



PODER JUDICIAL  
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

BIBLIOTECA DIGITAL Y REPOSITORIO INSTITUCIONAL

Autores: Negri, Nicolás

Título: Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial

Negri, N (2016). Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Revista Código Civil y Comercial, 2016 (diciembre), 55

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a [repositorio@scba.gov.ar](mailto:repositorio@scba.gov.ar)



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

## I. Introducción

Una primera lectura del Código Civil y Comercial puede llevar a pensar que el legislador ha concebido, simplemente, un nuevo régimen legal para las materias civil y comercial, al actualizar las normas e instituciones del derecho privado; o ha adoptado un método y una técnica legislativa más refinada y precisa. Sin embargo, junto a esa primera apreciación puede advertirse una transformación más profunda aún, fundada en una nueva "concepción del derecho" (1), que exige una nueva cultura: la práctica de la argumentación jurídica (2).

En efecto, a poco de analizar el Capítulo 1 del "Título Preliminar", denominado "Derecho", así como la mayoría del articulado que compone el Código, se revela como una reforma que alude continuamente a los "derechos" (3) en orden a su tutela o protección desde una perspectiva constitucional (no meramente legal), mediante acciones judiciales —pretensiones procesales—, confiriéndoles a los jueces amplias facultades con un alto grado de discrecionalidad para hacerlos operativos (4).

Por ello, además de una modernización de la legislación —aggiornada a las circunstancias económicas, políticas y sociales de la vida contemporánea—, el Código sancionado importaría más bien un cambio de modelo, inspirado en una nueva concepción del derecho, que espera y pretende a la vez (ello se infiere de las consideraciones expuestas en los "Fundamentos" del Anteproyecto) un cambio cultural y, por ende, de las prácticas de sus destinatarios y operadores (5). En relación con este último aspecto, con el paso del tiempo podrá avizorarse quizá esa mudanza del imperio de la ley —propia del modelo decimonónico y su contexto histórico (6)— al imperio del derecho, en el que las normas legales —armonizadas con otras categorías y componentes (principios, valores, la Constitución Nacional y tratados de derechos humanos)—, se articulan con las prácticas jurídicas (el derecho no es concebible sólo desde el plano normativo, sino también integrado por las actuaciones o prácticas de sus operadores).

Tal para ser la impronta que el legislador ha querido darle al Código Civil y Comercial unificado, al distinguir el "derecho" de la "ley" en el Capítulo 1 del Título Preliminar. Se trataría de un "cambio fundamental respecto de toda una tradición anterior, que sólo se refería a la ley, y a la función del juez, que era aplicarla exegéticamente. En cambio, ahora el panorama se amplía sobremanera, ya que no se trata sólo de la ley, sino de todas las demás fuentes: doctrina, costumbres. Asimismo, el Código recepta disposiciones contempladas en la Constitución y en los tratados internacionales, y contempla no sólo las reglas determinadas, sino también los principios y los valores. Ello permite que el Código sea el eje articulador de todo el sistema, brindando coherencia mediante reglas y principios" (7).

Para alcanzar semejante empresa no sólo se dice haber rediseñado el esquema de fuentes del derecho, confiriéndole un sentido dinámico (lo que la doctrina llama "diálogo de fuentes" (8)), sino que también se ha pretendido incorporar un gran número de pautas interpretativas (las palabras de la ley; la finalidad; las leyes análogas; las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos; los principios y los valores jurídicos), todas las cuales deben ser armonizadas de modo coherente con todo el ordenamiento (arts. 1º y 2º). Esta labor es delegada principalmente a la función jurisdiccional, a la figura del juez, que se erige en el operador jurídico por excelencia al que se remite constantemente la normativa del Código (art. 3º).

Tal como se ha apuntado por los autores del Anteproyecto, el cambio de modelo importaría también una nueva estructuración del orden o sistema, en virtud de las nuevas categorías expresamente incorporadas (vale decir, el nuevo conjunto de enunciados jurídicos o "piezas del derecho" (9)), dado que no sólo cuenta con la existencia de las clásicas normas jurídicas (proposiciones normativas; reglas en sentido estricto), sino también y, por sobre todas las cosas, con principios y valores jurídicos, lo cual supone un claro abandono del "normativismo" puro y una clara apertura del sistema hacia a la aprehensión y comprensión de las cuestiones morales y políticas implicadas en las relaciones jurídicas (Dworkin, Nino).

A ello se suma la incorporación de un sinnúmero de conceptos indeterminados (v.gr., voluntad procreacional, responsabilidad parental, derecho de comunicación, etc.), además de los ya "tradicionales" —buena fe, abuso del derecho, orden público, responsabilidad, propiedad, vocación sucesoria, etc.— (10) que ahora cobran otro alcance y significado al ser puestos en otro contexto y en manos del intérprete por antonomasia en el nuevo régimen, que es el juez, el que cuenta con una considerable libertad y deberá —en los "casos" comprendidos por el Código (art. 1º)— apuntar a la maximación u operatividad de los derechos fundamentales (la llamada "constitucionalización del derecho privado" (11)) para brindar una eficaz y verdadera tutela de las cláusulas contenidas en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos.

A este respecto, cabe señalar que la garantía de los derechos regulados en el Código —algunos de carácter "fundamentales"— alcanza no sólo a los bienes individuales, sino también a los bienes colectivos o individuales de incidencia colectiva, de acuerdo con los

nuevos ámbitos de protección jurídica: el medio ambiente, consumidor, salud, etc. (arts. 14, 240 y concs.) (12).

El Código Civil y Comercial no se ha quedado entonces en la actualización de un sistema legal, sino que ha receptado una nueva matriz jurídica, distinta a la anterior, en la que se tiene en cuenta una perspectiva diferente de los derechos y una nueva forma de aplicarlos y, por ende, de protegerlos, confiando esta delicada misión —reiteramos— a la labor del juez, quien actúa con la colaboración de toda la comunidad jurídica y de la sociedad. El legislador ha querido que el poder judicial asuma, en el contexto de la democracia constitucional deliberativa (13), mediante la delegación de amplios poderes, la garantía de los derechos consagrados en el ordenamiento civil y comercial.

