos banjo sus respectivas jurisdicciones.

el derecho interno se adecue a la Convención Americana. Por tanto según esta hermenéutica el núcleo de los fallos de dicha Corte deberían ser cumplidos por otros Estados.

Pero las dudas se disiparon y la doctrina adquirió “carta de ciudadanía” al ser reafirmada y aclarada posteriormente por la Corte (el 26 de septiembre de 2006) en el caso “*Almonacid Arellano contra Estado de Chile*”, sosteniendo que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”.

Entre otros fallos a tener en cuenta cabe mencionar *Gelman c/Uruguay* (2010). En 1986 el Poder Legislativo sancionó una ley de amnistía por los delitos cometidos fuerzas armadas hasta el 1/3/1985 que fue declarada constitucional por la Corte Suprema. La ley fue convalidada por un referéndum en 1989 y un plebiscito en 2009. La CIDH sostuvo que el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. Indicó además que *la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana*, por lo que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. *Barrios Altos vs. Perú* (14/3/2001). (Leyes de amnistía y convención). La CIDH sentenció que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes

de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos “.

Artavia Murillo contra Costa Rica (28/11/2012), sobre *fecundación artificial*. El argumento principal de la sentencia de la Corte Interamericana reside en que no identifica “concepción” con “fecundación” sino con “implantación”, expresando que, “la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. *El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción.* Entre muchas observaciones que pueden formularse a este fallo, resalto que la Corte no ignoraba los fundamentos biológicos y genéticos que afirman concluyentemente que “la palabra concepción es un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido que se produce con la fusión entre óvulo y espermatozoide” y que “la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un momento de concepción observable” (*cons.182*). Luego menciona las posiciones que niegan lo anterior, difiriendo el comienzo de la personalidad a momentos posteriores (*cons.183 a 186*) y es en este último considerando donde se decide según “prueba científica”, identificar la “concepción” con el “implante”. Sin embargo no se añaden argumentos que clarifiquen la racionalidad de tal aserto, que refleja la postura de un solo perito contra la opinión de otros, pues también conforme a lo mencionado precedentemente, en la causa se han aportado diversos argumentos de prueba a favor de la concepción como inicio de la vida humana.

Como reflexiones sobre este punto considero que la Corte Interamericana, ha asumido una orientación que no se compadece con lo establecido en la misma Convención en varios aspectos: *el primero* en la pretensión de extender la obligatoriedad de sus fallos más allá del Estado parte a los restantes Estados que ratificaron el tratado, pretensión que ignora lo establecido por el art. 68 inc. 1º de la Convención (“*Los Estado Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*”); *segundo* el uso de una interpretación del texto

convencional que en muchas oportunidades se encuentra en desacuerdo con los parámetros internacionales que rigen la materia, invocando teorías extrañas a la expresión constituyente de la Convención bajo la denominación de “evolutivas” o “progresivas” que obedecen a ideologías extrañas a la idiosincrasia de los Estados que ratificaron la competencia de la CIDH. A ello se añade el “soft law” al cual la CIDH se considera en total libertad para buscar la disposición que más le acomode y sin que al menos se conozca alguna reglamentación formal que oriente y torne obligatorio su modo de proceder”⁷; *tercero*, excede su competencia sostener que sus interpretaciones se encuentran en un nivel superior a los textos constitucionales; *cuarto*, transforma a los jueces nacionales en “convencionales”, con el deber de aplicar la normativa de la corte, función que conforme a alguna de sus sentencias deben asumir todos los estamentos jurídicos de las administraciones nacionales; *quinto* no respetar el espacio de reserva soberana de los Estados, delimitada por los principios de derecho público como tampoco las circunstancias atinentes al denominado margen de apreciación nacional.

