

TÍTULO PRELIMINAR

CAPÍTULO 1

Derecho

Por JULIO CÉSAR RIVERA

Art. 1º.— Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

I. COMENTARIO

1. Sobre la conveniencia de la recodificación

La renovación de los cuerpos principales del derecho privado, esto es, el Código Civil y el Código de Comercio, era una tarea necesaria, sobre la cual existía una convicción generalizada, demostrada por el hecho de que desde 1987 se habían sucedido tres proyectos de reforma parcial y uno de recodificación conocido como Proyecto de 1998.

Es que desde 1869 no solo habían pasado casi 150 años, sino que el Código de Comercio había recibido infinidad de reformas y virtualmente había sufrido un proceso de descodificación, pues materias de especial importancia como sociedades, concursos, transporte, letra de cambio y pagaré estaban ya reguladas en leyes especiales fuera del Código.

Por su parte el Código Civil había sido reformado en múltiples oportunidades; particularmente importante la de 1968 que había tocado puntos vitales, pues la responsabilidad civil fundada en la culpa empezó a coexistir con los factores objetivos de atribución; el valor absoluto de la palabra empeñada se vio morigerado por la incorporación de la lesión, el abuso del derecho, la imprevisión, en definitiva, todos corolarios del principio de buena fe que la reforma incorporó expresamente; el dominio, hasta entonces caracterizado como absoluto pasó a ser ejercido de

manera regular. En realidad, se ha dicho con justicia, que a partir de 1968 ya no regía el Código de Vélez sino el Código de Borda⁽¹⁾.

a) Reforma parcial o recodificación

La alternativa renovación parcial o recodificación no evidenciaba una mayoría definida por una u otra; pero a nuestro juicio la recodificación ha sido la vía más adecuada pues evita las incongruencias que se generan a partir de la reforma parcial introducida en viejos textos, escritos por “otros”, en “otros” tiempos y probablemente sobre la base de “otros” criterios rectores.

b) Unificación de la legislación civil y comercial

La unificación era una vieja aspiración de la doctrina nacional, expresada desde el 1er Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1940; eran aisladas las voces que sostenían la conveniencia de mantener un Código de Comercio separado del Código Civil; por otro lado, se evitó la tentación de crear un código de derecho de familia o de “las familias”, como han hecho otros países especialmente en el área latinoamericana;

c) Los méritos del Cód. Civ. y Com.

No puede dejar de destacarse que el Cód. Civ. y Com. tiene méritos intrínsecos. Entre ellos su método; en el punto cabe destacar no solo la existencia de un Título Preliminar que expande sus efectos sobre todo el código, sino también de una Parte General que refleja una antigua tradición académica argentina.

Y yendo al fondo de la regulación no hay dudas de que está inspirada en valores inexorablemente compatibles⁽²⁾. Entre ellos mencionamos el reconocimiento de “derechos colectivos”, el humanismo patentizado en la regulación de los derechos personalísimos, la protección de las partes “débiles” o “vulnerables” como los consumidores, así como el hecho de que el Cód. Civ. y Com. partiendo de la supremacía constitucional y de los tratados concreta los efectos de los principios que emanan de —a título de ejemplo— documentos internacionales como la Convención de Derechos del Niño y la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁽³⁾.

(1) Sobre la codificación y recodificación en Argentina remitimos a Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 7ª ed., Thomson Reuters, Buenos Aires, 2020, cap. VI, nros. 15 y ss.

(2) V. Rivera, Julio César, “Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia”, LL 11/11/2020, cita online: AR/DOC/3681/2020.

(3) Lorenzetti señala otros valores tales como el diálogo de fuentes, el derecho de la empresa adaptado a una economía en permanente transformación y la atención puesta en la tecnología, así como la incorporación de una teoría de la decisión judicial democrática, porque el juez debe decidir razonablemente; en “Cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación”, RC D 2916/2020.

Hecha esta breve introducción, comenzamos el repaso de algunas cuestiones que plantea este art. 1º del Cód. Civ. y Com. que pretende consagrar la denominada constitucionalización del derecho privado

2. La constitucionalización del derecho privado

a) *El derecho civil constitucional: ¿qué significa?*

Alberdi describió con precisión cuál debía ser el rol del Código Civil. Me permito transcribir algunos párrafos ilustrativos del pensamiento del extraordinario hombre público del siglo XIX: "...las leyes civiles no son sino leyes orgánicas de las disposiciones de la Constitución Nacional... Según esto, el Código Civil argentino debía ser el cuerpo metódico de leyes que organizaran *los derechos civiles* (enfaticado en el original) concedidos a todos los habitantes de la Nación por los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20. Esos derechos concedidos a todos los habitantes de la Nación, sean nacionales o extranjeros, no son derechos políticos, sino derechos civiles y ellos constituyen la sustancia y la base democrática de la legislación civil argentina. Si como dice Montesquieu, las leyes civiles tienen por objeto mantener la naturaleza y el principio del gobierno establecido o que se quiere establecer, la democracia debe estar en el Código Civil argentino, como está en la Constitución. Hijos ambos y codificación los dos de la revolución democrática del pueblo argentino, el Código Civil debe ser el contrafuerte democrático de la Constitución política..."⁽⁴⁾. De lo que resulta: "[E]l derecho civil argentino debía ser, como su Constitución, la expresión y realización de las miras liberales de la revolución de América en los pueblos del Plata"⁽⁵⁾, o, como lo dice poco más adelante: "[E]l derecho civil, como la Constitución de que ha de ser derivado estricto, debe ser la expresión codificada de la revolución democrática que dio nacimiento y ser a la Nación argentina. Esa es la mente del artículo 28 de la Constitución"⁽⁶⁾. Es difícilmente explicable por qué las ideas de Alberdi, tan claramente expresadas, pasaron casi desapercibidas para los civilistas del siglo XX⁽⁷⁾.

b) *La relación entre Constitución y Cód. Civ. y Com.*

El artículo en comentario comienza diciendo: "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte..." y según palabras de Lorenzetti se supone que ello implica "la comunicabilidad de principios entre el Derecho constitucional y el Derecho privado que ya no son esferas independientes", así como "el diálogo de fuentes expresamente establecido para articular la Constitución, los tratados, el código, las leyes infra constitucionales,

(4) Alberdi, Juan José, *Obras Completas*, La Tribuna, Buenos Aires, 1887, t. VII, p. 105.

(5) *Ibidem*, p. 82.

(6) *Ibidem*, p. 106.

(7) Un análisis pormenorizado del debate entre Alberdi y Vélez Sarsfield en: Bohmer, Martín, *The Politics of Legal Education in Argentina, USA and Chile*, JSD dissertation, Yale Law School, 2007.

la jurisprudencia y la costumbre”⁽⁸⁾. Así lo exponen los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto, diciendo: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.

Por nuestro lado hemos coincidido en que el Código Civil ha perdido el monopolio, su lugar central en beneficio de la Constitución, del derecho administrativo, del derecho del trabajo, entre otros; y por ello debe compartir su rol con leyes que hablan otra lengua y manejan otros conceptos⁽⁹⁾ y en particular hemos destacado la relación entre la Constitución y el derecho privado desde un trabajo publicado hace unos 25 años atrás⁽¹⁰⁾.

Dijimos allí que las normas de derecho privado incorporadas a la Constitución tienen:

— *Eficacia directa*: lo que significa que el sujeto que demanda la tutela jurisdiccional de una garantía o derecho constitucionalmente establecido puede hacerlo invocando la norma constitucional si no hubiere norma legal que desarrolle la garantía o derecho de que se trate; en definitiva, es una mera aplicación de la doctrina de la CS sentada en los precedentes “Siri” y “Kot”:

— *Eficacia derogatoria*: de modo que las normas civiles constitucionales derogan cualquier disposición legal contraria a la norma superior. A título de ejemplo: a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1994 debía considerarse derogada la previsión del Código Civil conforme la cual los bienes gananciales de origen dudoso eran de administración del marido.

— *Eficacia invalidatoria*: la disposición de jerarquía legal que se oponga a una norma constitucional es inválida, y por ello puede ser declarada inconstitucional por los jueces. Así, antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., sosteníamos que era inconstitucional la ley de nombre en tanto imponía a los hijos el apellido del padre, ya que constituía una discriminación contra la madre, violatoria de la Convención sobre Eliminación de Toda forma de Discriminación contra la Mujer.

— *Eficacia interpretativa*: quien interpreta la ley para aplicarla debe hacerlo de manera que esta resulte conforme a la norma constitucional; en otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de todos los textos comprendidos en la materia a que esta se refiere.

El tema de la interpretación de las normas civiles constitucionalizadas no es simple, pues cabe tener en consideración que el derecho civil tiene un contenido dado por la tradición jurídica, la doctrina y la jurisprudencia, de donde en principio el intérprete se guía por esos contenidos propios del derecho civil, por los métodos

(8) Lorenzetti, ob. cit.

(9) Sacco, Rodolfo, “A Civil Code Originated During the War (The Italian Codice Civile)”, en Rivera, Julio César, *The Scope and Structure of Civil Codes*, Springer, 2013.

(10) Rivera, Julio César, “El derecho privado constitucional”, RDPyC, nro. 7, a partir de p. 27.

de interpretación que son también propios del derecho civil. Por ello al intérprete le basta verificar que el resultado de su interpretación no sea contrario a la de la Constitución.

De todos modos, en la práctica y de hecho se plantean conflictos. En nuestro derecho es una materia particularmente compleja la de la responsabilidad civil de la prensa por violación del honor o de la intimidad de las personas. La Constitución protege la libertad de prensa y también la intimidad y el honor (la dignidad de las personas).

Entendemos que no ha de perderse de vista que las normas de derecho privado incorporadas a la Constitución no dejan de ser de derecho privado, y este debe ser interpretado conforme a sus principios so riesgo de ser desnaturalizado, pero —agregamos— siempre que esa interpretación no invalide el ideario democrático y liberal de la Constitución y los principios que emanan del derecho supranacional de los derechos humanos.

c) La constitucionalización según los Fundamentos

Con relación a la constitucionalización del derecho privado, la Comisión ha sido muy explícita. Dicen que el derecho privado “...toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

d) ¿La “constitucionalización” implica una banalización de la Constitución o es la mera expresión de la obvia supremacía constitucional?

Algunos constitucionalistas han criticado esta idea de la “constitucionalización del derecho privado”, señalando que no pasaría de ser un reconocimiento de la supremacía de la Constitución, cuyo efecto en definitiva sería la exigencia de seguir siempre una interpretación del derecho privado “conforme” a la CN y que abriría las puertas a la jurisdicción federal en materia de derecho común⁽¹¹⁾. Así Garay dice: “Puede ser que se piense esa ‘constitucionalización’ en términos muy vagos. En realidad, podría pensarse que los que emplean esta terminología estarían aludiendo,

(11) Garay, Alberto, “El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados”, RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 25, AR/DOC/2485/2015.

como Alberdi, retóricamente, a una conformidad con el espíritu de la Constitución o inspirada en tal o cual cláusula”⁽¹²⁾.

Es probable que los distinguidos autores citados tengan razón y los civilistas hayamos pensado la constitucionalización del derecho privado de manera un poco vaga. Es más, el mismo desafortunado art. 1º, Cód. Civ. y Com. hace verosímil la crítica, pues en definitiva ese artículo no hace más que señalar lo que es obvio, esto es que los casos deben ser resueltos conforme a las leyes —como si alguien pudiera pensar otra cosa— y que las fuentes del Derecho son la Constitución, los tratados (todos, y no solo los de derechos humanos) y las mismas leyes.

e) Entonces: ¿qué es la constitucionalización del derecho privado?

Por lo que venimos exponiendo se debe prescindir de esa perspectiva que, como denuncian algunos, limita la constitucionalización del derecho privado al obvio reconocimiento de la supremacía constitucional o a la también superflua mención de la Constitución y los tratados como fuentes de derecho positivo.

Nosotros entendemos que la constitucionalización del derecho privado, además del reconocimiento de la supremacía constitucional y la interpretación conforme, significa que:

— la fuente de los derechos y deberes regulados por el derecho privado se halla en la CN. Así, como es obvio, la regulación de los derechos reales, empezando por el dominio, encuentra su raíz en el art. 17, CN, precepto en el que también se asienta el derecho de propiedad sobre todos los derechos causados en los contratos; la igualdad constitucional es la que inspira la regulación del matrimonio y de las otras relaciones familiares; la autonomía personal ha de presidir el tratamiento que el derecho privado hace de las personas de capacidad disminuida y de los menores de edad, etcétera;

— de modo pues que, además de la “interpretación conforme”, el derecho privado tiene por finalidad instrumentar, organizar como decía Alberdi, los derechos reconocidos por la CN y, obviamente, ha de hacerlo en función de los principios consagrados por la Constitución;

En este sentido, el reconocimiento de los principios de inviolabilidad de la persona, dignidad personal, autonomía, tolerancia, igualdad, libre crítica es el presupuesto de la convivencia en un pluralismo razonable; estos son exigencias de la sociedad democrática.