Ahora bien, para asegurar estos requerimientos en los casos alcanzados por el Código (art. 1º), el legislador ha dispuesto un mecanismo de contralor, a saber, que los jueces resuelvan los casos mediante decisiones "razonadamente fundadas" (art. 3º) (14). La implantación de esta exigencia supone un cambio de paradigma en el perfil de los magistrados y la existencia de nuevos estándares de validez para la justificación (no mera motivación) de las sentencias judiciales, en cuanto a la necesidad de expresar "buenas razones" para la resolución de una causa concreta. Tal exigencia conlleva, lógicamente, la necesidad de readecuar las normas procesales y las leyes de organización de los poderes nacionales y provinciales (las llamadas "cartas orgánicas" de los poderes judiciales), así como la apuesta y el compromiso a una fuerte capacitación de los jueces por parte de las asociaciones y escuelas de magistrados, a fin de que adquieran las habilidades necesarias para aplicar las nuevas técnicas para el dictado de los fallos judiciales con estos deberes: pensamos que la argumentación jurídica cobra en este punto un especial soporte jurídico para el despliegue de una razonabilidad suficiente, de acuerdo con los estándares que perfila el nuevo sistema (15).

Al respecto, uno de los presidentes de la comisión reformadora nos dice que "(e)l Título Preliminar es concebido como la puerta de entrada al Código Civil y al resto del sistema, y por ello contiene una serie de artículos de gran significado valorativo para todos los casos que se regulan. Su utilidad se manifiesta en el campo de la aplicación e interpretación del Derecho, ya que provee unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema basado en principios y reglas. Todo ello le confiere un efecto expansivo indudable, pudiendo ser referenciada en otros ámbitos normativos" (16).

## II. El título preliminar

El Título Preliminar del Código Civil y Comercial y, particularmente, el Capítulo 1, que comprende a los arts. 1º, 2º y 3º, presenta el alma y el espíritu del nuevo régimen jurídico.

Tanto en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación como en los trabajos de sus redactores, se afirma que la previsión del Título Preliminar se ha basado en la tradición jurídica y en el presupuesto de que el Código es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema (17).

La razón de ser del Título Preliminar radicaría en la necesidad de que los operadores jurídicos cuenten con 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 sólo de reglas, sino también de determinados principios y valores y, también, en lo que hace a su misión en el Código, que una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar reglas que confieran una significación general a todo el Código (18).

De este modo, el sistema —se dice— adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas (19).

Desde esta perspectiva, el Título Preliminar ampliaría su contenido a otras cuestiones tales como: a) el Derecho: se incorporan directivas referidas a la obligación de decidir, las fuentes y reglas de interpretación del derecho; b) las leyes: se regula a la ley como fuente formal principal; la obligatoriedad de la ley, las leyes transitorias, el modo en que se cuentan los intervalos del derecho; c) el ejercicio de los derechos subjetivos: se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos dirigidos al ciudadano: buena fe, abuso de los derechos, fraude a la ley, renuncia de la ley, ignorancia o error de la ley, y d) los derechos y los bienes: se especifica el campo regulatorio del Código en la materia (20).

## III. El capítulo 1: "Derecho"

El Código Civil y Comercial no identifica el derecho con la ley, no obstante la importancia y preponderancia de esta fuente en el nuevo sistema. Por esa razón existe un título relativo al "Derecho" (Capítulo 1) y otro referido a la "Ley" (Capítulo 2) como fuente principal (21).

La distinción entre el derecho y la ley es un acierto frente a la concepción decimonónica legalista que asimilaba dichas realidades, sobre todo a partir de los cambios políticos y sociales producidos a mediados en el siglo XX y del surgimiento del Estado de Derecho

Constitucional (22) y, sobre todo, porque el Código Civil de Vélez Sarsfield no había realizado debidamente tal diferenciación (cfr. arts. 15 y 16).

Tal distinción, efectivamente, fue decisiva en la gestación de un nuevo Estado de Derecho Constitucional a mediados del siglo XX, cuando con motivo de los juicios de Núremberg se dio un paso importante en el control sustancial de la ley más allá de las formas, a fin de constatar racionalmente si han logrado emerger o no al derecho —válidamente— esas normas sancionadas por el legislador de turno, dado que frente a esa contradicción sólo corresponde hacer prevalecer el derecho y declarar inválida a la ley (23). En este caso, se hizo aplicación de la conocida fórmula de Radbruch "la injusticia extrema no es derecho", que actualmente es seguida por Alexy (24).

La visión formalista y legalista del derecho fue postulada, principalmente, durante el siglo XIX por la Escuela de la Exégesis francesa, la Jurisprudencia de Conceptos alemana y la Escuela Analítica inglesa, que concibieron el orden jurídico como un conjunto sistemático de normas, es decir, de objetos racionales aplicables a los casos judiciales mediante métodos lógicos. Así pues, la aplicación del derecho era pensada como una tarea lógica, fruto también de la desconfianza hacia los jueces y del culto a la ley —los "códigos"—. Se entendía que para aplicar la ley había que emplear el silogismo hipotético, donde la premisa mayor era el supuesto de hecho contemplado en la norma y la premisa menor los hechos del caso concreto sometido a decisión, siendo la conclusión la consecuencia jurídica prevista en la norma (25).

Hoy en día, aquella visión positivista ha sido abandonada por la mayoría de los pensadores y sistemas jurídicos contemporáneos (26).

#### **IV. El art. 1º. Críticas**

##### **1. El rótulo "Fuentes y aplicación"**

En primer lugar, cabe destacar que hay una falta de correspondencia entre el epígrafe del artículo y su contenido. Se habla de "fuentes" del derecho y de "aplicación", mas en el texto se refiere también a otras actividades cognoscitivas vinculadas con la hermenéutica: por un lado, a la "interpretación" cuando dice que la aplicación de las leyes debe ser "conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos... A tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma" (sic). Y, por otro, a la "integración", cuando dispone que "...los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las ley o los interesados se refieren a ello o en situaciones no regladas legalmente..." (sic).

Entonces, para ser exactos, el rótulo debió decir —si ésa era la intención— "Fuentes, aplicación, interpretación e integración".

En segundo lugar, corresponde indicar que tales tareas (la aplicación, la interpretación y la integración) sólo aluden a la ley. La ley y nada más que la ley es la fuente implicada en tales menesteres, por lo que la distinción señalada —entre derecho y ley— parece ser una ilusión o una mera expresión de deseos...