2.2. Incidencia de la CIDH en la jurisprudencia y legislación nacional.

La reforma constitucional de 1994 marcó un hito de trascendencia respecto a la integración del derecho interno con el internacional especialmente el Derecho Interamericano de los derechos humanos, pues el art.75 inc. 22 establece que los tratados allí mencionados “tienen jerarquía superior a las leyes”, además “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional”, sin perjuicio de ello no derogan artículos de la primera parte de esta constitución y deben entenderse

⁷ Silva Abbott Max, *Una visión crítica del sistema Interamericano de los Derechos Humanos*, Santiago de Chile, 2016 (inédito).

complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos” Si bien antes y después de 1994 se dictaron diversos fallos relevantes ⁸, puede decirse que la orientación asumida por la CIDH a partir de 2003 incidió significativamente en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la primera década de este siglo, pues en sus votos mayoritarios tuvo en cuenta el derrotero del tribunal internacional. Estos temas tuvieron un relevante contenido político y expansión mediática tales como la prescripción, la irretroactividad de la ley, la cosa juzgada y las facultades constitucionales de indultar y amnistiar.

En este sentido, respecto a la **prescripción** entre otros varios fallos, cabe mencionar el caso *Arancibia Clavel Enrique Lautaro s/homicidio calificado*” (24 de agosto de 2004)⁹, en el se decidió que la acción penal no se había extinguida, pues las normas de la prescripción del ordenamiento jurídico interno *quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra*.¹⁰

⁸ El primer momento de estas relaciones entre la Constitución Nacional, los tratados internacionales y la legislación nacional, puede ubicarse en el *leading case* "S.A. Martín & Cía. Ltda. c/Administración Gral. De Puertos s/repeticón de pago", sentenciado en el año 1963 (Fallos: 257:99), en el que se debatía la preeminencia de un decreto de 1958 y el Tratado de Comercio y Navegación celebrado con Brasil en el año 1940. La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que ni el art. 31 ni el 100 atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación y que, por tal razón, no existía fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno. Se aplicaba el principio que "las leyes posteriores derogan a las anteriores". Por tanto para la Corte aplicó el decreto-ley 6575/58, ya que era posterior y modificadorio del tratado celebrado con anterioridad con Brasil. Posteriormente en el año 1992, la Corte Suprema modificó lo anterior en la causa *Ekmekdjian/Sofovich*" (Fallos: 315: 1492), fundándose, entre otros argumentos, en el art.27 de la Convención de Viena que prevee que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, que pasaban a tener superioridad sobre las leyes. Como ajustadamente apunta Truco que "a los dos años de dicha sentencia, la C.S. parece haber querido dejar a salvo la primacía del orden constitucional sobre los tratados internacionales ratificados por la Argentina, al indicar en los casos *Fibracca*" (7/7/1993) y "*Café La Virginia*" (13/10/1994) que los tratados gozaban de jerarquía superior a las leyes una vez resguardados los principios de derecho público establecidos por la Constitución Nacional. Luego en el caso "*Giroldi s/recurso de casación*" (1995) la Corte sostuvo que "La aludida jurisprudencia (de la CIDH) debe servir como guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de la C.I.D.H. para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la convención Americana (conf. art.75 C.N., 62 y 64 de la Convención y art. 2º ley 23.054)"

⁹ CSJN, *Fallos* 327:3312

¹⁰ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (26/11/1968) aprobada por ley 24584 (29/11/1995). Le otorga jerarquía constitucional por ley 25.778 (20/8/2003).

Poco después (10/5/2005) paradójicamente, la CSJN rechazó el pedido de extradición del etarra *Jesús Lariz Iriondo* alegando que las acciones de terrorismo que se le imputaban no constituían crímenes de “lesa humanidad” pese a que estaba probado que integraba la organización denominada ETA.