Se trata de que cada persona cuente con la más amplia posibilidad de sostener y defender sus propias ideas, de persuadir y criticar a los demás, de conocer y adherir a formas de vida distintas; esta es la forma en que se garantiza un igual respeto a

(12) Garay, ob. cit.; en la misma orientación Dalla Via, Alberto, “El programa económico de la Constitución Nacional”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, 2017-115; “Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial”, LL 2014-B, 913, cita online: AR/DOC/1098/2014; “La Constitución y el Código Civil y Comercial. Reflexiones sobre el derecho público y el derecho privado”, JA 2015-II, 958, cita online: AR/DOC/4878/2015.

todos: permitir que se expresen, critiquen a los demás y se eduquen mutuamente en la diversidad⁽¹³⁾.

Sobre tales principios se está construyendo el derecho en el momento actual; sus fuentes son la CN, los tratados de derechos humanos de los que Argentina forma parte y también el Cód. Civ. y Com. en cuanto ha sido particularmente sensible al proceso de constitucionalización del derecho privado.

Lo que queremos destacar aquí es que la relación entre la Constitución y el derecho privado no se limita a que este no contradiga el texto constitucional en una interpretación minimalista. Esa relación exige un derecho privado que milite efectivamente por la concreción del ideario democrático y liberal de la Constitución.

De allí que la Constitución tenga no solo el efecto interpretativo, sino también los ya mencionados efectos derogatorio e invalidatorio de las normas de derecho privado que no sean conformes con aquella.

f) Lo que “no es” la constitucionalización

El peligro que encierra la generalización de la idea de “constitucionalización” es que el derecho privado codificado o legislado sea sustituido por una serie de principios vaporosos que habiliten a los jueces a apartarse de la ley y sustituirlo por su propio sentimiento de justicia.

Un ejemplo clarísimo de este curioso modo de pensar el derecho privado lo suministra Gil Domínguez cuando dice: “La lógica del Código Civil y Comercial se enmarca en la fuerza normativa de la Constitución y de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos, los cuales pueden ser aplicados de oficio, mediante interpretaciones conformes o bien de forma directa. Está basada en la garantía del derecho a la libertad de intimidad, la protección de la familia ampliada, el interés superior del niño, la protección del más débil, la no progresividad tuitiva, el derecho al uso del uso y goce de los bienes vinculado al interés social y el derecho a la no discriminación como norma de cierre. También en un *iura novit curia* constitucional y convencional que no puede responder de forma legicentrista y abstracta ante el ejercicio de derechos en situaciones concretas (aunque sean antinómicas) ni en los juicios pendientes ni en los que se inician cuando el Código Civil y Comercial entre en vigencia”.

A esto —para crear más confusión de la que ya crea su ditirámico discurso— agrega que una posición sustentada por nosotros con relación a la aplicación de las nuevas leyes a los casos en trámite, aparece “confinada en la ley como techo del ordenamiento jurídico, la Constitución como una norma política sin fuerza normativa y los jueces como meros subsumidores silogísticos, sin percibir que dicho paradigma ha sido modificado por el Código Civil y Comercial a través del sistema de fuentes establecido, del particularismo aplicativo y del rol de los jueces como concretizadores y ponderadores de derechos que el Código debe garantizar, pero no estructurar”⁽¹⁴⁾.

(13) Gargarella, Roberto, “Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, JA del 26/11/2003.

(14) Gil Domínguez, Andrés, “El art. 7 del Código Civil y Comercial y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional”, RCCyC 2015 (julio), 01/07/2015, 16, AR/DOC/1952/2015.

O sea que, para Gil Domínguez, el Cód. Civ. y Com. es un cuerpo de 2600 artículos que garantiza, pero no estructura las instituciones que toca. Y en definitiva todo lo que dice el Cód. Civ. y Com. en esos miles de artículos es papel mojado si al juez concretizador se le ocurre aplicar —de oficio obviamente— un *iura curia novit* constitucional y convencional.

El que mejor ha expresado su alarma ante estas tesis ha sido el prestigioso jurista Ricardo Guibourg. No podemos evitar la tentación de transcribir unos párrafos de una “columna de opinión” de su autoría publicada pocos meses después de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. Dice Guibourg: “Basta leer los arts. 1, 2, 3 y 10 para advertir que el legislador se siente más próximo del Sermón de la Montaña que de la descarnada precisión del Código Napoleón, y que, al reservarse una función moralmente rectora, renuncia a la función de establecer criterios operativos para cederla, en la práctica, a los jueces. En efecto, si la interpretación de la ley adquiere el margen de discrecionalidad que le confieren los derechos y principios constitucionales y convencionales, si la interpretación y la comparación de estos últimos dependen de las decisiones judiciales, si estas decisiones (de las que se requiere una controvertible razonabilidad) y las opiniones de los autores se influyen recíprocamente todo el tiempo manteniendo, a la vez, su indeterminación y su pluralidad, todos los límites entre las fuentes del derecho se vuelven tan maleables y difusas como el derecho mismo.

”En síntesis, el contenido de las normas, incluso las del propio código, depende de un juego circular de conceptos vagos a la espera de algún *deus ex machina* que los llene de luminosas (y justas) verdades. Pero ese personaje no viene (nunca vino) del cielo mismo, sino de la tramoya teatral del sistema político: son los jueces quienes se ven conminados a asumir ese papel y se espera de ellos que satisfagan a todos, bajo pena de linchamiento mediático, jurídico o aun físico. En efecto, quien se ve perjudicado por una decisión judicial tenderá a pensar que el magistrado no ha sabido o no ha querido comprender el verdadero sentido de derechos, principios y valores, por lo que ha ejercido deficientemente la función encomendada. Un verdadero presente griego para quienes solo cuentan con su conciencia, conocen y ejercen los disensos y saben que en un proceso hay quien gana y quien pierde.

”En estas condiciones, el nuevo código aparece como un sincero y entusiasta registro del ocaso del derecho, precisamente en el único punto donde su aporte fue alguna vez efectivo. En tono de chanza algo exagerada, podría decirse que, luego de leer el título preliminar, todo el resto del Código ha de tenerse por no escrito, hasta tal punto su contenido queda sujeto a principios imprecisos, a criterios de interpretación subjetivos y cambiantes y a procedimientos de ponderación de derechos y valores que siempre terminan reducidos al ojo de buen cubero (tan parecido al ojo de mal cubero que no hay método objetivo que permita distinguir entre los dos”⁽¹⁵⁾).

Pero lo más grave es que estas ideas calan en la jurisprudencia, y así aparecen émulos locales del *bon juge Magnaud*⁽¹⁶⁾ que, lisa y llanamente, prescindan de las soluciones del Cód. Civ. y Com. o de la ley aplicable al caso, para resolver lo que les

(15) Guibourg, Ricardo A., “El sincero ocaso del derecho,” LL 2015-D, 1229, AR/DOC/2309/2015.

(16) Es conocido que Paul Magnaud fue reconocido por sus sentencias justas, lo que le valieron que el mismo Clemenceau lo llamara *le bon juge*, expresión que lo acompaña en su lápida.

indica su conciencia, para lo cual siempre van a encontrar el apoyo de algún principio establecido en alguna convención internacional.

En el nro. II de este mismo comentario incluimos y comentamos algunas decisiones judiciales que caen en estos excesos.

Estos pocos ejemplos revelan cómo el manejo arbitrario de ciertos principios generales permite a los jueces evadirse de la legalidad. Lo que están haciendo no es verificar la inconstitucionalidad de alguna regla concreta, sino sustituyendo el derecho aplicable por su propio e individual sentimiento de justicia.

Y sobre esto ya hemos dicho que no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico —en concreto para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales— como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular, del sistema de fuentes). Es irrelevante cuál sea el resultado —en términos de justicia o de injusticia— de tal apartamiento; una sentencia *justa* dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende *ajustada a derecho*⁽¹⁷⁾.

Si todo se reduce a la aplicación de una serie de principios más o menos vagos —el interés superior del niño, la familia integrada— no solo se está limitando el derecho a su función de resolución de casos judiciales, sino peor aún, se está restando toda relevancia al derecho infra constitucional y abriendo el cauce a lo que Irti denuncia como *puro subjetivismo* judicial absolutamente contradictorio con el funcionamiento de un Estado de Derecho⁽¹⁸⁾ en el cual los ciudadanos no están obligados a hacer lo que *la ley* no manda ni privados de lo que ella no prohíbe (art. 19, CN).

Casi es superfluo decir que esta versión *aggiornada* y elegante del derecho libre que se propone en Argentina no rige en ningún país del sistema romano germánico, pues aun el Código Civil suizo pone mayores exigencias⁽¹⁹⁾. Sobre el punto hemos dicho antes de ahora —siguiendo a Elías P. Guastavino— que los “...principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado”⁽²⁰⁾.

Lo cierto es que nuestro derecho privado está cayendo en este “viva la Pepa” pues la constitucionalización del derecho privado se usa para justificar y fundar cualquier solución judicial al margen de la ley; así se la invoca en el derecho de familia para

(17) Beltrán, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional*, Madrid, 1989, p. 79.

(18) Irti, Natalino, “Nomoe e Lex (Stato de Diritto come Stato della Legge)”, *Rivista di Diritto Civile*, 2016-3-589 y ss.

(19) Cód. Civil suizo, art. 1º: A. *Application de la loi. 1. La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de ses dispositions. 2. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce sel on le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. 3 Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.*

(20) Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 7ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, cap. X. nro. X, p. 396, con cita de Guastavino, Elías P., “Los principios generales del Derecho”, *Anales de la Academia de Córdoba*, ts. XVII y XVIII, a partir de p. 135.

aceptar la pluriparentalidad, la maternidad subrogada, la inseminación post mortem etc.; en el derecho laboral, en la responsabilidad civil, en la protección de la vivienda, etc., etc. Con lo cual abre la puerta a ese derecho de principios que prescinde de la legalidad demasiado fácilmente.

Y, para mostrar lo peligroso que es este “derecho privado de principios” ajeno o cada vez más alejado de la legalidad, basta con recordar lo que un historiador y filósofo alemán dice de la relación entre los jueces y la ley en la época del nacional-socialismo: “No fue necesario modificar el BGB, los jueces simplemente recurrieron a un principio general que les autorizó a adecuar el derecho privado a la ideología imperante: se enseñaba públicamente que el juez estaba no solo justificado sino obligado a desviarse de la ley siempre así lo exigieran los principios del orden popular... La seguridad jurídica ya no era la meta del derecho privado...”⁽²¹⁾.

3. La convencionalización del derecho privado

Como si la constitucionalización no generara ya pocos problemas, se añade la denominada “convencionalización” del derecho privado, que resulta de este mismo artículo y del siguiente cuando alude a las convenciones o tratados de derechos humanos y que lleva a la doctrina y la jurisprudencia a hablar ya no exclusivamente del control de constitucionalidad sino también del control de convencionalidad. Por supuesto la recurrencia a los principios generales que sientan los tratados y convenciones de derechos humanos permiten evadir muy fácilmente la legalidad; los textos del Cód. Civ. y Com. son declarados inconstitucionales o inconventionales con frecuencia solo porque el juzgador —a veces el doctrinario— simplemente no está conforme con la solución del Cód. Civ. y Com. o de cualquier otra ley.

La convencionalización genera algunas cuestiones fundamentales, tales como: (i) cuál es la norma jerárquicamente superior: la Constitución o las convenciones de derechos humanos; (ii) cuál es la última instancia en materia de derechos humanos: la CS o la Corte Interamericana. En estos puntos coincidimos con Alfonso Santiago quien, siguiendo a la doctrina sentada por la CS en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, afirma la supremacía constitucional y que la CS es la última instancia en nuestro sistema, con lo cual la Corte Interamericana no puede dar órdenes a la CS ni revocar sus decisiones⁽²²⁾.

4. El diálogo de fuentes

Explica Gonzalo Sozzo⁽²³⁾, distinguido profesor de la Universidad Nacional del Litoral, que el “diálogo de fuentes” es una teorización alternativa y superadora del

(21) Hattenahuer, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, traducción de Gonzalo Hernández, Barcelona, 1987, cap. XI, nro. 11, ps. 206 y ss.

(22) Santiago, Alfonso, “La resolución por parte del juez nacional de posibles conflictos insalvables entre normas constitucionales y convencionales: supremacía constitucional y primacía normativa”, en Santiago - Basset, *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas*, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2022.