Por otra parte, si —como se expone en los "Fundamentos"— la finalidad del Título Preliminar era brindar "...algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código... del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas" (punto III.3), hubiera sido aconsejable que además de "regular" las fuentes del derecho", también se trataran las técnicas de aplicación del derecho: subsunción, construcción normativa, analogía, ponderación, armonización, etc., puesto que con las nuevas pautas interpretativas incorporadas en el art. 2º, la tarea de resolver los casos regidos por el Código ya no se limita a la metodología deductiva (27).

##### **2. Fuentes**

###### **2.1. Visión legalista**

Como se ha anticipado, la(s) fuente(s) prevista(s) por el Código, se reduce(n) a la ley (no a la legislación, es decir, a una significación más amplia). La referencia a los usos, prácticas y costumbres se limitan a dos especies: la *secundum legem* y la *praeter legem*; la primera por referencia expresa de la ley, y la segunda por su función integradora (de la ley) (28).

En consecuencia, más allá de que el Capítulo 1 se llame "Derecho" y de las consideraciones que realizara a Comisión reformadora en los "Fundamentos" del Anteproyecto, lo cierto es que en el Código la ley sigue siendo la principal y casi exclusiva fuente del derecho; los usos, prácticas y costumbres ya estaban contemplados en los ordenamientos derogados y sólo tienen una aplicación meramente subsidiaria: son vinculantes sólo cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente (29). La jurisprudencia y la doctrina han sido excluidas. Tampoco la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos han sido considerados, sino únicamente a los fines interpretativos (el art. 1º dice sólo que las leyes son aplicables "conforme" con dichos instrumentos), esto último en contra de la calificada opinión de autores en estimar a estos instrumentos tanto como fuentes del derecho como criterios de hermenéutica (30).

Cabe señalar que la jurisprudencia —excluida durante la deliberación del Anteproyecto en el Congreso— sólo había sido

considerada en el texto originario a los fines interpretativos: "La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso" (art. 1º, Anteproyecto). Vale decir que para interpretar la ley conforme con la Constitución y los tratados debía tenerse en cuenta la jurisprudencia, mas su función no era otra más que la interpretativa; no fue concebida como una fuente del derecho autónoma, pese a que las prácticas actuales nos muestran otra realidad (v.gr., CSJN, "Halabi", Fallos: 332:111, respecto de los procesos de incidencia colectiva; íd., "Rodríguez", Fallos: 337:1174, en materia de responsabilidad civil de los "motores de búsqueda" de Internet; etc.).

## 2.2. Diálogo de fuentes

Las fuentes del derecho ofrecen criterios para la resolución de problemas o casos, sea con basamento en el principio de autoridad (fuentes formales), o bien en argumentos razonables y convincentes (fuentes materiales). La tarea del jurista respecto de las fuentes es encontrar pautas de autoridad y de razonabilidad para fundar las decisiones jurídicas (31).

La expresión "diálogo de fuentes" —a la que tantas veces hacen referencia los autores del Código y también muchos de sus primeros comentaristas— desempeña más una función interpretativa que cognoscitiva del derecho vigente, dado que se trata de una expresión que alude a la tarea de aplicar e interpretar las normas emanadas de la ley y su armonización con el resto de las fuentes (32).

Lorenzetti explica que en un sistema complejo existe una relación ineludible entre la norma codificada y la Constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia y usos (es decir, de las fuentes del derecho), de modo que quien aplica la ley o la interpreta establece un "diálogo de fuentes" que debe ser razonablemente fundado (arts. 1º, 2º y 3º). Se trata de directivas para la decisión judicial, que debe comenzar por el método deductivo, someterse al control de precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento, y dar explicaciones suficientemente razonables (33).

En esta línea, en los Fundamentos del Código se expuso que "...entendemos que debe distinguirse entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque creemos que de ese modo se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores. Con referencia a la ley, hay que establecer normas respecto de su obligatoriedad con relación al espacio y al tiempo, sus efectos en el campo del derecho internacional privado, que no tienen otra sede que la que consideramos" (punto III.1).

El diálogo de fuentes puede ser un ideal interpretativo. Empero, el Código no contiene directivas concretas para su aplicación; es más, ni siquiera se habla del "diálogo de fuentes". Los arts. 1º y 2º hacen referencia a un conjunto de pautas interpretativas y, entre ellas, mencionan a la interpretación "conforme" y "coherente", mas no se especifica su sentido ni su alcance, y menos aún su relación con el mentado diálogo de fuentes.

## 3. Casos

La alusión a la expresión "casos" empleada en el art. 1º: "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables", merece de una explicación.

En primer lugar, el contexto del discurso jurídico en que se halla inserta (art. 1º del Título Preliminar) (34) pareciera ser que alude la dimensión o faz práctica del derecho, puesto que el Código constituye un cuerpo normativo dirigido a "casos", vale decir, a regular conductas y a resolver conflictos (35).

Estrictamente, los "casos" son los supuestos de hecho previstos en las normas jurídicas, es decir, el denominado "supuesto jurídico", tatbestand en Alemania y fattiespecie en Italia. Ocurre que la norma jurídica —en su estructura lógica (36)— prevé en abstracto y, en general, las hipótesis de hecho clasificadas por tipos, que se denominan supuestos de hecho, y a los que se les atribuye determinados efectos jurídicos (v.gr., la figura del contrato, art. 957, o de la obligación, art. 724; el contrato de compraventa, art. 1123; etc.) (37).

Los "casos" son, pues, los supuestos jurídicos. Se entiende por tales a la descripción abstracta que hace la ley (en este caso el Código) de los acontecimientos relevantes para el derecho. Los supuestos de hecho son una hipótesis, una suerte de situación típica, de la figura del hecho plasmada en el derecho (figura jurídica) (38).

Al respecto, no debe confundirse el hecho con el supuesto jurídico, es decir, el hecho concreto que se da en la realidad, en la experiencia humana, que se denomina factum, y que es objeto de análisis, interpretación, valoración, etc., para ser encuadrado —si se verifica— en la norma jurídica; ese hecho, en tanto la norma lo califica, es el hecho jurídico. En cambio, el supuesto de hecho es "el conjunto de circunstancias necesarias para que una norma jurídica sea aplicable", es decir, los requisitos establecidos para que sea posible atribuirles o imputarles los efectos establecidos por la ley. Se trata, pues, del "conjunto de requisitos o factores a los que el ordenamiento jurídico condiciona el efecto jurídico, o sea, el nacimiento, la extinción o la modificación de una relación jurídica" (39).