Respecto a la **irretroactividad de la ley** en la causa *Simón Julio* (14/6/2005) la CSJN manifestó que “*la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de "irretroactividad" de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.* Asimismo en el caso *Mazzeo Julio Lilio* ¹¹ referido a la **constitucionalidad del indulto y la cosa juzgada** (13 de julio de 2007), la mayoría del Tribunal asumió la doctrina de la CIDH del control de convencionalidad señalando que debía tomarse en cuenta no sólo el tratado sino la interpretación de dicha corte. Por tanto resolvió que *la cosa juzgada no era operativa en el juzgamiento de delitos de lesa humanidad y rechazó el planteo de la defensa.*

De acuerdo a lo expuesto, se han violado todos los criterios fundamentales del orden jurídico vigentes desde tiempo inmemorial, como el principio de legalidad, de defensa en juicio, la prescripción de la acción penal y la irretroactividad de las leyes que han causado un daño difícilmente reparable, no sólo por violar los derechos de los imputados sino por el resquebrajamiento de aquellos principios que parecen olvidados por algunos integrantes de las actuales generaciones de jueces. Pero también la CIDH ha incidido fuertemente en otros ámbitos distintos al penal, por ejemplo el ya citado fallo *Artavia Murillo* (fecundación artificial), es un antecedente asumido en el Código Civil y Comercial Unificado, en la ley 26.832 sobre TRHA, como también en las delicadas materias sobre el inicio de la existencia de la persona y filiación, al sostener el principio del implante, tanto en jurisprudencia como en doctrina.

No obstante el resultado de los fallos mencionados, varios jueces votaron en disidencia, en el primero de esos fallos, Dr.

¹¹ CSJN. *Fallos* 330:32480

Carlos Fayt, se remite al art. 27 de la Constitución Nacional ¹², según el cual los tratados internacionales deben estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la constitución y por tanto "es insanablemente nula, toda cláusula o pacto que atente contra la integridad, moral, política y soberana de la Nación ya que el Congreso no tiene facultad para dictarla, porque sería necesario convocar a una convención constituyente para reformar la Constitución y aprobar un pacto de esta naturaleza". Agrega "es indudable que sobre la base del art. 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio *"margen nacional de apreciación" delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional.*"¹³ En consecuencia el voto sostuvo la vigencia de la *prescripción de la acción aún en delitos denominados de "lesa humanidad"*, contrariamente a lo sostenido por la CIDH y la mayoría del tribunal local. También la Dra. Carmen Argibay fundó su disidencia en preceptos constitucionales que garantizan la eficacia de la cosa juzgada sin que las decisiones internacionales puedan hacer mella sobre esta instituto: *"Es que ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera."*

Distinta fue la situación planteada en el fallo *"Fontevicchia y D'Ámico c/Republica Argentina"* del 14 de febrero de 2017, ya que se encuadraba en el art. 68 inc. 1° de la Convención. Pese a ello, en su nueva composición el Tribunal hizo caso omiso parcialmente de la sentencia de la CIDH del 29 de noviembre de 2011 en cuanto dispuso dejar sin efecto la sentencia de la CSJN dictada en el año 2001 sosteniendo que no se encuentra en el marco de atribuciones de aquella Corte ni puede ser cumplida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la luz del ordenamiento constitucional nacional. Fundamentó su decisión sosteniendo que el sistema interamericano se define como subsidiario y la CIDH no

¹² Constitución Nacional. Art.27 El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

¹³ La cursiva no se encuentra en el original.

es un tribunal de apelación ni de cuarta instancia. Siguiendo la orientación de las disidencias antes mencionadas sostuvo que el constituyente ha consagrado en el art.27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad... entre dichos *principios incommovibles* se encuentra el carácter de esta corte como órgano supremo...art. 108 de la Constitución Nacional y reafirmó “la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como *valladar infranqueable* para los tratados internacionales.” Sin perjuicio del rechazo a “dejar sin efecto la sentencia nacional”, dio por cumplidas otras dos disposiciones de la CIDH.