(23) Sozzo, Gonzalo, “El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino”, *Revista de Derecho de Daños*. 2016-1-223; en particular a partir de p. 229.

dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno, que se basaba en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de la especificidad o de jerarquía. Se refiere a las reglas: ley posterior deroga ley anterior; ley especial deroga ley general; norma de jerarquía superior deroga norma de jerarquía inferior (v.gr., una norma constitucional tiene efecto derogatorio sobre cualquier ley o decreto que la contradiga).

Según esta formulación, el sistema normativo es un complejo producto de la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias; por ello, unas reglas de resolución de conflictos normativos que hicieran prevalecer unas sobre otras equivaldrían a una pérdida de riqueza por disminución de la diversidad. De modo que el diálogo de fuentes se propone, para el caso de conflictos normativos, poner en práctica una labor de coordinación entre las fuentes, lo cual tendría importancia en el sistema de derecho privado donde convive el código con los microsistemas tales como las leyes de defensa del consumidor, de protección de los niños, niñas y adolescentes o de sociedades.

Los Fundamentos del Cód. Civ. y Com. se han hecho eco de esto e insisten en destacar las ventajas y méritos del diálogo de fuentes.

Así, para justificar la existencia del Título Preliminar y la enumeración de las fuentes y de los medios de interpretación, los Fundamentos dicen que “es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no solo de reglas, sino también de principios y valores. En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación con la interpretación de estas.

”La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. En el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo, como se dijo, reglas para la decisión judicial”.

Los Fundamentos exponen desde estas primeras expresiones el centralismo de la decisión judicial y del Código como instrumento para que los jueces decidan, minimizando así la acción de los demás operadores jurídicos y sin advertir que miles de decisiones con efectos jurídicos se adoptan fuera de los tribunales y nunca llegarán a ellos. Por lo demás, como lo exponen los mismos Fundamentos —y en esto coincide la doctrina—, el “diálogo de fuentes” tendrá su verdadero campo de aplicación en la interpretación de las leyes.

La expresión no es necesariamente feliz ni su contenido particularmente útil. Es que el artículo 1 pretende ampliar las fuentes y que se entable entre ellas un “diálogo”, pero resulta que ese “diálogo” se entabla entre sistemas jurídicos de distinta jerarquía, y con una amplitud e indefinición que exige, a fin de sostener precisamente los derechos humanos fundamentales y los principios que fundan el sistema democrático y republicano que ese diálogo de fuentes se haga en el marco del sistema de jerarquías normativas impuestas por nuestro marco constitucional y convencional, de modo que la relación entre una norma superior con la norma de derecho privado implica invariablemente la derogación de la inferior si hay contradicción con la superior o una convalidación si no la hay, siendo indispensable resguardar el ámbito de autonomía del derecho privado de lo que deduce que el juez debe —salvo evidente contradicción— aplicar la norma de derecho privado que es la que regula directamente la especie

jurídica sobre la que debe decidir. Y agrega Basset a quien seguimos en este punto: “El juez debe presumir la coherencia del derecho privado con el derecho fundamental y asumir que, en principio, el juicio de coherencia fue hecho por el legislador”⁽²⁴⁾.

5. Exégesis. Observaciones al art. 1º, Cód. Civ. y Com.

No cabe duda de que, si la constitucionalización del derecho privado se aprecia desde el art. 1 del Código no llegaríamos a ninguna conclusión toda vez que ese precepto es susceptible de múltiples objeciones:

— empieza refiriéndose a “los casos”, lo cual es sumamente impreciso⁽²⁵⁾, pues no parece que el código pudiera referirse exclusivamente a los “casos judiciales”⁽²⁶⁾ por lo que se ha entendido que con esa expresión alude a los supuestos de hecho aprehendidos en cada regla (lo que conocemos como *fattispecie* o *tabestandt*⁽²⁷⁾);

— luego cae en la obviedad ya señalada, esto es, que “los casos” se resuelven según las leyes;

— es una mera reiteración del art. 31, CN invocar la Constitución y los tratados como fuentes jerárquicamente superiores;

— es errada la limitación a los tratados “de derechos humanos” pues todos los tratados son ley suprema de la Nación⁽²⁸⁾, incluso los que versan sobre temas de derecho patrimonial como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías;

— sigue diciendo “a tal efecto”, pero no sabemos cuál de los distintos efectos previstos en las frases precedentes es el aludido⁽²⁹⁾;

(24) Basset, Ursula, “El efecto horizontal de las normas en el derecho argentino. La incidencia de los derechos humanos en el derecho de familia y de las personas”, en Santiago - Basset, ob. cit. en la nota precedente.

(25) Sin perjuicio de lo que decimos en el mismo párrafo, téngase en cuenta que en los Fundamentos se lee que los dos primeros capítulos del Título Preliminar están principalmente dirigidos a jueces y juezas, con lo cual se sugiere claramente que la intención del legislador es que el art. 1º es entender *casos* en el sentido de conflicto que llega a la resolución del juez. Por suerte, los mismos Fundamentos nos indican que debemos prescindir de la intención del legislador histórico e interpretar las normas de un modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

(26) Hemos dicho antes de ahora: “El Derecho —comprendiendo en tal noción a la ley y demás fuentes invocadas en el art. 1 del Cód. Civ. y Com.— no tiene por misión exclusiva resolver casos como parece predicarlo el art. 1 del Cód. Civ. y Com. en su primera frase. Allí —en esa primera frase que alude a ‘los casos que este Código rige’— radica probablemente un error serio del Cód. Civ. y Com. La misión primera del derecho no reside en impartir pautas a los jueces para resolver los casos, sino más bien en generar reglas destinadas a ordenar las conductas de los ciudadanos a fin de evitar que existan casos que lleguen a los jueces”: Rivera, Julio César, “Políticas legislativa y judicial en materia de derecho transitorio”, *Revista Código Civil y Comercial*, año III, nro. 1, febrero 2017, p. 149; conf., López de Zavalía (h), Fernando, “Código Civil y Comercial: subsistencia de reglas previstas en textos ya derogados”, LL 2016-E, 1170.

(27) Garay, ob. cit.

(28) Racimo, Fernando, “La inconstitucionalidad del art. 1 del CCC y otros problemas del Título Preliminar”, JA 2017-III-fasc. 10, p. 1.

(29) Garay, ob. cit.

— la finalidad de la norma no es una fuente, sino un criterio de interpretación como lo pone de manifiesto el art. 2º, Cód. Civ. y Com.;

— los principios generales del derecho, que tienen una función integrativa —según lo ponen de relieve los mismos Fundamentos— no aparecen mencionados como fuente, prescindiendo así de una regla consagrada por Vélez Sarsfield en el Código de 1869 y que mereció el reconocimiento unánime de la doctrina⁽³⁰⁾;

— se refiere a los usos, prácticas y costumbre como si todo fuera lo mismo; en realidad solo es fuente de derecho objetivo la costumbre; en algunos casos pueden serlo los usos del comercio; pero las prácticas entre las partes de una relación jurídica tienen una función distinta⁽³¹⁾, cual es integrar la relación contractual, tal cual lo dice acertadamente el art. 964, inc. c).

6. Exégesis: la omisión de la jurisprudencia

Una omisión significativa es la de la jurisprudencia sobre todo porque el Anteproyecto sí la mencionaba expresamente, aunque los Fundamentos no se refirieron en concreto a las razones por las cuales la jurisprudencia aparecía mencionada en el art. 1º. Una explicación fue dada por Lorenzetti diciendo: “En un sistema complejo existe una relación ineludible de la norma codificada con la Constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta establece un diálogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado (arts. 1, 2, 3). Se trata de directivas para la decisión judicial que debe comenzar por el método deductivo, someterse al control de los precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento y dar explicaciones suficientemente razonables”⁽³²⁾.

Pero el texto sancionado no reprodujo el propiciado por el Anteproyecto. Y por ello sustituyó la frase destacada por “A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma”.

La modificación es doblemente desafortunada. En primer lugar, porque la finalidad de la norma no es una fuente, sino un medio de interpretación de la ley; y en segundo lugar porque, aparezca o no la jurisprudencia en el art. 1º, los abogados y jueces van a seguir acudiendo a esta como fuente de conocimiento del Derecho efectivamente vigente y como fuente de inspiración para la toma de decisiones. Como señala Alberto Garay, ni el art. 1º ni ninguna otra norma del nuevo Código prohíbe a los jueces acudir a la jurisprudencia; no están obligados a hacerlo, pero tampoco impedidos de ello. Por lo que el texto del art. 1º conserva la situación en que estábamos antes del Cód. Civ. y Com.; y en los hechos, como decíamos, los jueces y abogados van a recurrir permanentemente a los precedentes. Es más, la CS reivindica el carácter ejemplarizador de sus precedentes, pues resuelve de manera constante que “...cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el

(30) El art. 16 del código derogado disponía: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

(31) Sobre la distinción entre costumbre, usos y prácticas, v.: Ghedin - Barbier, *Traité de Droit Civil, Introduction Générale*, 5ª ed., LGCJ, Paris, 2018, nro. 975, p. 814.

(32) Lorenzetti, Ricardo, *Anteproyecto de Código Civil y Comercial*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 4.

error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del caso debe buscarse en la doctrina de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dada la autoridad institucional de sus decisiones fundada en la condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”⁽³³⁾.

II. JURISPRUDENCIA

1. Es imposible mencionar todas las decisiones judiciales que apelan a la constitucionalización del derecho privado para fundar cualquier solución. Nos limitamos entonces a algunas sentencias que nos parecen ilustrativas, comenzando por la sentencia de la CS en el caso citado en el texto, Ministerio de Relaciones Exteriores. Tratándose de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pasada en autoridad de cosa juzgada, la orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de dejarla sin efecto es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino; el constituyente ha consagrado en el art. 27 de la Constitución Nacional una esfera de reserva soberana, y éste es el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino.

2. Dejar sin efecto —sinónimo de revocar— la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Menem” —Fallos: 324:295; AR/JUR/3292/2001—, en virtud de la orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fontevicchia” —AR/JUR/81007/2011— implicaría transformar a ese tribunal en una “cuarta instancia” revisora de las sentencias dictadas por el Máximo Tribunal, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar al sistema.

3. Las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste. Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales, es decir, con ese alcance en que se ha obligado internacionalmente a acatar sus decisiones (CS, 14/02/2017, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [Cita online: AR/JUR/66/2017. El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LL del 20/02/2017, p. 9, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview].

4. En una ejecución de pagaré de consumo es admisible la integración del título ejecutivo con documentación adicional, formando un título complejo que permite compatibilizar la legislación cambiaria con las previsiones protectorias del consumidor, máxime cuando esa pauta hermenéutica se enmarca en el cambio de paradigma que surge del Título Preliminar del nuevo Código Civil y Comercial, que consagra el “diálogo de fuentes” y la constitucionalización del derecho privado y que establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado —arts. 1, 2 y 12, Título Preliminar del Código Civil y Comercial— (CCiv. y Com.

(33) CS, 22/05/2018, “Viñas, Pablo c. EN - M. de Justicia y DD.HH. s/indemnizaciones - ley 24.043 - art. 3º”, Fallos 341:570, cita online: AR/JUR/18733/2018.

Azul, sala II, 14/05/2015, “Banco Industrial Sociedad Anónima c. Suárez, Roque Ramón s/cobro ejecutivo”, cita online: AR/JUR/24245/2015).

5. La actuación del Ministerio Público Fiscal en el proceso de divorcio deviene inoficiosa, dilatoria y produce una intromisión innecesaria por parte del Estado en las relaciones familiares, que contrarían el paradigma de la nueva legislación civil —arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.—, ello en función a la simplificación del trámite allí establecido —art. 438 del Cód. Civ. y Com.— (Juzg. Familia Viedma, 11/09/2017, cita online: AR/JUR/70814/2017).

6. La solicitud de autorización judicial para la realización de transferencia de embriones mediante la gestación por sustitución —en el caso, a través de la hermana de la actora— es admisible pues si bien no existe previsión legal expresa en nuestro ordenamiento jurídico tampoco hay norma que prohíba la gestación por otro, ni que disponga sanción de nulidad como consecuencia de su utilización, por lo que se trata de una TRHA permitida ya que en razón del principio de legalidad —art. 19 Const. Nacional— todo lo que no está prohibido está permitido (Trib. Colegiado Flia. Rosario, 05/12/2017, “H., M. E. y otros s/Venias y dispensas”, cita online: AR/JUR/105404/2017).