Los efectos jurídicos derivan, de forma preeminente, de la ley. El poder causativo es producido por la fuerza jurídica u

obligatoriedad de la ley. El hecho sólo tiene un alcance auxiliar o concurrente. Si el efecto es jurídico también la causa ha de serlo. Para la teoría clásica, el hecho era causa o función eficiente y el derecho efecto de aquél. El hecho es una concausa y a veces mera ocasión. Todo efecto de derecho tiene su causa en un comportamiento normativo que se expresa de conformidad con la relevancia atribuida al hecho: el hecho es un estímulo para que la ley cause la consecuencia de derecho (40).

#### 4. "Leyes"

Respecto de la expresión "leyes" empleada también en el art. 1º ("Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables"), cabe señalar que el cuerpo legal nada dice acerca de cuáles son (no las menciona) ni tampoco establece qué se entiende por "leyes que resulten aplicables" (41).

Quizá hubiera sido mejor aludir a las normas jurídicas emanadas de la "legislación" en sentido amplio, incluyendo de esta manera a los decretos, reglamentos, ordenanzas, etc., tal como lo hace el Código italiano de 1942 en su art. 1º (42).

Más allá de ello, compartimos la idea de que el uso del plural remite, principalmente, a dos aspectos (43). Veamos:

##### 4.1. Leyes especiales o "microsistemas"

El Código no es la única fuente infraconstitucional de normas jurídicas donde el operador puede encontrar respuestas a los casos que se le planteen, sino que existen otras leyes o microsistemas de igual o distinta jerarquía que también —o incluso, exclusivamente— podrán aportar las propias para afrontar un mismo problema (v.gr., las leyes del consumidor, sociedades, concursos y quiebras, medio ambiente, salud, seguros, etc.).

Se asumen así los efectos irreversibles del proceso de descodificación y, por tanto, la imposibilidad de volver a plantearse los cometidos de "unidad" e "integridad", asumidos por los codificadores del siglo XIX. El Código ya no es (ni podrá volver a ser) un cuerpo único e integral de las reglas que rigen una determinada materia, sino más bien un denominador común del sistema de derecho privado, integrado, también, por subsistemas de leyes especiales como las de consumo, derechos del paciente, sociedades comerciales, concursos y quiebras, etc., y comunicado, a su vez, con el bloque de constitucionalidad que atraviesa todas y cada una de sus instituciones (44).

##### 4.2. Inflación legislativa e incertidumbre

Se asume la proliferación normativa, muchas veces inconexa, que naturalmente ha traído consigo una merma de la certeza y una creciente impredecibilidad en las relaciones y situaciones jurídicas, con una pluralidad de fuentes (la ley insertada en el Código ya no es el único criterio de objetividad y no existe ya como antes una estructura jerárquica rígida). Puede extraerse del juego de algunas normas como, por ejemplo, de los arts. 240, 241, 963, inc. a), 1094, y otros (y se ratifica la idea en las presentaciones realizadas por integrantes de la Comisión redactora), que para enfrentar a dicha pluralidad y sus inconvenientes se acude a la técnica del "diálogo de fuentes".

El trabajo sobre los hechos y los textos jurídicos debe hacerse con otra visión, vinculando las distintas fuentes y armonizándolas hasta lograr un resultado o respuesta que sea no sólo aceptable cuando se lo coteje con una regla particular, sino aceptable para el sistema. La recurrencia a la jerarquía normativa ya no es el único modo de solucionar las antinomias o problemas de concurrencia de diversas fuentes en la captación de una determinada materia, sino que se elige la armonización antes que el descarte. Esta técnica, cuya implementación no será tarea fácil y generará probablemente más de un desacuerdo, ha tenido mayor desarrollo en materia de derecho del consumidor.

Por otra parte, el Código Civil y Comercial —que en sí mismo es una ley— determina que "las leyes" (es decir, otras, además de ella) son obligatorias (resultan aplicables) cuando es la propia Constitución Nacional la que establece tal carácter y jerarquía (art. 31).

## V. El art. 2º

### 1. Apreciaciones generales

El art. 2º del Código lleva como epígrafe "Interpretación" y su contenido alude, únicamente, a la interpretación de la ley: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta...".

A nuestro modo de ver, en consonancia con el nombre "Derecho" del Capítulo 1 del Título Preliminar, el contenido del artículo debió referirse a la "interpretación jurídica", y no limitarse a la ley.

Pues bien, el art. 2º contiene una serie de criterios, directrices o pautas de interpretación de la ley: el gramatical o lingüístico (las "palabras"); el finalista o teleológico; el analógico ("leyes análogas"); el operativo o de eficacia de normas superiores ("tratados sobre derechos humanos"); el principalista ("principios"); el axiológico ("valores"), y de coherencia o sistemático ("de modo coherente con todo el ordenamiento").

Debe advertirse que algunas de estas pautas interpretativas habían sido ya anticipadas en el art. 1º, cuando dispone que a los efectos

de resolver los casos alcanzados por el Código deben considerarse "...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".

Cuando se alude a las "las leyes", debe entenderse que se refiere —en primer lugar— al mismo Código y, subsidiariamente, por el principio de especialidad, a las otras leyes que integran el orden jurídico, generalmente, microsistemas articulados con el Código (por ej., la ley 24.240 de Defensa del Consumidor; la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, etc.).

Cuando habla de la conformidad con la Constitución y los tratados de derechos humanos, se refiere a la directriz de coherencia o sistemática —lo cual supone, por un lado, su operatividad y eficacia, y, por otro, el control de constitucionalidad y de convencionalidad—.

Por último, cuando dicho artículo alude a la "finalidad de la norma", se refiere al criterio teleológico.

Sobre estos criterios es oportuno poner de relieve que resultan orientaciones para el intérprete y que resulta posible referirse a otros en virtud de su amplitud y al hecho de que a veces estos criterios —junto a otros— se presentan también como parte de las técnicas argumentativas (v.gr., el criterio de conformidad con la Constitución; el consecuencialista; el analógico; etc.).

Por otra parte, puede observarse que los criterios no resultan del todo claros, por lo que deben ser a su vez "interpretados", y también debe tenerse en consideración que existen pautas de interpretación específicas en ciertos subsistemas normativos (v.gr., consumidores; concursos; seguros; sociedades; títulos valores; internacional privado; etc.) (45).

Finalmente, es dable aclarar que en el Código existen —a largo del articulado— otras disposiciones particulares relativas a la interpretación, aunque referidas más precisamente a los actos jurídicos y a las conductas de las partes (por ej., los arts. 987, 988, 1061 a 1068 y concs., CCyC).