2.3. El bloque de constitucionalidad. Los principios y valores.

Para entender la nueva perspectiva del Código Civil y Comercial Unificado es conveniente recurrir a la lectura de los “Fundamentos” que acompañaron a la presentación del proyecto ante el Congreso, equivalente a la exposición de motivos con que los legisladores avalan los suyos, o sea el “ideario” del que sería luego el código unificado. Allí se expresa “que tomamos muy en cuenta *los tratados en general, en particular los de derechos humanos*, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad.” Aquí se devela la importancia de las “fuentes internacionales” pues en realidad lo que interesó sobremanera a la comisión redactora ha sido la relevancia puesto en esos tribunales (en realidad la CIDH) y en la interpretaciones de sus jueces, que por lo que se ha explicado, han incursionado en derechos protegidos por el orden público nacional. El impacto consiste en que de ésta manera las decisiones de dichos tribunales pasan a ser la cúspide de la pirámide jurídica que ahora se denomina “bloque de constitucionalidad”. Los fundamentos también expresan que “*puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado*“, a lo que

por mi parte agrego que dicho sistema incluye a las interpretaciones de la CIDH.

Los “principios y valores” integrados al sistema de fuentes

Tiene también relevancia la modificación del sistema de fuentes. Al respecto me parece oportuno recurrir a la “*Presentación*” del Dr. Ricardo Lorenzetti (miembro de la comisión redactora y a la vez Presidente de la Corte Suprema de Justicia Nacional), que precedió al texto del Código en algunas ediciones, como de la editorial La Ley: “En las sociedades del siglo XXI todo cambia a ritmo acelerado y la diversidad prolifera. Por esa razón, debe pensarse en grandes lineamientos, en **principios y valores** que orienten y permitan su adaptación”.... “Un Código del siglo XXI se inserta en un sistema complejo, caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes.”¹⁴ En otra de sus obras afirmó que “El lenguaje jurídico se ha contaminado de genética, economía, moral, tecnología y computación y es poco lo que exporta al resto de la sociedad. ¿Asistimos a la era de la descodificación?”¹⁵

Como comentario marginal agrego que no deja de ser paradójico que el codificador asuma su función en la “era de la descodificación”, de lo que se deduce que nos encontramos ante un código descodificado o al menos desvalorizado frente a cualquier fuente del derecho que quiera competirle el liderazgo, que al parecer ya no existe. Va de suyo que el interprete a que se hace referencia es el juez que en definitiva deba elegir la normas adecuadas, que ahora ofrecen un amplio panorama que no se limita a la legislación.

¹⁴ Presentación Lorenzetti Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación. Legislación complementaria. Segunda edición actualizada, Thomson Reuters La Ley, 2015, Buenos Aires

¹⁵ Lorenzetti Ricardo, *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal Culzoni, 2006, segunda reimpresión 2014, Buenos Aires.

El recurso a los “principios y valores”, según los codificadores, tiene por motivo la inmovilidad de la legislación, ya que los nuevos cuestionamientos socioculturales requieren respuestas que demoran en llegar por esa vía. Pero cabe advertir que uno de los pilares de esta concepción es la del multiculturalismo que plantea varios desafíos difíciles de superar. En efecto, si bien la coexistencia de los valores dispares es presentada como un ideario superlativo, simultáneamente se advierte la dificultad natural de compaginar conductas fuertemente contradictorias que alegan sus propios derechos. Por lo tanto las doctrinas principistas pueden ser objeto de las siguientes observaciones: en primer término, no se menciona su fundamento, sin perjuicio que se los remite a la moral, la justicia, los valores, etc. ante lo cual cabe formularse la pregunta ¿en que se sustenta esa moral, justicia y valores? ¿acaso en las opciones multiculturales o los vaivenes sociológicos?, ¿existe alguna ontología que sirva de sustrato y una concepción antropológica que los presida? En esta dirección se advierte la agudeza de Zagrebelsky al expresar que “la palabra más aproximada para indicar el carácter del derecho en la actualidad es la de “ductilidad”. La coexistencia de valores y principios, de una Constitución “exige que cada uno de tales valores o principios se asuman con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimiento).¹⁶ En otras palabras, el fundamento normativo descansa en el relativismo al que concomitantemente se le otorga valor absoluto, lo cual no deja de resultar paradójico.