7. Es válido el contrato de maternidad subrogada (1ª Inst. Civ. Cap., 18/06/2013, “N.N. o D. G., M. B. M. s/inscripción de nacimiento”, LL 2013-D, 195; DFyP 2013 (octubre), 86 con nota de Sabrina M. Berger, DFyP 2013 (octubre), 105 con nota de Andrés Gitter; ídem, 20/09/2016, “B., B. M. y otro c. G., Y. A s/ impugnación de filiación”, AR/JUR/70743/2016; ídem, 18/05/2015, “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad”, LL 2015-C, 521, DFyP 2015 (noviembre), 208 con nota de Sabrina M. Berger, DFyP 2015 (noviembre), 220 con nota de Ludmila Viar y Jorge Nicolás Lafferrière; C. Cont. Adm. y Tributario de la CABA, sala I, 04/08/2017, “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo”, LL 2017-E, 594, RCCyC 2018 (mayo), 131 con nota de Jorge N. Lafferrière y Juan Bautista Eleta⁽³⁴⁾).

8. Es inconstitucional el art. 562, CCyC conforme al cual en la filiación natural la maternidad se determina por el parto (JFamilia Lomas de Zamora nro. 7, 30/12/20015, “H. M. y otro s/ medidas precautorias - art. 232 del CPCC”, 2016-C, 89 con nota de Úrsula C. Basset).

9. El CCyC dispone en el art. 560 que el consentimiento para el uso de los gametos a los efectos de las técnicas de fertilización asistida debe renovarse cada vez que se procede a su utilización; y por lo tanto no autoriza la inseminación post mórtem. Cabe apuntar que la inseminación post mórtem estaba expresamente prevista —bajo una serie de condiciones y efectos— en el art. 563 del Anteproyecto. Todo ello no fue óbice para que un juez autorizara una inseminación post mórtem

(34) Entre otros: Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o D. G., M. B. M. s/inscripción de nacimiento”, LL 2013-D, 195; DFyP 2013 (octubre), 86 con nota de Sabrina M. Berger, DFyP 2013 (octubre), 105 con nota de Andrés Gitter; Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil nro. 8, 20/09/2016, “B., B. M. y otro c. G., Y. A s/impugnación de filiación”, AR/JUR/70743/2016; Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil nro. 102, 18/05/2015, “C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad”, LL 2015-C, 521; DFyP 2015 (noviembre), 208 con nota de Sabrina M. Berger; DFyP 2015 (noviembre), 220 con nota de Ludmila Viar y Jorge Nicolás Lafferrière; C. Cont. Adm. y Tributario de la CABA, sala I, 04/08/2017, “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/amparo”, LL 2017-E, 594; RCCyC 2018 (mayo), 131 con nota de Jorge N. Lafferrière y Juan Bautista Eleta.

(1ª Inst. Civ. Cap., 05/05/2016, “N. O. C. P. s/ autorización”, LL 2016-D, 219, con nota crítica de Eduardo A. Sambrizzi). Por suerte también se encuentra algún precedente que ha desestimado la posibilidad de la inseminación post mortem con fundamento en que ello implicaría una violación de los derechos personalísimos del fallecido (1ª Inst. Civil Capital Federal, “C., E. s/ autorización”, 05/02/2020, cita online: AR/JUR/158/2020; CNCiv., sala B, D., “M. H. y otros s/ autorización”, 03/04/2018, cita online: AR/JUR/20162/2018).

10. Otro ejemplo: el silencio legal otorga a los jueces un amplio margen de acción a los fines de ponderar los intereses en juego para autorizar la práctica de la gestación por sustitución entre dos hombres unidos civilmente —padres intencionales—, y la gestante, en la forma peticionada, es decir, por implantación del embrión formado por gametos de uno de los padres intencionales y ovodonación (donación anónima) en el útero de la gestante, toda vez que pues la gestación por sustitución es una realidad que está ocurriendo en el mundo y en el país, de modo que no habilitarla obliga a los ciudadanos argentinos a recurrir a esta técnica en el extranjero, y negar la validez de esta práctica médica la convertiría en una técnica de elite (1ra. Inst. Civ. y Com. y de Familia, Villa María, 21.5.2020, “R., L. A. y otros s/ sumaria”, publicado por el SAIJ).

11. A fin de reconocer el derecho a la pluriparentalidad, para así evitar que una niña debiera optar entre su padre jurídico —no biológico y su padre biológico— no jurídico (sic), se ha invocado el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Juzgado Familia y Sucesiones Monteros, Tucumán, “L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación”. 07/02/2020. Cita Online: AR/JUR/132/2020) que bajo el epígrafe “Protección de la Familia” dedica 3 de sus cinco incisos a *la familia matrimonial...*

Art. 2º.— Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

I. COMENTARIO

1. Alcance de este comentario

La interpretación de la ley es un tema extraordinariamente complejo, que, por supuesto excede del derecho privado, pues abarca todas las ramas del derecho legislado.

De allí que desde Savigny en adelante hayan mediado infinidad de criterios que ha desarrollado la doctrina para abordar la cuestión⁽³⁵⁾.

Por lo tanto, aclaramos que aquí haremos solo la exégesis del art. 2º, dejando de lado en lo posible las disquisiciones que se han hecho sobre las múltiples cuestiones a que da lugar uno de los temas más espinosos y complejos con el que nos enfrentamos en el campo del Derecho.

(35) V. Vigo, Rodolfo, *Interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999; en el último año solamente: Quintana, Eduardo Martín, “Legislación e interpretación: ¿una relación controvertida?”, LL 20/01/2021, cita online: AR/DOC/3919/2019; Guibourg, Ricardo, “La interpretación correcta, más o menos”, LL 18/12/2020, cita online: AR/DOC/3874/2020.

2. Qué es interpretar

Interpretar es buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa, y apreciar su eficiencia en cuanto al gobierno de las relaciones jurídicas, aparentemente comprendidas en el ámbito de su vigencia

3. Interpretación de la ley o interpretación jurídica

Es de uso común la expresión interpretación de la ley; pero, partiendo de la idea de que el Cód. Civ. y Com. pretende deslindar los conceptos de “ley” y “derecho”, y que la interpretación se aplica no solo a la ley, sino a todas las fuentes formales y materiales, sería más apropiada la expresión “interpretación jurídica”.

4. Normas a las que se aplica

La tarea de interpretar se aplica a todas las normas, lo que incluye a la “ley clara” pues la tarea sencilla de leer el precepto claro y captar su sentido también es interpretación; es interpretación fácil, pero no por ello deja de serlo.

La idea de que la norma clara no requiere interpretación es entonces falaz; ella solo quiere significar cuando de las palabras del precepto se deduce de modo indudable la voluntad legislativa, no debe admitirse, so pretexto de interpretar la norma, la indagación de un pensamiento y una voluntad distintas.

Por lo demás, el derecho consuetudinario, esto es la costumbre y los usos, también debe ser interpretado. Ello así por cuanto, al constituir normas jurídicas aplicables a un caso dado, la interpretación debe preceder a esa aplicación, para determinar cuál norma es aplicable, cuál no, y cuál es su recto sentido. Por otro lado, generalmente su interpretación es aún más necesaria que la de la ley, a causa de la imprecisión e incertidumbre de las reglas creadas por el uso.

Lo mismo aplica a las reglas del *soft law* y aun a la jurisprudencia, pues no se trata de aplicar mecánicamente un precedente —aun obligatorio— pues, antes de hacerlo, es preciso determinar su alcance y la analogía de las circunstancias fácticas que motivaron su dictado.

De modo pues que la interpretación es una tarea que siempre está presente en la tarea judicial antes de resolver, sea que la decisión se funde en la ley o en cualquier otra fuente formal o material. Además, la interpretación es una actividad que despliegan los abogados y todos los operadores jurídicos cuando litigan y cuando asesoran⁽³⁶⁾. Un abogado que interviene en la celebración de un contrato debe conocer la norma que se aplica, pero, además, debe entenderla y finalmente debe saber cómo la interpretan y la aplican los jueces.

5. La interpretación gramatical

El texto en análisis comienza diciendo que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras. Se trata, por decirlo con Savigny del elemento gramatical⁽³⁷⁾.

(36) Vigo, ob. cit.

(37) Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, en Rivera - Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2015, comentario al art. 2º, nro. 1.

Los Fundamentos arguyen, para justificar tal texto, que “de conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley”.

a) Cuál es el sentido de “las palabras de la ley”

Una de las dudas que se genera en esta materia es si la interpretación ha de ceñirse al sentido técnico de las palabras o al sentido vulgar; la mayor parte de la doctrina ha concluido en que debe predominar el sentido técnico, pues se presume que es parte del lenguaje especializado empleado por el legislador, aunque ello no implica tampoco desatender el sentido vulgar cuando así surge de la ley.

Cabe señalar, aunque resulte de Perogrullo, que la búsqueda del sentido de las palabras de la ley es solo el inicio de la tarea interpretativa y es, muchas veces, absolutamente insuficiente, pues el lenguaje en el campo del derecho presenta los problemas de su vaguedad, ambigüedad y textura abierta (Carrió).

b) Valor de los epígrafes

El texto de las normas singulares es precedido, a veces, por un breve título, epígrafe o rúbrica, que anuncia, resume y a veces aclara su contenido, a imitación de las obras didácticas con los llamados “títulos marginales”; así sucedía entre nosotros con las leyes de concursos (24.522) y de sociedades comerciales (19.550), pero ahora la cuestión resulta todavía más relevante, pues es la técnica empleada por el Cód. Civ. y Com. Reconocida la utilidad práctica de tal experiencia, debe advertirse que ese epígrafe, en cierto sentido, forma parte de la norma; a veces sirve para integrarla, como ocurre cuando este va más allá de lo que es el contenido efectivo del texto que sigue al epígrafe, aunque con más frecuencia dice menos este que la ley; en ese caso, naturalmente, no podrá entenderse que el epígrafe limite el contenido de la norma.

Cabe apuntar que la doctrina ha señalado múltiples errores o ambigüedades en los epígrafes del Código Civil y Comercial⁽³⁸⁾.

c) Definiciones

Las definiciones tienen en general un valor vinculante, son imperativas; pues, sin estar expresadas en términos de un mandato u orden dado por la ley, sino de concepto, se constituyen en elementos de otras normas, respecto de las cuales aclaran el alcance y el sentido. En definitiva, son elementos lógicos, indispensables para formular un precepto o una prohibición, y pueden llamarse “normas definitivas interpretativas”.

6. La finalidad de la ley: el elemento teleológico

El Cód. Civ. y Com. alude en dos oportunidades a la finalidad de la ley. Lo hace en el art. 1º, en un párrafo que fue agregado en el Senado en sustitución de la referencia

(38) Racimo, Fernando, “Los títulos en el Código Civil y Comercial de la Nación”, SJA 01/017/2015, 3; JA 2015-III; Negri, Nicolás J., “El valor del epígrafe en los artículos de las leyes”, LL 02/03/2021, 5, cita online: AR/DOC/372/2021.

que el Anteproyecto hacía a la jurisprudencia como fuente del derecho. Ya hemos señalado que esta alusión en el art. 1º es desafortunada, pues la finalidad no es una fuente, sino un criterio de la interpretación. Por lo demás, tal mención en el art. 1º es tautológica, toda vez que se reitera en el art. 2º.

Ahora bien: mencionado expresamente el elemento teleológico en el texto del Cód. Civ. y Com., cabe tratar de precisar qué función cumple. Entendemos que tiene una doble formulación.

Por un lado, la interpretación debe estar vinculada con la finalidad de la ley, con los motivos que determinaron su sanción, y con la ocasión en que fue dictada, es decir, se trata de la investigación de la *ratio* y de la *ocasio legis*, con lo cual se penetra en el espíritu de la disposición, que no puede ser interpretado si no se descubre el pensamiento íntimo en esta encerrado.

El segundo aspecto del elemento teleológico está en el resultado en sí de la interpretación; de este el intérprete no puede desvincularse. Bien ha dicho nuestra jurisprudencia, en reiteradas oportunidades, que el intérprete no puede prescindir de las consecuencias que derivan de un fallo, toda vez que este constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y de su congruencia en el sistema en el que está engarzada la norma⁽³⁹⁾; por ello ha de buscarse siempre una interpretación valiosa de lo que las normas han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones injustas, cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin de la tarea judicial⁽⁴⁰⁾.

En síntesis, como han dicho muchas veces nuestros tribunales civiles, no es posible que el intérprete maneje los artículos de la ley en un estado de indiferencia por los resultados⁽⁴¹⁾.

Finalmente, el resultado de la interpretación debe ser siempre compatible con la CN, pues de otro modo tornaría la ley en inconstitucional.