## 2. Análisis de las pautas interpretativas

El precepto contenido en el art. 2º ("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"), guarda estrecha similitud con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual la interpretación de la ley no se debe basar solamente en el aspecto literal de su texto: "No se trata de desconocer la palabra de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios de hermenéutica enunciados, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente contradictorias" (46).

Analizaré cada una de estos elementos en particular.

### 2.1. Palabras

Cuando el art. 2º del Código se refiere a las "palabras" de la ley, alude a la "pauta literal". La interpretación de todo texto lingüístico, y el de la norma jurídica por consiguiente, comienza con la averiguación de su sentido literal (47). Es, por tanto, el criterio "gramaticalista", mediante la lectura y la captación del sentido de las palabras contenidas en la norma, una pauta importante a la que debe atenderse, ya que la norma está integrada por palabras que provienen del lenguaje natural y cuyo significado es posible descubrir (48).

Hoy en día se ha avanzado más allá del criterio gramaticalista y se ha profundizado en el examen "semiótico", que se ocupa de los signos con prescindencia de su significado; la semántica, que se refiere a los signos en la relación con los objetos que ellos designan, y la pragmática, que se ocupa de esos mismos signos pero en relación con el contexto en el que los sujetos que utilizan (49).

Sin embargo, tanto lingüistas como juristas han expuesto los problemas que el lenguaje, como sistema de signos, presenta para su inequívoca intelección. Es menester superar las situaciones de vaguedad, ambigüedad y carga emotiva propias del lenguaje, precisando el contenido de la expresión lingüística total y las palabras, en su vinculación con el contexto y la situación en que se encuentran en la frase (50).

El criterio gramatical enseña que cuando el texto de la leyes es claro e inequívoco (caso por cierto no tan común a causa de las características ya señaladas del lenguaje como sistema de signos, a las que se suman frecuentemente imperdonables defectos de técnica de elaboración legislativa), la ley debe ser aplicada estrictamente y en el sentido que resulte de sus propios términos, aunque parezca injusta, sin que le sea dable al juez, so pretexto de penetrar en su espíritu, hacer distinciones que no dimanen de ella o resulten incompatibles con sus previsiones (51).

### 2.2. Finalidad

Los arts. 1º y 2º se refieren también a la finalidad de la norma y de la ley. Se trata de la pauta "teleológica". La norma debe ser interpretada en el sentido que mejor responda a la realización de sus fines (52).

El legislador sanciona una ley en el entendimiento de satisfacer determinados objetivos. Puede ocurrir que la ley alcance el resultado propuesto, pero también puede suceder que el medio elegido para el logro de los fines no sea satisfactorio o razonable. La pauta que atiende a la finalidad —partiendo de la adecuada comprobación de ellos— pretende seguir la línea de pensamiento del autor real de la norma infiriéndolos en la individualización de la norma para el caso concreto (53).

La Constitución Nacional y las cláusulas contenidas en ella también poseen una finalidad. La Ley Fundamental no es sólo un instrumento de gobierno, la Constitución se dicta para organizar jurídicamente a una sociedad política sobre la base de los elementos materiales y espirituales que determinaron su nacimiento y desarrollo. Por eso la Constitución, además de organizar, debe reflejar en su texto la finalidad perseguida por la sociedad que regula: en nuestro caso, lo hace en el Preámbulo y en el art. 75, inc. 18 (54).

### 2.3. Analogía

La analogía es el procedimiento que consiste en aplicar a un caso no previsto la norma que rige otro caso semejante o análogo cuando media la misma razón para resolverlo de igual manera (55).

Estrictamente no es tarea propia de la interpretación y, por ende, no constituye una regla interpretativa, sino que importa una función distinta, la de integración, es decir, la de colmar los silencios, los vacíos, las ausencias de regulación jurídica. Opera cuando no habiendo norma que contemple un caso, el juez se arroga una labor análoga a la del legislador, sólo válida —en principio— para un caso particular. La necesidad de la integración del derecho se explica al considerar los cambios culturales, económicos, sociales, etc., que escapan a la actividad y previsión legislativas (por ejemplo, los avances de la comunicación, informática, transporte, etc.) y el deber del juez de juzgar que se le presentan (art. 3º, CCyC; antiguo art. 15, CCiv.).

Consideramos que el art. 2º —que consagra la aplicación analógica, al igual que el antiguo art. 16 del Código Civil—, en lugar de "leyes análogas", debió decir —tal como sostiene Cossio— "instituciones" análogas, porque las leyes se vertebran en unidades institucionales; y sin considerar el plexo institucional, la analogía de un fragmento puede ser una infundada analogía (56).

### 2.4. Constitución

En el art. 1º del Código, la Constitución Nacional es dispuesta como pauta interpretativa de las leyes para la resolución de los casos ("aplicación conforme"); no es mencionada en forma directa en el art. 2º, aunque sí de manera indirecta, cuando en la parte final alude a la necesidad de interpretar la ley de forma coherente con todo el ordenamiento.

En los "Fundamentos" del Código se habla de "Constitucionalización del derecho privado" (cfr. punto I, "Aspectos valorativos"). ¿Qué significa esto? La comisión reformadora dice: "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 receptar 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" (cfr. punto I, "Aspectos valorativos").

Lorenzetti dice que los textos constitucionales han incorporado derechos fundamentales por la vía de tratados internacionales o por la adopción de normas de derecho privado. Algunos modelos se contentan con el diseño de un programa básico, dejándose al derecho privado la tarea de especificación, pero otros se inclinan por una concepción maximalista que consiste en incorporar dentro del texto de la Norma Fundamental reglas operativas de derecho común como, por ejemplo (en Latinoamérica), la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1998; la Constitución de Perú de 1993; la Constitución de Paraguay de 1992; de Bolivia de 1967; de Colombia de 1991, y la argentina de 1994 (57).

Señala, asimismo, que se ha pasado de aquella concepción, que consideraba a las constituciones como simples proclamaciones políticas, tanto en la labor de la jurisprudencia como de la doctrina especializada (58), a otra en que se entiende y postula que la Constitución presenta el carácter de una norma jurídica que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos sean efectivos y no ilusorios. Es más, admite que en la doctrina se considera que la Constitución constituye una fuente directa de normas que se aplican en las relaciones jurídicas de derecho público y privado (v.gr., como entendía Kelsen) y una fuente indirecta, modificando el espíritu informador del derecho y cambiando los principios generales del derecho (v.gr., en su voto en el caso "Simón", sent. del 14/6/2005, causa S.1767.XXXVIII.) (59).