Considero que en la medida que los principios no tengan un anclaje en una ontología realista y una gnosceología objetiva, no son sino recursos para evadir cualquier tipo de normatividad ya sea iusnaturalista o positivista que limite la subjetividad de procedimientos constructivistas. Bien sostiene Prieto Sanchis que “definicionalmente los principios no garantizan la conexión del

¹⁶ Zagrebelsky Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*.pág. 14 Editorial Trotta S.A., 1995, Madrid

derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico” y agrega: “Tal vez, los principios sean uno de los últimos juguetes fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos,(de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas’).¹⁷

2.4. Nuevo enfoque sobre la función judicial.

Con anterioridad a la presentación del proyecto el Dr. Lorenzetti expresó: “El sistema actual abre un amplio campo para el interprete que debe “reconstruir” el derecho del caso mediante un proceso de selección de leyes, costumbres, ordenanzas, normas constitucionales, **principios, valores**.... La tarea del intérprete se ha vuelto decisiva, prueba de ello es el **rol protagónico que se le reconoce al juez**, así como la labor creativa de la jurisprudencia y la doctrina ¹⁸

A tenor de todo lo expuesto a lo largo de estas líneas, considero que el denominado “**rol protagónico de los jueces**”, no descansa simplemente en que se ha optado por el sistema del precedente judicial en vez de mantener la rigidez de la legislación, ya que la motivación más profunda de las innovaciones radica en consideraciones filosóficas y sociológicas, según las cuales los cambios anteceden al derecho pero a la vez se considera que ha desaparecido una única concepción de la vida para transformarse en una sociedad compuesta de miríadas de vivencias que tienen

¹⁷ Prieto Sanchís Luis, *Diez argumentos a propósito de los principios*. Jueces para la Democracia, n°26, 1996, pág.43, citado por Florencia Ratti Mendaña, *Los principios jurídicos: revisión histórica y concepción actual desde la perspectiva neoconstitucionalista*, El Derecho, diario de Doctrina y Jurisprudencia, 1° de julio de 2016, n° 13.988, Buenos Aires.

¹⁸ Lorenzetti Ricardo, *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal Culzoni, 2006, segunda reimpresión 2014, Buenos Aires.

como fuente a cada individuo singular cuyas apetencias mudan con tanta rapidez que la generalidad de la ley siempre llega tarde. De asumirse estas doctrinas, los jueces serán los operadores del derecho antes que por los legisladores, pluralismo bien reflejado por Zygmund Bauman bajo la denominación de “sociedad líquida”.¹⁹

El sistema del precedente implica un complejo andamiaje que no parece haber sido tenido en cuenta hasta ahora por los partidarios de estas mutaciones, ya que se ha producido una atomización de las decisiones judiciales en la que cada juez adopta una fuente según la conveniencia del caso a resolver, licuándose de esta manera la unidad del orden jurídico y la jerarquía normativa. En efecto, como explica Antonin Scalia, “la regla del precedente propia del *common law* requiere una ajustada técnica para discernir en cada caso entre el razonamiento principal y definitorio de un caso (*holding o ratio decidendi*) y los diversos dictados o razonamientos laterales y como principio, no resulta aplicable al derecho legislado, o sea a sistemas fundados en la norma positiva, en tanto su aplicación a ultranza importaría socar la base democrática de aquella, expresión de la voluntad general, confirmando al juez el poder de “hacer la ley” y no sólo aplicarla. La regla del precedente no constituye un principio de seguimiento absoluto. De allí el desarrollo de las técnicas de “distinción” (*distinguishing*) que permite a otros tribunales inaplicar el precedente mediante la búsqueda de diferencias (muchas veces sutiles) entre el caso que motivara el precedente y el que se está llamado a juzgar y del *overruling* por la cual el mismo tribunal que sentó el precedente deja éste de lado por no considerarlo ya más como la doctrina “correcta”.²⁰

¹⁹ Zygmund Bauman, *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, 2013, Buenos Aires.