7. La analogía

El precepto continúa la mención de “las leyes análogas”. Esto es lo que se podría denominar interpretación integradora.

a) Concepto

La analogía es la aplicación a un caso de una norma que se refiere a un caso distinto, pero que ofrece con el primero una semejanza que el intérprete considera suficiente para que la aplicación esté justificada, por concurrir en uno y otro la misma razón. En síntesis, semejanza e identidad de razón son las dos notas en que se funda la aplicación de la analogía.

(39) CS, 06/11/1980, ED 95-554, sum. 35.

(40) CS, 24/04/1986, ED 20-A-842, sum. 1; *idem*, 27/06/1985, ED 116-308.

(41) CNCiv., sala E, 10/08/1982, ED 102-654; *idem*, 23/12/1981, ED 98-470.

b) Analogía de ley y analogía del derecho

La analogía de ley va de lo particular a lo particular; ante el vacío de la ley, se aplica otra norma legal. La analogía del derecho procede a una abstracción general por base de las reglas particulares; induce de estas principios generales que luego aplica al caso.

c) Regla de interpretación o fuente del derecho

El art. 2º del Cód. Civ. y Com. menciona a la analogía entre las reglas de interpretación. El código derogado parecía, en cambio, atribuirle la función de fuente del derecho en tanto el juez podía recurrir a ella para resolver los casos en que mediara silencio u oscuridad de la ley (art. 16).

La solución adoptada por el Cód. Civ. y Com. parece la preferible, pues la función de la analogía no es crear derecho, sino integrarlo. Por ello, lo que en todo caso podría considerarse como fuente no es la analogía misma, sino la “norma” o principio que se crea a través del procedimiento analógico⁽⁴²⁾.

d) Fundamentos

El fundamento de la aplicación analógica es el argumento *a pari ratione*, donde la razón es la misma, idéntica debe ser la norma de derecho, pero suponiendo la igualdad de caracteres entre dos situaciones jurídicas. Deriva, en definitiva, del principio general de igualdad.

e) Analogía e interpretación extensiva

Se intenta diferenciar una de la otra. En la primera, es decir, en la analogía, se trata de hallar una nueva norma que surge de otra superior que, a través de la analogía, se aplica indirectamente; en cambio, en la interpretación extensiva, no se hace más que ampliar el contenido de la norma a casos no previstos literalmente en esta pero incluidos en su espíritu.

Para invocar la analogía, debe faltar una norma reguladora de la materia de que se trata; por la analogía se obtiene un principio no expreso en el que se pretende subsumir el caso no previsto, mientras que en la interpretación extensiva se procura descubrir el verdadero sentido de la norma existente; la analogía, como decimos, a diferencia de la interpretación extensiva, procura descubrir nuevas normas.

f) Requisitos de procedencia

Para que proceda la analogía, es necesario que se den tres requisitos:

- que haya laguna legal; caso contrario, no sería aplicación analógica sino interpretación extensiva;
- que concurra la misma *ratio decidendi* o igualdad jurídica esencial entre el supuesto regulado y el que no lo está;
- que no exista prohibición legal de recurrir a la analogía.

(42) Salguero, Manuel, *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

g) Exclusiones de la analogía

No pueden ser aplicadas analógicamente las leyes que tienen un puro carácter temporal, es decir que están destinadas a regir por un tiempo; las que se refieren a circunstancias excepcionales, como por ejemplo algunas dictadas durante la pandemia para afrontar algunos de sus efectos; las leyes prohibitivas y sancionadoras; las limitativas de la capacidad de las personas y de los derechos subjetivos; las normas de derecho singular o excepcional.

8. Los tratados de derechos humanos

a) El denominado “bloque de constitucionalidad”

La reforma constitucional de 1994 establece que tienen jerarquía constitucional los tratados y convenciones de derechos humanos que menciona en el inc. 22 del art. 75. Al atribuirse tal jerarquía constitucional a los tratados, la doctrina alude a la existencia de un *bloque de constitucionalidad*, definido por Bidart Campos como un conjunto normativo que tiene disposiciones, valores o principios materialmente constitucionales⁽⁴³⁾, fuera de la Constitución documental, cuya finalidad consiste en ser el parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales. De allí que se hable hoy no solo del control de constitucionalidad, sino también del control de convencionalidad, lo que implica que los jueces deben contrastar el derecho interno infraconstitucional —entre estos, el derecho civil— no solo con la Constitución, sino también con las convenciones internacionales de jerarquía constitucional.

b) Los Fundamentos

En los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto se lee que “cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los Tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema”

9. Los principios y valores jurídicos

a) Noción: los valores jurídicos

El art. 2º alude a los principios generales y a los valores jurídicos, expresión que no aparecía en el Código derogado. Es entonces del caso preguntarse qué quiere decir el Cód. Civ. y Com. al usar esta expresión. Siguiendo a Negri, podemos decir que los valores jurídicos son aquellas cualidades de las conductas humanas que, por ser consideradas positivamente desde la perspectiva del bienestar, mejora o perfección de la vida personal y social, resultan jurídicamente tutelables⁽⁴⁴⁾. Se erigen en aspectos de los bienes individuales o colectivos por ser en sí mismo valiosos (el ma-

(43) Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 265 y ss.

(44) Negri, Nicolás J., “Análisis crítico de los arts. 1, 2 y 3 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial”, *Revista Código Civil y Comercial*, año II, nro. 11, diciembre 2016, p. 59.

trmonio, la vivienda familiar, el contrato), o como fines (las conductas dirigidas a proteger la dignidad, la vida, la integridad personal, etcétera).

Negri identifica estos valores con los mencionados en el Preámbulo de la CN —en cuanto fines— y con los bienes y derechos asegurados por la primera parte de la CN.

b) Noción: los principios generales

¿Qué es un principio de derecho? Es una idea rectora, o, en otras palabras, los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación existente o posible⁽⁴⁵⁾. Un importante sector de la doctrina agrega aquellos enunciados jurídicos que constituyen mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y epistémicas existentes (Negri citando a Alexy); y en relación con esta última idea se dice, en sentido amplio, que los principios son enunciados que establecen objetivos sociales, económicos, políticos, etc. y, en sentido estricto, que son exigencias de justicia, equidad y moral que, por vía interpretativa, brinda el significado de las normas del sistema (generalmente a los jueces), para brindar una solución a los casos jurídicos (Negri citando a Dworkin).

La segunda cuestión que se plantea es la siguiente: ¿de dónde emanan esos pensamientos rectores que se califican de principios generales? Al respecto existen dos concepciones posibles, la iusnaturalista y la positivista.

b.1) Orientación iusnaturalista

Para la corriente que podríamos denominar “iusnaturalista”, los principios generales del derecho son los principios del derecho natural, como aparecía reconocido en el art. 7º del Código Civil austríaco de 1811, y en el art. 15 del Código sardo de 1837, ambas fuentes del art. 16 del Código derogado. En corriente de opinión semejante, se alude a principios que emanan de *la idea de justicia*) o de *la naturaleza de las cosas*.

b.2) Orientación positivista

Otra corriente de pensamiento es la positivista, que concatena los principios generales con el derecho positivo; se habla así de los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado (art. 12, Cód. Civ. italiano), de los principios básicos del derecho vigente, de los postulados genéricos que se abstraen de las normas jurídicas. Estas expresiones tienen en común que encarnan los principios generales del derecho en el sistema jurídico positivo, por lo que, en última instancia, son principios científicos o sistemáticos.

b.3) Criterios que combinan ambos conceptos

Hemos sostenido con Bueres que, en la idea de principios generales, pueden tener cabida ambos conceptos⁽⁴⁶⁾. No escapa a nadie que ciertas reglas (o principios

(45) Larenz, Karl, *Derecho justo*, trad. de Luis Díez Picazo, Madrid, 1985.

(46) Bueres, Alberto J. - Rivera, Julio C., “Dación de órganos entre vivos: ¿interpretación o apartamiento de la ley?”, LL 1984-B-188.

no formulados normativamente en forma específica por su esencialidad u obviedad) pueden dimanar del derecho positivo, sea que se los induzca de normas particulares o que se los aprehenda por deducción sistemática (principios dogmáticos).

Amén de ello, hay reglas determinantes de la regulación de un instituto jurídico que pueden basarse en datos histórico-legislativos previos, pero que, siendo informadores del derecho positivo plasmado, quedan incorporados a este (principios institucionales).

Pero ello no puede oscurecer que la especie más trascendente del género está dada por las reglas derivadas del orden natural, de la naturaleza de las cosas, que al decir de Larenz, operan como fundamento inicial de la regulación positiva.

c) Funciones que cumplen

El texto legal induce a pensar que los principios generales tienen una función interpretativa y, si se quiere, de control axiológico de la decisión judicial. También tienen una función integrativa; así lo preveía el art. 16 del Código derogado y así lo reconocen los mismos Fundamentos del Anteproyecto, pero lo cierto es que como lo señalamos en el comentario al art. 1º, los principios generales no aparecen mencionados como fuente.

d) Enumeración de los principios generales

En general, los autores del derecho civil no realizan una exposición sistemática de los denominados “principios generales”. De modo que suelen enunciarse como tales, sin mayor rigor científico, los principios constitucionales como la propiedad privada (art. 17), la igualdad (art. 22), la regla según la cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19).

De otro lado se afirma que constituyen principios del derecho civil la buena fe, el *pacta sunt servanda*, el abuso del derecho, que nadie puede ir en contra de sus propios actos, el enriquecimiento sin causa. Algunos autores como Larenz y Guastavino han intentado sistematizar la exposición de los principios generales; hemos desarrollado el tema en otra obra a la que remitimos⁽⁴⁷⁾.

e) Invocación y prueba de un principio general

Si se pretende la solución de un conflicto judicial por vía de la aplicación de un principio general, debe afirmarse:

— la vigencia del principio general, exponiendo los argumentos en cuya virtud el principio deba considerarse como general del derecho en nuestro ordenamiento, citando los textos legales que los sancionen o haciendo ver la conexión existente entre el principio y ciertos textos o bien aportando la sentencia con que lo reconoce o aplica;

— se debe acreditar que no hay ley o costumbre aplicable al caso. Estos criterios emanan de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, pero pueden considerarse aplicables también a nuestro derecho.

(47) Rivera, *Instituciones...*, cit.

f) Límites de la aplicación del principio general⁽⁴⁸⁾

La aplicación de los principios generales como fuente de autointegración requiere, como dato previo, que no exista una normativa aplicable al caso. Es que los jueces deben sujetarse al sistema de fuentes. El conocido filósofo del Derecho Ronald Dworkin dice que atañe a la responsabilidad del juez y al cumplimiento de su deber el respetar tanto la jurisprudencia⁽⁴⁹⁾ anterior (esté o no de acuerdo con esta) como el sistema de fuentes en general.

De modo que el desconocimiento del sistema de fuentes es calificado por Dworkin como *lawless judging*, que es traducido como *enjuiciamiento antijurídico o al margen del método legal*⁽⁵⁰⁾.

Las ideas de Dworkin sobre el punto han sido condensadas por uno de sus comentaristas, el profesor español Miguel Beltrán, del modo que sigue:

— la teoría constitucional de un juez no le permite situarse al margen del sistema de fuentes⁽⁵¹⁾;

— el juez que prefiere su propia teoría al sistema de fuentes incurre en *terrorismo judicial*⁽⁵²⁾;

— no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico (en concreto para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales) como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular del sistema de fuentes). Es irrelevante cuál sea el resultado —en términos de justicia o de injusticia— de tal apartamiento; una sentencia *justa* dictada al margen del procedimiento legalmente establecido (procedimiento cuyo fin es precisamente la garantía del Estado de derecho) sencillamente no es de recibo, y ni siquiera es de recibo si por justa se entiende *ajustada a derecho*⁽⁵³⁾.

Es que esos principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las

(48) Bibliografía especial: Dworkin, Roland, “Los derechos en serio”, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, 1989, p. 20; Rodríguez, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, 1997, nota 49 en p. 34; Rivera, Julio César, “Límites de las facultades judiciales (en el régimen de división de poderes y en el sistema de fuentes del derecho privado argentino)”, LL 1999-D, 1229; Cita Online AR/DOC/9043/2001; publicado también en *Revista Crítica de Derecho Privado* (Montevideo - Uruguay) nro. 1, año 2004, p. 167; Cataudella, Antonino, “L’uso abusivo di principi”, *Rivista di Diritto Civile*, 2014.747; Sargos, Pierre, “Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les garde-fous del excès du droit”, *La Semaine Juridique* 2001-I-306.

(49) Dworkin está refiriéndose a la jurisprudencia constitucional de la Corte que se concreta en el sistema del *stare decisis*.

(50) Beltrán, Miguel, *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, 1989, p. 66.