No obstante ello, estas consideraciones no se ven reflejadas en el contenido del artículo, al limitarse a su función meramente interpretativa de la ley.

## 2.5. Tratado de derechos humanos

El Código también dispone que la ley debe ser interpretada de conformidad con las disposiciones —reglas y principios— contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos (derecho trasnacional).

En los "Fundamentos" se expone que "...tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad... Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado" (punto I).

El denominado "bloque de constitucionalidad" está constituido por la Constitución Nacional, en tanto fundamento de reconocimiento del Estado de Derecho (art. 31), y los tratados que "en condiciones de vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (art. 75, inc. 12, Constitución Nacional) (60).

Las disposiciones a las que aluden los arts. 1º y 2º del Código como pautas interpretativas de la ley son las declaraciones, normas, principios y valores receptados en dichos cuerpos normativos de derecho internacional, que se hallan regidos —en gran medida— por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, más allá de la denominación que se dé a estos acuerdos de voluntades: pacto, protocolo, arreglo, convención, acta, estatuto, reglamento, etcétera (61).

Quizás su mención en los arts. 1º y 2º del Código Civil y Comercial resulte algo redundante a tenor del art. 31 de la Constitución Nacional, ya que esta cláusula declara: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación".

Para darle sentido a estos dos artículos del Código, pensamos que con esa referencia se ha querido resaltar la necesidad de recurrir a la interpretación convencional, tanto en lo formal como en lo sustancial, en línea con lo que tiene dicho la doctrina especializada y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Corte de Justicia de la Nación (62).

En líneas generales, este último tribunal ha resuelto que en razón de la superior jerarquía de la que goza un tratado internacional frente a la ley de fuente interna, debe afirmarse que una ley tributaria de tal fuente puede sufrir restricciones —o incluso ser invalidada si el conflicto es inconciliable—, en virtud de los compromisos asumidos por la República en un convenio internacional (63).

El art. 75, inc. 22, párrafo segundo, de la Constitución ha elevado a la jerarquía constitucional a los instrumentos allí enumerados (más los tres incorporados con posterioridad por las leyes 24.820, 25.778 y 26.378; no es una categoría cerrada, *numerus clausus*). En rigor, no son todos tratados, sino que también hay dos declaraciones, por lo que se propone que sean denominados "instrumentos de derechos humanos" (64). Más allá de esto, las disposiciones contenidas en ellos deben ser interpretadas como la Ley Fundamental (65).

## 2.6. Principios jurídicos

Los principios jurídicos no son sólo los llamados "principios generales del derecho", que —como es sabido— constituyen máximas y axiomas elaborados por la doctrina de los juristas o por la jurisprudencia, ideas directrices o pensamientos jurídicos generales (66), sino también 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 (Alexy) (67).

En relación con este último significado, también se dice, en sentido amplio, que los principios son enunciados que establecen objetivos sociales, económicos, políticos, etcétera (directrices políticas o policíes) y, en sentido estricto, que son exigencias de justicia, equidad y moral que —por vía interpretativa— brindan el significado de las normas del sistema (generalmente a los jueces), a fin de brindar una solución a los casos jurídicos (Dworkin) (68).

Los principios, entendidos en este segundo sentido, se encuentran consagrados en los derechos fundamentales (v.gr., el de igualdad; no discriminación; protección del consumidor; no dañar a otro; etcétera (arts. 16, 19, 42 y concs., Constitución Nacional) y nuestra Carta Magna expresamente se refiere a ello (cfr. art. 28).

Los principios, entendidos en el primer sentido, son aquellos propios del derecho privado y que se encuentran a lo largo del articulado del Código Civil y Comercial. Rivera, siguiendo a Guastavino, reconoce —entre otros— a los siguientes (69): la capacidad de las personas físicas es la regla y la incapacidad la excepción; las incapacidades no pueden extenderse por analogía; la libertad de formas de los actos jurídicos; la buena fe creencia y la buena fe lealtad; no cabe atender a quien alega su propia torpeza; se repudia el fraude a la ley; no debe atenderse a quien actúa en contradicción con sus propios actos; ha de prohibirse la justicia por mano propia; ha de estarse por la conservación de los actos jurídicos; *pacta sunt servanda*; sin perjuicio de que *ad impossibiles nemo tenetur* y *rebus sic stantibus*; el patrimonio es garantía común de los acreedores; el género nunca perece; no se puede ejercer coerción sobre el deudor de obligaciones de

hacer; debe rechazarse el enriquecimiento sin causa; *res perit et crescit domino*; *prior in tempore potior in iure*; *numerus clausus* (derechos reales); el interés familiar prevalece sobre el interés individual; el superior interés del niño; prohibición de pactos sobre herencias futuras; protección integral de la legítima; los actos jurídicos deben ser conformes a la moral y las buenas costumbres; el principio de equivalencia de las prestaciones como regla general en materia de relaciones jurídicas regidas por la justicia conmutativa, y el principio *nemo plus iuris*.

## 2.7. Valores jurídicos

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 (en su dimensión de alteridad y en su carácter de externo al hombre) resultan jurídicamente tutelables. Se erigen en aspectos de los bienes individuales o colectivos por ser en sí mismos valiosos (v.gr., el matrimonio, la vivienda familiar, el contrato, las diferentes formas del dominio, etc.), o como fines (v.gr., las conductas dirigidas a proteger la dignidad del hombre, la vida y la integridad física, las libertades básicas, etc.) (70).

Los valores vienen a ser pues "algo" de los bienes (71) por los cuales aparecen como estimables o deseables por el hombre y, por ende también, como exigencias cuya realización se impone inmediata o mediatamente a la persona humana. A esa cualidad valiosa o "valor", en el ámbito propio de lo jurídico, se la llama —generalmente y en forma general— "justicia" o "justo" y, por analogía, se la atribuye a otras realidades del mundo del derecho tales como, por ejemplo, la justicia de una ley, la justicia de una sentencia, de un dictamen o de una resolución (Finance, Raeymaker, Soaje Ramos, Massini) (72).