²⁰ Scalia Antonin, *A matter of interpretation*, Princeton University Press, 1997 citado por Vitolo Alfredo E.D. 16/12/2013, *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*

3. Conclusiones.

Luego de todo lo expresado respecto a la CIDH, y las reformas constitucionales y el actual Código Civil y Comercial Unificado habidas en nuestro ordenamiento, queda planteada la duda respecto a la jerarquía normativa del sistema no teórica sino en la praxis, ¿legislación o precedentes judiciales, o ambos la vez? Resulta difícil una respuesta pues parecería que nos hallamos ante un híbrido que deberá ser encauzado con el tiempo.

Por ello, la tesis abordada en el título de esta exposición cuenta con suficientes referencias que avalan la incertidumbre que puebla el panorama jurídico actual. En efecto, es una realidad tangible el avance de la CIDH pretendiendo imponer la obligatoriedad de sus sentencias y hasta de sus recomendaciones a los Estados más allá de lo establecido por la Convención Americana, como también la desmedida e ideologizada interpretación de esos fallos respecto al texto que le dio origen; la sobrevaloración de los tratados internacionales inmersos en el denominado “bloque de constitucionalidad”, que en muchas ocasiones no tienen en cuenta lo establecido por los arts. 27, 31, 108 y concordantes de la Constitución Nacional, como también la función atribuida a los jueces con facultades para “reconstruir” el derecho. Mientras no se reforme la Constitución Nacional, la división de poderes es una base fundamental de la estabilidad de la República y por ende nuestro sistema dispone que sea el Congreso el encargado de legislar y el Poder Judicial quien imparte justicia en el marco legal.

Por mi parte estoy lejos de considerar el juez como “la boca de la ley” o de las normas, como enseñaba o Bugnet respecto al código de Napoleón, ya que considero que la tarea judicial también participa en la creación del derecho, entendiéndolo por tal “lo justo del caso concreto”, y para ello debe usar la prudencia jurídica que no en vano a través de los siglos fue conocida como *iuris prudentia*.

²¹ El conocimiento de las leyes no es prudencial, sino teórico, las

²¹ Considero que el concepto “creación” aquí empleado es metafórico, pero tiene su cuota de verosimilitud en tanto el “derecho” es lo que corresponde a las partes en disputa y en múltiples oportunidades se encuentra imbricado en una confusa situación fáctica. De ahí la acertada mención de la “opacidad” del derecho, pero a mi juicio desligado de la posible opacidad de la ley, pero

leyes ya “son”, la sentencia como norma particular tiene existencia a partir de su dictado. Además de ello el juez debe conocer el caso concreto ya que si bien las partes aportan sus argumentos y sus pruebas, está en sus manos conocer y producir una obra que *a priori* aún no es: la sentencia.²² Ha quedado claro que he tomado partido por la primacía de la ley, que si bien no descarta la existencia de otras fuentes, estas deben asumirse como complementarias dado que las características de aquellas son las únicas que pueden integrar un orden jurídico que brinde a su vez justicia y seguridad en base a la previsibilidad. Ayuda superar las controversias antes planteadas recordar que en su Teogonía Hesíodo lega a la tradición occidental las diosas hijas de Zeus y Temis, dispensadoras de los mayores bienes de las polis: *Eirene* es aquella que trae la paz, *Dike* la Justicia, y por último *Eunomia* las leyes, cuyo fruto es el orden. Por ello, algunos siglos después Heráclito todavía aconsejaba a los ciudadanos que lucharan por sus buenas leyes con tanto ahínco como por sus murallas.

referido al caso concreto. Por tanto el juez realiza una tarea creativa en descubrir lo suyo de cada uno en las controversias judiciales.

²² Quintana Eduardo Martín, *Notas sobre el derecho en el iunsturalismo*, pág. 157 segunda edición Educa, 2013.