(51) Tanto esté resolviendo un caso de derecho constitucional como un caso en que deba aplicar el derecho privado.

(52) Beltrán, ob. cit., p. 67.

(53) *Ibidem*, p. 79.

construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado⁽⁵⁴⁾.

Por último, debe tenerse presente que, aun cuando haya sido derogado el art. 16 del Cód. Civil, la aplicación de los principios generales se hace teniendo en consideración las circunstancias del caso, examen que debe hacerse en concreto y no en abstracto, con particular referencia a las modalidades del caso⁽⁵⁵⁾; de allí que, en el caso citado, la CS haya resuelto que es arbitraria la sentencia que no contiene ningún examen de las circunstancias particulares de la causa y sí solo un conjunto de reflexiones generales, pues así el juez sustituye al legislador y, con la apariencia de aplicar la ley, en realidad la modifica.

10. El elemento sistemático: el llamado diálogo de fuentes

El art. 2º concluye diciendo que la interpretación debe hacerse de modo coherente con todo el ordenamiento. Con ello incorpora lo que Savigny denominaba elemento sistemático que obliga a considerar al ordenamiento jurídico como un todo orgánico por lo que el juez o el operador jurídico no puede prescindir, al interpretar la ley, de la idea de que el resultado al que arribe debe ser coherente con los principios y valores jurídicos algunos de los cuales emanan de los tratados de derechos humanos. Por lo demás, el Cód. Civ. y Com. debe ser leído y entendido a la luz de la CN; ninguna interpretación es válida si con esta se llega a un resultado repugnante a la Constitución, los tratados de derechos humanos y a los principios y valores

Este criterio ha sido muy seguido por la jurisprudencia nacional; así, la Corte Suprema, con referencia a la Constitución, ha dicho que ella debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente; en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto⁽⁵⁶⁾.

Por ello mismo la Corte ha dicho que debe computarse la totalidad de los preceptos de la ley, de manera que armonice con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la CN, y en casos no expresamente contemplados ha de preferirse la inteligencia que favorece, y no la que dificulte aquella armonía, a los fines perseguidos por las reglas⁽⁵⁷⁾.

(54) Guastavino, ob. cit., p. 146.

(55) CS, Fallos 239:367; transcripto en CS, 04/09/1988, LL 1989-B-5. Este último caso es un paradigma de la aplicación de la regla *pacta sunt servanda* cuando se trata de contratos entre empresas; la Cámara de Apelaciones en lo Comercial había declarado abusiva la cláusula de un contrato de concesión sin plazo que autorizaba, por ende, al concedente a rescindirlo en cualquier momento. La Corte anuló ese pronunciamiento, afirmando que la Cámara había confundido estabilidad con perpetuidad; y que cuando la teoría del abuso del derecho es utilizada para privar de efectos a una cláusula contractual, su uso debe ser restrictivo, de modo que, solo cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo, debe acudir a este remedio excepcional.

(56) CS, 23/11/1976, Fallos 296:432.

(57) CS, 05/10/1976, Fallos 296:22; *idem*, 15/03/1977, Fallos 297:142; *idem*, 01/11/1977, Fallos, 299:93; *idem*, 05/06/1979, Fallos 301:460.

10.1. El llamado “diálogo de fuentes”

Ya nos hemos referido al “diálogo de fuentes” (*supra*, art. 1º, nro. 4) concluyendo que esta idea no agrega nada a lo ya conocido. Agregamos aquí para reforzar nuestra argumentación que desde el siglo XIX, Savigny hablaba del elemento sistemático de la interpretación jurídica, que importa concebir el ordenamiento normativo como un todo (v., en este mismo capítulo, nro. 30), lo que implica por lo tanto coordinación entre las fuentes normativas. Y, en el ámbito propio del derecho civil y como una consecuencia de la generación de microsistemas legislativos, se afirma desde hace décadas que el código opera como una suerte de centro del sistema alrededor del cual orbitan los microsistemas. El código es el tejido conjuntivo que permite la interacción entre estos y los hace comprensibles (v. Capítulo VI, nro. 36).

Por lo demás, la coordinación se hace mientras sea posible. Pero, como ya lo hemos señalado (comentario al art. 1º, nro. 4), si una norma contraviene claramente una disposición constitucional, no siendo por lo tanto susceptible de una interpretación acorde con el texto de la Constitución, no cabe duda de que prevalece la de jerarquía superior; por ello hemos hablado del efecto derogatorio de la Constitución; así, durante la vigencia del Código hoy derogado, se sostuvo la derogación de la regla del Código que establecía la administración del marido sobre los gananciales de origen dudoso. Lo mismo pasa con el nuevo Cód. Civ. y Com. en varias oportunidades; así, al establecer que “la apertura del concurso... no hace caducar el plazo” (art. 353), ha derogado la regla implícita de la ley de concursos que establecía que el concurso preventivo sí hace caducar el plazo; es que el plazo caduca o no caduca, no caben “interpretaciones coordinadoras”.

La idea básica es que, si conviven dos disposiciones que se dirigen a la misma relación o situación jurídica, debe prevalecer la idea de la coordinación. De allí que el derecho infraconstitucional deba ser interpretado y aplicado a la luz de la Constitución como lo dispone el art. 1º, Cód. Civ. y Com. La derogación —por vía de la declaración de inconstitucionalidad— de la norma de jerarquía inferior es excepcional, y solo sucede cuando la de menor jerarquía es definitivamente incompatible con la Constitución, como en el ejemplo que hemos dado de los bienes gananciales de origen dudoso.

Lo mismo sucede cuando los órdenes normativos están en la misma jerarquía. El Cód. Civ. y Com. y la Ley de Defensa del Consumidor son leyes, por lo que debe prevalecer la interpretación que permita la subsistencia de las reglas de ambos ordenamientos. Solo por excepción cabría sostener la derogación de una de estas por la aplicación de los criterios de temporalidad o de especificidad.

Por lo expuesto insistimos en que la idea del “diálogo de fuentes” no agrega mucho y solo es una nueva etiqueta para desarrollos que la doctrina venía haciendo desde hacía mucho tiempo.

II. JURISPRUDENCIA

1. Nuestra Corte Suprema afirma que las leyes deben interpretarse según el sentido propio de las palabras, sin violentar su sentido específico (CS, 27/07/1976, *Fallos* 295:376); pero, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es

propio de la interpretación indagar lo que estas dicen jurídicamente; en esta indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a estas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (CS, 28/04/1981, ED 95-552, sum. 25), dado que la misión del Poder Judicial no se agota con la remisión a la letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho, y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (CS, 02/08/1983, ED 107-164).

2. Interpretación sistemática. La única inteligencia posible que cabe asignar al art. 181 de la LCT es la que equipara a varones y mujeres para acceder a la protección especial en caso de despido por matrimonio; ello frente a la necesidad de contar con criterios interpretativos homogéneos que aseguren la coexistencia armónica de las disposiciones existentes en las distintas ramas del ordenamiento nacional (CS, 24/09/2020, Puig, Fernando Rodolfo c. Minera Santa Cruz S.A. s/ Despido, cita online: AR/JUR/40617/2020).

3. Los principios y valores; los tratados de derechos humanos: El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Y así, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en diversos pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud y destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública e garantizar ese derecho con acciones positivas (CCF 129 2006/CA2-CS1 “S., J. L. c. Comisión Nac. Asesora para la Int. de Personas Discapac. y otro s/ amparo”, sentencia del 5 de diciembre de 2017, voto del juez Rosatti) (en CS, 30/04/2020, C., J. C. c. EN -Mº de Defensa - Ejército s/ daños y perjuicios • Cita Fallos Corte: 343:264 Cita Online: AR/JUR/14914/2020). En la misma sentencia se dijo que es inadmisibles la interpretación que implique frustrar la sustancia de su derecho, puede encontrar sustento formal en la letra de la ley pero jamás en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional.

Art. 3º.— Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

I. COMENTARIO⁽⁵⁸⁾

1. Introducción

Con el advenimiento del Estado moderno y la organización institucional del proceso judicial (art. 116, CN; art. 1º, ley 27)⁽⁵⁹⁾, así como la adopción del postulado del

(58) En el comentario a este artículo colaboró el Dr. Nicolás J. Negri.

(59) Rocco, Ugo, *Derecho procesal civil*, trad. F. de J. Tena, Porrúa, México, 1939, p. 7; Couture, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1960, ps. 30 y ss., nro. 19. Carlos, Eduardo B., *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Ejea, Buenos Aires, 1959, ps. 128 y ss.; Podetti, Ramiro J., *Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral*, 2ª ed., actual. V.

“legislador racional”⁽⁶⁰⁾, los ordenamientos jurídicos prohíben que el juez se niegue a juzgar los casos que llegan a su conocimiento⁽⁶¹⁾.

El art. 4º del Código Napoleón dispone: “El juez que se niegue a juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o silencio de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”⁽⁶²⁾. Los antecedentes de esta disposición se remontan al derecho romano y a la expresión latina *non liquet* que significa “no está claro”⁽⁶³⁾ (en Roma antigua, cuando el juez no podía resolver la litis porque no encontraba la solución para el caso, sea porque no tenía una norma aplicable o ella era oscura o insuficiente, empleaba aquella expresión latina, permitiéndose que la cuestión permaneciese indefinida).

Con el propósito de evitar la llamada “denegación de justicia” (no resolver un litigio), los códigos procesales incorporaron una serie de normas fijando plazos para dictar sentencia; admitiendo recursos por retardo o denegación de justicia; estableciendo soluciones cuando se plantean cuestiones de competencia entre distintos jueces, etc.⁽⁶⁴⁾. Por otra parte, constituye un principio básico del sistema republicano que no puede haber en el derecho privado conflictos que no tengan solución. En caso contrario, la organización del Estado sería inadecuada para lograr la paz social entre los habitantes. De ahí que el juzgador podía —en los supuestos mencionados de laguna, oscuridad o insuficiencia legal (cfr. art. 15, Cód. Civil)— aplicar la analogía y los principios generales del derecho (art. 16, Cód. cit.)⁽⁶⁵⁾.

2. Deber de resolver

El deber consagrado en la norma en comentario tiene por destinatario a los jueces que integran el poder judicial⁽⁶⁶⁾, es decir, aquellos que ejercen la función jurisdiccional⁽⁶⁷⁾. Los *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la*

A. Guerrero Laconte, Ediar, Buenos Aires, 1973, ps. 17 y ss.; Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed. actual. por Carlos E. Camps, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 169, nro. 181.

(60) Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1980, ps. 328 y ss.; Ezquiaga, Francisco J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en *Isonomía*, México, octubre de 1994, nro. 1, ps. 69-98.

(61) Grajales, Amós A. - Negri, Nicolás J., *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 85, § 12.

(62) “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”.

(63) Gernaert Willmar, Lucio R. R., *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 107-108; Grajales, Amós A. - Negri, Nicolás J., *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 85, § 12.

(64) Llambías, Jorge J., *Código Civil Anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 38.

(65) Llambías, Jorge J., ob. cit., t. I, p. 39; Cifuentes, Santos (dir.) - Sagarna, Fernando A. (coord.), *Código Civil Comentado y Anotado*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, ps. 20-21; Rezzónico, Juan C., *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 123.

(66) Rezzónico, Juan C., *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, ps. 119-122, nota 3.

(67) Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, 1958, Depalma, ps. 145-146, n. 90.

Nación explican que con ese art. 3º “... se regula la obligación de decidir, dirigida a los jueces, conforme con la tradición en nuestro Código Civil”.

En principio, solo debería referirse a los jueces con competencia en el fuero civil y comercial. Sin embargo, por la fuerza de la tradición que ha tenido el art. 15 del Cód. Civil en nuestro orden jurídico (fuente de la presente disposición), como ocurre también con otras normas que siempre han sido su inserción en dicho cuerpo legal (como ocurre también con todo el Capítulo 2 referido a la “Ley”), el alcance de estas disposiciones desborda el derecho privado⁽⁶⁸⁾.

El deber de los jueces no se limita a resolver el asunto sometido a juzgamiento —el que es llevado a su conocimiento por la acción (el “derecho de pedir la actuación de la ley”⁽⁶⁹⁾)—, sino que califica el modo en que el asunto debe ser resuelto: la decisión debe ser “razonablemente fundada” (generalmente es la sentencia definitiva que pone fin a la litis, pero también puede comprender a otras decisiones judiciales que resultan equiparables (p. ej., una medida cautelar que evita un daño irreparable).

A continuación, se analizará estas dos implicancias de la norma en comentario.

3. Resolver “asuntos”

El “deber de resolver” tiene por objeto directo los “asuntos” que sean sometidos a la jurisdicción del órgano competente.