Consideramos que los valores jurídicos a los que alude el art. 2º del Código Civil y Comercial son —en cuanto fines— los mencionados en el Preámbulo de la Constitución ("...constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad"), y en cuanto cualidades de los bienes garantizados (73), los que se enuncian en el articulado de la Constitución, sobre todo en la primera parte (Capítulo Primero, "Declaraciones, derechos y garantías"), y en los tratados de derechos humanos incorporados (art. 75, inc. 22, Constitución de la Nación Argentina).

Lorenzetti señala que los valores jurídicos cumplen las siguientes funciones: a) en el campo de validez material, los valores señalan un límite axiológico a las decisiones judiciales; b) en el campo argumentativo pueden ser el contenido de los principios, en tanto éstos contienen una idea o referencia valorativa —en este caso, dice, la argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores; c) en otros el valor expresa un juicio comparativo (compara un valor con otro), y en ello se diferencia del principio (mandato de optimización, mandar hacer algo en la mayor medida posible), y d) en otros supuestos el valor puede ser utilizado con fines clasificatorios, en el sentido de categorización de objetos (74).

De ahí que en la resolución de los casos abarcados por el nuevo Código la ley deberá ser interpretada a la luz de tales valores, de forma tal que sean tutelados en la mayor medida posible, sin violentar su núcleo esencial, conforme establecen los arts. 14, 28 y 31 de la Carta Magna nacional.

## 2.8. Coherencia con todo el ordenamiento jurídico

Finalmente, el art. 2º del Código dispone que la interpretación de la ley debe ser coherente con todo el ordenamiento jurídico (75).

¿Cuál es el significado de coherencia? El concepto de coherencia es complejo y difícil, pero ha tenido un gran campo de aplicación en los últimos tiempos. Se han propuesto teorías de la coherencia en diversas disciplinas como la ética, la epistemología, la literatura sobre razonamiento práctico, el análisis del discurso, la filosofía del lenguaje y, desde luego, la filosofía del derecho (76).

Entre los distintos intentos de aprehender el concepto de coherencia y de identificar los criterios fundamentales para determinar cuándo un conjunto de elementos es coherente (normas, discursos, obras de arte, teorías, creencias, etc.), Paul Thagard ha realizado una importante aproximación en el análisis del concepto de coherencia en términos de satisfacción de restricciones. Según el filósofo canadiense, la coherencia de un conjunto de elementos depende de la satisfacción de una serie de restricciones positivas y negativas. Estas restricciones señalan relaciones de coherencia o de incoherencia entre los elementos dentro del conjunto. La idea es que la maximización de la coherencia de un conjunto de elementos depende de la satisfacción de las restricciones que ligan pares de elementos dentro de dicho conjunto (77).

Esta concepción abstracta del concepto de coherencia es aplicable a diversos ámbitos. Para poder aplicar esta teoría a un dominio particular, es preciso, como señala Thagard, determinar cuáles son los elementos y las restricciones relevantes en dicho dominio. El profesor canadiense diferencia entre seis tipos de coherencia, con distintos elementos y diferentes tipos de restricciones, a saber: coherencia explicativa, analógica, deductiva, perceptual, conceptual y deliberativa.

Amaya, siguiendo las ideas de Thagard, propone aplicar esta concepción de coherencia a la justificación jurídica, diferenciando dos

tipos: la coherencia fáctica, que es el tipo de coherencia relevante para la justificación de conclusiones acerca de cuestiones de hecho en el derecho, y la coherencia normativa, que es el tipo de coherencia relevante para la justificación de proposiciones normativas.

La coherencia fáctica resulta de la interacción de los mismos tipos de coherencia que son relevantes en la justificación epistémica más un tipo de coherencia adicional, la coherencia deliberativa. Este tipo de coherencia es relevante en la justificación de los enunciados fácticos en el derecho, ya que el razonamiento acerca de hechos en el derecho tiene una importante dimensión práctica (78).

La coherencia normativa requiere la interacción de los mismos tipos de coherencia que son relevantes en la justificación moral más un importante tipo de coherencia: la coherencia interpretativa. Es esencial incorporar este tipo de coherencia para poder dar cuenta del carácter interpretativo del razonamiento normativo en el Derecho (79).

Por último, cabe recordar —tal como enseña Bobbio, entre otros— que la coherencia se relaciona con la interpretación sistemática, la cual parte de la idea de que las normas pertenecen a un ordenamiento jurídico —en este caso, el Código y sus sistema de normas—, por lo que los argumentos deben ser pensados sobre las normas y que éstas forman parte de un ordenamiento o, más exactamente, de una parte del mismo (como el derecho penal), es decir que constituyen una totalidad ordenada y que, por tanto, es lícito aclarar una norma oscura o integrar una norma deficiente, recurriendo al llamado "espíritu del sistema", yendo aun en contra de lo que resultaría de una interpretación estrictamente literal.

Está claro que lo que pretende el legislador es un esfuerzo de contextualización de la norma a interpretar. Allí queda entonces planteado que sin "coherentización" del significado de la norma se abre la posibilidad de su desinterpretación. Parece necesario entonces completar el sentido de la norma individual con un sentido sistémico. Así, el argumento de la coherencia se basa en la idea de que los sistemas jurídicos, a pesar de que no resulten coherentes en el sentido de tener absoluta ausencia de inconsistencias normativas, deben tender hacia la coherencia (80).

Entendemos que tras la pretensión de una interpretación coherente con el ordenamiento se encuentra la idea amplia de inconsistencia, antinomia o incompatibilidad, la cual no se limita ya a la incompatibilidad entre dos o más normas —contradicciones lógicas en términos generales—, sino a una noción de antinomia como sinónimo de perturbación de la unidad del sistema jurídico (81).

## VI. El art. 3°

El art. 3° del Código Civil y Comercial consagra dos deberes atinentes a la función jurisdiccional. El primero es el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a conocimiento del juez competente. El segundo es el deber de resolver esos asuntos mediante una decisión razonablemente fundada.

### 1. Deber de resolver

En relación con este deber, cabe recordar que ya estaba contemplado en el viejo art. 15 del Código Civil de Vélez Sarsfield. Dicho artículo disponía: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes". Según la nota del Codificador, la fuente de esa norma es el art. 4° del Código Civil francés: "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".