Desde una interpretación sistemática⁽⁷⁰⁾, los “asuntos” se vinculan principalmente con la idea de “casos” prevista en el art. 1º del Cód. Civ. y Com., los que más precisamente se sustentan en “relaciones jurídicas” que son las “relaciones de la vida corriente y que hacen a las cuestiones prácticas a resolver, y que el derecho recoge y brinda significado y efectos jurídicos”⁽⁷¹⁾.

Desde una perspectiva práctica y dentro del contexto judicial que el artículo presupone, los casos constituyen una controversia “real” entre el actor y el demandado, fundada en una pretensión⁽⁷²⁾ —o petición— fundada en el derecho privado. Si el juicio fuera ficticio o la litis se tornara abstracta, no corresponde dictar decisión sobre el asunto. De ahí que se entienda por controversia la “efectiva discusión” operada en un proceso respecto del litigio que lo origina⁽⁷³⁾.

Al respecto, Couture enseña que “la idea de proceso (...) es necesariamente teleológica, pues solo se explica por su fin. El proceso por el proceso no existe. El fin del proceso (...) es el de dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la

(68) Cfr. Vigo, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2003, ps. 186-187.

(69) Chioyenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, trad. J. Casais y Santaló, Madrid, 1922, Reus, ps. 57 y ss.

(70) Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, t. I, p. 470, nro. 36.

(71) Compagnucci de Caso, Rubén H., “La relación jurídica: derechos subjetivos, deberes jurídicos y obligación”, JA 2001-II-1180.

(72) Guasp, Jaime, *La pretensión procesal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1985, ps. 47 y ss.

(73) Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, t. I, p. 36; Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, p. 40.

jurisdicción". Y añade: "Ese fin es privado y público... Satisface, al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción"⁽⁷⁴⁾.

4. Fundamento del deber de resolver

Alguna doctrina, particularmente el positivismo jurídico, ha sostenido la inexistencia de lagunas, pero esta ha sido casi abandonada en la doctrina civilista. Castán Tobeñas dice que se ha observado que la lógica es impotente para llenar todos los vacíos resultantes de la insuficiencia de los textos. Y una norma negativa (todo lo que no está prohibido está permitido) que completara el sistema jurídico resuelve muy poco en la esfera de la aplicación práctica, pues el principio general de libertad solo podría, cuando más, suplir la ley en las materias que dependen de la autonomía privada; pero carecería de toda eficacia, obviamente, en el ámbito de los derechos reales o del derecho de familia.

Por lo tanto, se ha de admitir la existencia de las lagunas, pues aun la más perfecta de las legislaciones no puede comprender la totalidad de los casos; ello equivale a rechazar el pretendido dogma positivista de la plenitud lógicamente necesaria de la legislación escrita.

Pero, obviamente, no hay vacíos en el ordenamiento jurídico en sí, pues a través de los medios de integración, el juez debe siempre encontrar una solución. Dentro de estas soluciones está la recurrencia a la analogía y a los principios generales, lo que se suele denominar "interpretación integradora", a lo cual nos referimos en el comentario al art. 2º.

5. Casos en que existen lagunas

Una laguna se presenta cuando el asunto sometido a la decisión de los jueces no existe una solución dentro del sistema legal ni tampoco una costumbre o uso que abarque el caso⁽⁷⁵⁾.

Puig Brutau dice que existen lagunas por lo menos en los siguientes casos:

a) Ausencia de regulación

La ley calla en absoluto, aun intencionadamente, porque remite la solución a la costumbre (en nuestro país la regulación del nombre, hasta la sanción de la ley 18.248), o porque considera que la cuestión todavía no está madura para ser regulada (como sucedía con la adopción hasta la sanción de la primera ley 13.252). En el primer caso, remisión a la costumbre, no hay propiamente laguna, pues la costumbre es una fuente formal cuando la ley se refiere a esta (art. 1º).

(74) Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, 1958, Depalma, ps. 145-146, n. 90.

(75) Rezzónico, Juan C., *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 140.

b) Por imperfección técnica

Porque alguna materia ha sido regulada sin tener en cuenta alguna de sus posibilidades.

c) Lagunas de regulación oculta

Como sucede con las enumeraciones, limitativas o numerativas, que pueden ser incompletas; p. ej., en nuestro derecho, el art. 144 del Cód. Civil enunciaba limitativamente las personas que podían denunciar la demencia, y que, sin embargo, fue ampliado por la doctrina y por la jurisprudencia, que legitimaron al propio sujeto que padeciera la disminución de sus facultades.

d) Cómo llenar las lagunas de la ley

Los métodos de integración del derecho dependen de las distintas posturas ideológicas de los autores o códigos. En nuestro derecho, cuando la ley sea de por sí insuficiente, el juez ha de recurrir a la interpretación integradora, para lo cual tiene a su disposición la analogía, pero también los principios y valores jurídicos, pues hemos dicho ya que estos no son solo criterios de interpretación, sino que —como lo apuntan los *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*— tienen una función integrativa.

6. Laguna axiológica

Además de la laguna “normativa” —a la se ha aludido recién—, existe otra que se ha dado en denominar como laguna “axiológica”. Mientras la primera se configura cuando un caso definido no tiene correlacionada una solución normativa, la laguna axiológica se produciría, en cambio, cuando pese a la existencia de una solución para cierto caso en el sistema jurídico, tal solución es considerada axiológicamente inadecuada debido a que la autoridad normativa no ha tomado como relevante cierta distinción que debería haber sido tomada en cuenta⁽⁷⁶⁾.

Para resolver estos casos, los jueces recurren —generalmente— a los mecanismos de control de constitucionalidad o de convencionalidad (de oficio o a pedido de parte)⁽⁷⁷⁾.

(76) Alchourrón, Carlos - Bulygin, Eugenio, *Sistemas normativos*, 2ª ed. revisada, Astrea, Buenos Aires, 2012, ps. 94-100 y 155-166; Rodríguez, Jorge L., “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, en *Doxa*, Alicante, 1999, nro. 22, p. 349; Guastini, Riccardo, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”, en *Doxa*, Alicante, 2008, nro. 31, p. 144.

(77) Rivera, Julio C. (h) - Elías, José S. - Grosman, Lucas S. - Legarre, Santiago (dirs.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, t. I, ps. 107 y ss., 431 y ss., 499 y ss., 533 y ss.; Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 1992, t. I, ps. 29 y ss.; Sagüés, Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, ps. 98 y ss.

7. La fundamentación razonable

Además del deber de fallar, el art. 3º, Cód. Civ. y Com. impone a los jueces el deber hacerlo mediante una decisión *razonablemente fundada*.

Los *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* explican que esa expresión "...se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias". En rigor de verdad, el problema de fondo que se enmarca en esta doctrina pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el problema de la indeterminación del derecho y la consecuente discrecionalidad, que puede degenerar en arbitrariedad⁽⁷⁸⁾.

Fruto de la indeterminación del derecho (por las imperfecciones del sistema jurídico a causa de las lagunas, contradicciones, vaguedad o ambigüedad del lenguaje normativo, etc.), surge la necesidad de acudir a una metodología jurídica que garantice un grado mínimo de racionalidad⁽⁷⁹⁾.

a) La motivación de las sentencias

En realidad, lo que impone el Cód. Civ. y Com. en el art. 3º tampoco es una novedad⁽⁸⁰⁾. La *idea* de motivación se relaciona con la de justificación de la decisión que adoptan los jueces —y los árbitros— en sus decisiones y sobre ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos —que registra numerosos precedentes sobre la materia— ha dicho de manera lacónica pero precisa que la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión⁽⁸¹⁾.

Y el art. 163, inc. 5º, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación dispone que la sentencia debe contener los fundamentos y la aplicación de la ley.

La función jurisdiccional (*iuris-dictio*: "decir el derecho" consiste en resolver un caso "conforme a derecho", mediante una adecuada motivación⁽⁸²⁾, que requiere de una justificación racional de la decisión judicial, puesto que hace a la legitimidad de aquella función en el Estado de derecho constitucional y democrático⁽⁸³⁾.

(78) Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, cap. VII; Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 55-72; García Amado, Juan A., *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2010, p. 30.

(79) García Amado, Juan A., "Tópica, derecho y método jurídico", en *Doxa*, nro. 4, Alicante, 1987, p. 176.

(80) Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. L. Córdova Vianello, Trotta, Madrid, 2011, p. 27 y ss.

(81) CIDH, 21/11/2007, "Chaparro Álvarez y Lapo Iñíguez c/ Ecuador", citada en un muy interesante trabajo de Verbic, Francisco, "Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano", LL Online AR/DOC/56/2014.

(82) Tobías, José W., comentario al art. 3º, en Alterini, Jorge H. (dir.) - Alterini, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, 2ª ed., Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 32-36; Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, 7ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, t. I, ps. 488-505.

(83) Cfr. CS, 03/10/1956, Fallos 236:27. Manili, Pablo L. (dir.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Constitucional, La Ley*, Buenos Aires, 2013, t. I, ps. 444-445; Marinoni, Luiz G. - Pérez Ragone, Álvaro - Núñez Ojeda, Raúl, *Fundamentos del*

Justificar o fundar una decisión consiste —para Bulygin— en construir una inferencia o razonamiento válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. El fundamento de una decisión es una norma general de la que aquella es un caso de aplicación. Entre el fundamento (norma general) y la decisión, hay una relación lógica, no causal⁽⁸⁴⁾. Pero, además, se requiere justificar la validez o existencia de las premisas, lo cual requiere de una explicación y fundamentación⁽⁸⁵⁾. Por ello es que la motivación no se agota con la mera cita legal⁽⁸⁶⁾.

b) Motivación y debido proceso

La motivación de la sentencia —en cuanto se exponen razones⁽⁸⁷⁾— es uno de los elementos que integra la garantía del debido proceso (art. 18, CN). Así lo reconoce la doctrina, amén de que la afirmación tiene un sólido asidero en la jurisprudencia de los tribunales nacionales —en particular la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación—, cuanto en los tribunales internacionales como la CEDH y la CIDH. De allí que la jurisprudencia de la CS argentina invalide las sentencias que no reconocen una adecuada motivación por ser consideradas actos inconstitucionales. De este modo ha elaborado la ya mencionada idea de *sentencia arbitraria*. La casuística jurisprudencial en materia de arbitrariedad es enorme; la doctrina especializada se ha ocupado reiteradamente del tema con valiosísimos aportes, y su examen excedería en mucho del alcance de esta obra. A modo de mera aproximación podemos decir que —según la jurisprudencia de la CS a la que ya hemos aludido en este capítulo— existe arbitrariedad cuando se resuelve contra o con prescindencia de lo expresa-

proceso civil, Abeledo-Perrot, Santiago de Chile, 2010, ps. 360 y ss.; Negri, Nicolás J., “Análisis crítico de los arts. 1, 2 y 3 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial”, RCCC, diciembre, 2016, ps. 59 y ss.

(84) Alchourrón, Carlos - Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 356; Hernández Marín, Rafael, “El control de la actividad judicial y las teorías jurídicas actuales”, en *Doxa*, Alicante, nro. 40, 2017, ps. 123-146.

(85) Vigo, Rodolfo L., *Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 36; *id.*, *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2003, ps. 55 y ss.; García Figueroa, Alfonso, “Palabras, palabras, palabras... De lo que el derecho les dice a los jueces”, en *Jueces para la democracia*, noviembre, 1999, nro. 36, ps. 58-66; Segura Ortega, Manuel, *La racionalidad jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 116; Igartúa Salaverría, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, p. 77; Rodríguez Toubes Muñiz, Joaquín, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 91; Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, ps. 206-207; Rodríguez Boente, Sonia E., *La justificación de las decisiones judiciales: el artículo 102.3 de la Constitución Española*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, ps. 31 y ss.

(86) SC Buenos Aires, 23/02/1999, “Blanco, Alfonso c. Aeropak SA”, c. 56.599; *idem*, 13/05/2009, “Landivar, Miguel A. y otra c. Principi, Alberto”, c. 94.257; *idem*, 11/12/2015, “P., M. G. y otros c. Cardozo, Martiniano B. y otros”, c. 94.257.

(87) Cfr. Taruffo, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. L. Córdoba Vianello, Trotta, Madrid, 2011, ps. 124 y ss.; Guzmán, Néstor L., *Derecho a una sentencia motivada*, Astrea, Buenos Aires, 2013, ps. 11-13, 41-42, 51-52, 58-64, 133-158; *idem*, *Discrecionalidad y justificación*, Astrea, Buenos Aires, 2019, ps. 23, 88, 193, 270, 277 y 278.

mente dispuesto por la ley. Con respecto al caso, se prescinde de pruebas fehacientes regularmente traídas al juicio, o se hace remisión a las que no constan en este⁽⁸⁸⁾.

Ha sido Carrió quien ha sistematizado la jurisprudencia de la CS, informando que las causales que imponen esa calificación a un pronunciamiento judicial son aquellas que omiten decidir cuestiones debidamente planteadas, resuelven cuestiones no planteadas, el juez se arroga el papel de legislador, se prescinde del texto legal sin dar razón alguna, se aplica una norma derogada o una aún no vigente; dan como fundamento pautas de excesiva latitud, prescinden de prueba decisiva, invocan pruebas inexistentes, contradicen las constancias del proceso, se sustentan en afirmaciones dogmáticas o dan un fundamento solo aparente, incurren en exceso ritual, incurren en autocontradicción y las que pretenden dejar sin efecto decisiones anteriores firmes⁽⁸⁹⁾.

c) *Razonable fundamentación*

Ahora bien; el Cód. Civ. y Com. no se limita a exigir la expresión de los fundamentos de la sentencia y la aplicación de la ley, como hace el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, sino que exige que la decisión judicial esté *razonablemente fundada*.

Entre nosotros, Lorenzetti ha dicho que la sentencia —para estar razonablemente fundada— debe seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial⁽⁹⁰⁾. En la misma línea Negri —cuyo trabajo hemos citado en reiteradas oportunidades y merece una lectura meditada— nos enseña que en la cultura jurídica contemporánea predomina la idea de que la decisión jurídica debe estar justificada o ser justificable, lo cual significa que esta debe permitir identificar los argumentos que la sustentan (justificación interna), justificando argumentos como buenas razones y los razonamientos justificativos como razonamientos apropiados (justificación externa⁽⁹¹⁾). Ello ha llevado al estudio de las técnicas de la argumentación jurídica, materia sobre la cual existe una vasta bibliografía incluso en nuestro país⁽⁹²⁾.

(88) CS, “Carlozzi”, Fallos 248:487.

(89) Carrió, Genaro R. - Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983. CS, 02/12/1909, “Rey, Celestino M. c. Rocha, Alfredo y otro”, Fallos 112:384; ídem, 26/06/1939, “Storani de Boidanich”, Fallos 184:137. Arazi, Roland - Rojas, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, 2007, t. I, comentario al art. 256, ps. 978 y ss.

(90) Lorenzetti, “Código Civil y Comercial de la Nación”, LL 2015-D, 821.

(91) Negri, los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar, citado.

(92) Cfr. CS, 16/07/2019, Fallos 342:1261; ídem, 20/11/2012, “B. S., J. G. c. Unión Cordobesa de Rugby”, consid. 5º, B.1179.XLIV. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013; Díez Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1999, cap. XV; Grajales, Amós - Negri, Nicolás J, *Argumentación jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2014; ídem, *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*, Astrea, Buenos Aires, 2016; Perelman, Ch. - Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1999.

d) Cómo se satisface la exigencia de la fundamentación razonable

El Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación exige que la sentencia contenga la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio (art. 163, inc. 3º), la consideración por separado de las cuestiones a que se refiere el inc. 3º (art. 163, inc. 4º), y los fundamentos y la aplicación de la ley (art. 163, inc. 5º). Ello se satisface en las distintas partes de la sentencia: los resultandos, en los que el juez describe las pretensiones de las partes, sus argumentos, la prueba producida sobre los hechos controvertidos; los considerandos, en los que el juez desarrolla la argumentación que le llevará a la toma de la decisión; y la decisión propiamente dicha, que es la parte dispositiva de la sentencia.

8. La motivación de los laudos arbitrales: reglas vigentes. Posibilidad de convenir que el laudo no sea motivado

a) Planteo de las cuestiones

En ciertos países y en algunos reglamentos arbitrales está autorizada la emisión de laudos arbitrales no motivados. Las cuestiones que esto plantea son dos: (i) si podría convenirse en un arbitraje con sede en Argentina que los árbitros están eximidos de fundar su decisión, y (ii) si sería ejecutable en Argentina un laudo dictado en un arbitraje con sede en un país que legitime el laudo no fundado.

b) Derecho comparado

Algunos reglamentos arbitrales —como el de la CCI⁽⁹³⁾— exigen que los laudos sean motivados⁽⁹⁴⁾; el Acuerdo Mercosur sobre Arbitraje Comercial Internacional nro. 3/98 del 23 de julio de 1998 es todavía más enfático, pues afirma el requerimiento de la motivación en dos oportunidades y además la impone también para el arbitraje de equidad⁽⁹⁵⁾.

En cambio, el Reglamento UNCITRAL autoriza a las partes a convenir que no se dé ninguna razón de la decisión⁽⁹⁶⁾ y lo mismo hacen otras leyes y reglamentos⁽⁹⁷⁾. Es más, la Convención Europea de 1961 establece otra hipótesis de laudo no motivado que es aquella en que las partes se han sometido a un arbitraje en el que la motivación no es una práctica usual; en tal caso, el laudo debe ser fundado solo si una de las partes lo ha requerido en tiempo útil.

(93) Es el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París.

(94) Reglamento CCI, art. 31.2: “El laudo deberá ser motivado”.

(95) Acuerdo Mercosur, art. 20. “1. El laudo o sentencia arbitral será escrito, fundado y decidirá completamente el litigio;... 4. El laudo o sentencia será firmado por los árbitros y contendrá: (...) b) los fundamentos en que se basa, aun si fuera por equidad”.

(96) Reglamento UNCITRAL, art. 34.3: “El Tribunal Arbitral expondrá las razones en las que se base el laudo, a menos que las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón”.

(97) Reglamento London Court of International Arbitration, art. 26.1; Código de Comercio de México, art. 1448.

En Francia —donde la exigencia de motivación rige para el arbitraje doméstico, pero no es expresa para el arbitraje internacional— se ha discutido si la exigencia de motivación es una regla de orden público internacional, de modo que no sería ejecutable en Francia un laudo que no estuviera motivado; la jurisprudencia ha considerado que la falta de motivación solo sería censurable si la ley aplicable al arbitraje la exigiera o si de su omisión derivase una afectación de la garantía del debido proceso⁽⁹⁸⁾.

Las legislaciones nacionales se inclinan hoy decididamente por exigir la motivación del laudo, más allá de que en algunos casos autorizan el laudo no fundado o facultan a las partes a convenirlo de ese modo⁽⁹⁹⁾.

c) Derecho argentino

c.1) Arbitraje internacional

La Ley Modelo UNCITRAL se enrola entre los ordenamientos que exigen la motivación como regla, pero a la vez autorizan a las partes a convenir lo contrario⁽¹⁰⁰⁾.

Pero la Ley de Arbitraje Internacional 27449 no ha adoptado esta solución, lo que se advierte en el precepto del art. 87 conforme al cual: “El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al Capítulo 3 de este Título”. Aclaremos que la excepción del capítulo 3 alude al laudo homologatorio de una transacción.

De modo pues que, si el arbitraje internacional se rige por la ley de arbitraje internacional argentina 27.449, el laudo debe necesariamente ser motivado.

c.2) Arbitraje doméstico

La exigencia del art. 3º, Cód. Civ. y Com. se extiende a las decisiones adoptadas por los árbitros, de modo que el laudo deberá ser fundado razonablemente. Así lo impone expresamente el art. 1662, inc. g) del mismo Cód. Civ. y Com.⁽¹⁰¹⁾.

(98) FOUCHARD, Philippe - GAILLARD, Emmanuel - GOLDMAN, B., en GAILLARD, Emmanuel - SAVAGE, John (eds.), *On international commercial arbitration*, Kluwer, The Netherlands, 1999, nro. 1394, p. 763.

(99) FOUCHARD, Philippe - GAILLARD, Emmanuel - GOLDMAN, B., en GAILLARD, Emmanuel - SAVAGE, John (eds.), *On international commercial...*, cit., nro. 1392, p. 761, señalan que las legislaciones belga, holandesa y alemana requieren la fundamentación; en cuanto al derecho inglés, si bien admite tradicionalmente el laudo no motivado, refleja también —tanto en el *case law* como en la *Arbitration Act* 1996— esta generalizada tendencia. La legislación francesa lo exige para el arbitraje doméstico.

(100) Art. 31.2. El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, *a menos que las partes hayan convenido en otra cosa* o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.

(101) El art. 1662 enumera las obligaciones de los árbitros y en el inc. g) dice: “dictar el laudo motivado y en el plazo establecido”.

c.3) ¿Es posible convenir que se dicte un laudo no motivado en un arbitraje con sede en Argentina?

La posibilidad de convenir que se dicte un laudo no motivado está prevista expresamente en el Reglamento UNCITRAL y, por ende, en el de la institución local CEMA, cuyo reglamento no excluye la aplicabilidad del art. 34.3, Reglamento UNCITRAL, que adopta.

Si el arbitraje es internacional y se rige por la ley 27.449, no sería válido el acuerdo de partes que exima a los árbitros de dictar el laudo motivado.

Es que el apartamiento expreso de la Ley Modelo indica claramente que la intención del legislador nacional ha sido la de adoptar la solución uniforme del derecho argentino, en el sentido de que la motivación razonable se relaciona directamente con la garantía del debido proceso, aun en los arbitrajes internacionales.

Y si se trata de un arbitraje doméstico, la solución no varía. La regla del art. 3º, que a su vez causa la disposición específica del inc. g) del art. 1662, es una disposición general que al estar incluida en el Título Preliminar se proyecta a todo el ordenamiento como un principio general.

De modo que la conclusión es que en los arbitrajes que tienen sede en Argentina, domésticos o internacionales, no son eficaces los acuerdos que pretendan eximir a los árbitros de la carga de motivar razonablemente el laudo.

d) Ejecución de un laudo no motivado

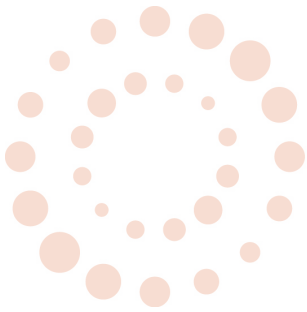
Ahora bien, la segunda cuestión que planteamos es si un laudo no motivado dictado por un Tribunal Arbitral con asiento en otro país sería o no ejecutable en el nuestro; en otras palabras, la exigencia de motivación es en la Argentina o no una regla de orden público internacional. Desde nuestro punto de vista, debería aplicarse el mismo criterio que han expuesto los tribunales franceses, o sea, el laudo podría ser reconocido y ejecutado en la Argentina siempre que no se haya violado la ley que gobierna el arbitraje y que no se haya violado la garantía del debido proceso.

II. JURISPRUDENCIA

A lo largo del texto hemos mencionado varias decisiones judiciales de las más altas instancias.

1. El art. 3º del Cód. Civ. y Com. impone al juez el deber de resolver mediante una decisión razonablemente fundada, ello en virtud del derecho a una sentencia motivada como parte integrante de la tutela judicial efectiva. Aplicando esa pauta se decidió que la sentencia que, en menos de dos carillas, rechazó el reclamo de resarcimiento de una niña, que tras una atención presuntamente negligente culminó teniendo que ser amputada, definitivamente incapacitada en manera prácticamente total, es absurda, en tanto el juzgador, en ambas instancias desoyó los dictámenes de los peritos, apreciándolos de manera sesgada y fragmentada; la causa debe volver al tribunal de origen para que sea dictado un nuevo fallo que determine la responsabilidad de los demandados (SC Buenos Aires, 06/12/2017, "Luna, Liliana Marcela y otro c. Poder Ejecutivo y otros s/pretensión indemnizatoria - recurso extraordinario de nulidad, inaplicabilidad de ley e inconstitucionalidad", cita online: AR/JUR/90760/2017).

2. La acotada alusión sobre la inexistencia de gravamen irreparable para denegar la apelación no cumple con el estándar que impone el art. 3º del Cód. Civ. y Com. de la Nación, de aplicación al presente (CSJN, Fallos: 312:956), en tanto exige que toda decisión jurisdiccional debe ser “razonablemente fundada”. En el caso, el “*a quo*” ha optado por una solución deductiva del artículo 241 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación pero ha omitido detallar los hechos y el proceso argumentativo en el que basó su conclusión, de un modo que la haga pasible del control judicial y democrático. A su vez, la deficiente fundamentación dejó sin respuesta al apartamiento del precedente de esta Corte mediante el cual se resolvió un caso análogo (Tomo 174:445), doctrina que resultaba obligatoria para la magistrada por constituir, en el sistema provincial, fuente formal del derecho (art. 40 de la Ley 5642) (CJ Salta, 07/09/2017, “L., F. N. c. P. de S. (M. de G., S. y D. H.) s/queja por rec. de apelación denegado”, cita online: AR/JUR/88034/2017).



Thomson
Reuters™