Los antecedentes de esta disposición se remontan al Derecho Romano y a la expresión latina *non liquet*, que significa "no está claro" (82). 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 advenimiento del Estado moderno y la ciencia del derecho bajo el postulado del "legislador racional" (83), los ordenamientos jurídicos prohíben que el juez se niegue a juzgar los casos que llegan a su conocimiento (84). Para ello se parte de aquel postulado y sus derivaciones. Entre ellas se encuentra la tesis que afirma que el legislador es omnicompreensivo, puesto que se cree que la ley no deja ninguna situación jurídica sin regular. También se sostiene la tesis de que el legislador es siempre preciso, en el sentido de que su voluntad posee siempre una dirección unívoca, con independencia de las imperfecciones del lenguaje (85).

El deber de resolver también es analizado desde la perspectiva constitucional-administrativa. Se dice que constituye un deber de los jueces el de administrar justicia —como funcionarios del Estado— cada vez que tal actividad les sea requerida en un caso concreto (cfr. art. 116, Constitución Nacional; art. 1°, ley 27). Tal deber de ejercer la función judicial deriva, por un lado, de la relación de empleo público que vincula al juez con el Estado, hallándose regido, como tal, por los principios generales del derecho administrativo, y se correlaciona, por otro lado, con el derecho que tienen las partes o peticionarios en el sentido de que sus reclamos sean resueltos o proveídos, con prescindencia del contenido (favorable o desfavorable) de la respectiva decisión (86).

Al margen de ello, en términos generales se dice que es principio básico en las legislaciones republicanas el que sostiene 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 en el antiguo artículo 15 (laguna, oscuridad o insuficiencia legal)- aplicar los medios contemplados en el art. 16 (la analogía y los principios generales del derecho) (87).

Entre las razones que se esgrimen en pro de expresar los motivos o fundamentos de hecho y de derecho en las sentencias judiciales, cabe destacar aquella que señala que la fundamentación constituye el único medio a través del cual las partes y la opinión pública en general pueden verificar la justicia de las decisiones y comprobar la adecuación de éstas a las valoraciones jurídicas vigentes. De ahí el alto sentido institucional de tal deber, cuyo fundamento reside en el derecho de controlar los actos de los poderes públicos que es propio del sistema republicano de gobierno, así como en la garantía de la defensa en juicio (arts. 1º, 5º y 18, Constitución Nacional) (88).

## 2. Deber de dictar una sentencia razonable y fundada

En lo que hace al segundo de los deberes señalados —el de resolver los casos mediante una "decisión razonablemente fundada"—, se dice que dicha obligación consiste en "seguir un proceso argumentativo susceptible de control judicial" (89), dado que tal deber deriva de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (90).

Desde la óptica de la interpretación constitucional, se acota que toda actividad estatal para ser constitucional debe ser razonable: el Congreso, el Poder Ejecutivo y los Jueces, cuando actúan en el ejercicio de sus funciones específicas, deben hacerlo de manera razonable. Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo aquello que puede ser resumido en arreglo a lo que dicte el sentido común (91).

La razonabilidad presupone, a su vez, la racionalidad, pero no se identifican. La lógica del derecho es diferente a la de otras disciplinas; es la lógica o es logos de lo razonable (Recasens Siches). En cuanto a las características que presenta la lógica jurídica y, en especial, el "razonamiento judicial", existe un debate metodológico sobre el tipo de racionalidad al que debe adscribirse la tarea de juzgar. En lo aquí interesa destacar, las posiciones pueden simplificarse en dos posturas: la racionalidad pura y la racionalidad práctica. La primera se halla representada por quienes consideran que el acto de juzgar es una manifestación de racionalidad pura, o sea una actividad estrictamente lógica a través de la cual el juez es capaz de conocer o identificar la norma aplicable al caso controvertido. Quienes defienden esta tesis comparan la actividad del juez con un silogismo en el que la premisa mayor está representada por el sistema de fuentes del Derecho; la premisa menor, por las circunstancias del caso enjuiciado, y la conclusión es un acto lógico por el cual el juez, una vez identificada la norma pertinente dentro del sistema de fuentes, la aplica a la solución del caso que es objeto del proceso. Se trata de un mecanismo que explicita el procedimiento de la subsunción. La segunda, concibe la actividad judicial como expresión de la racionalidad práctica, es decir, la reputa un proceso discursivo tendente a inferir las "buenas razones", argumentos o motivos relevantes tendentes a establecer la norma jurídica más oportuna para resolver el proceso (92).

Pero, ¿en qué consiste lo "razonable" o la "razonabilidad" a la que alude el art. 3º cuando habla de la decisión "razonablemente" fundada?

Para elucidar el significado de este término, es necesario partir de la noción de razón porque la palabra razonable (del latín, *rationabilis*) es adjetivo que significa arreglado, justo, conforme a la razón (93). La razón es la facultad del ser humano de pensar, reflexionar para llegar a una conclusión o formar juicios de una determinada situación o cosa (94). La palabra razón proviene del latín *ratio*, *rationis*, que significa "cálculo, razón o razonamiento".

Además, el término razón puede tener varios significados dependiendo de cómo sea empleado. La razón es el argumento que una persona alega para probar algo o persuadir a otra persona de sus argumentos. Asimismo, razón es la causa determinante del proceder de una persona y de un hecho. Atienza también reconoce estos sentidos del término, señalando que el término razón puede entenderse como facultad humana, como premisa de un argumento, como motivo psicológico y como justificación de una acción. El profesor de Alicante considera que las tres últimas acepciones se vinculan con el razonamiento judicial: el que reconstruye los pasos deductivos de la justificación (razón como premisa); el que representa el proceso psicológico del juez (razón motivo) y el que pretende garantizar una justificación sustantivamente correcta (razón como justificación) (95).

En cuanto a la idea de razonabilidad, también puede hablarse en varios sentidos. En sentido amplio se aplica a cualquier decisión judicial, pues la razonabilidad marca el límite de lo justificable, de lo jurídicamente aceptable. La razonabilidad es algo más que la racionalidad en sentido estricto (96), aunque en ocasiones decidir de manera razonable significa hacerlo en forma estrictamente racional.

En sentido específico, la razonabilidad se aplica a propósito de ciertas decisiones, de ciertas argumentaciones. La necesidad de ser razonable se plantea cuando, en relación con una cuestión, parece existir un cierto margen para decidir de una manera o de otra (97). Esta noción de razonabilidad implica incorporar la idea de aceptabilidad. Una decisión que resultaría razonable es la que, teniendo en cuenta todos los elementos de la situación (el juicio razonable es siempre un juicio holístico (98)), logra una articulación óptima entre las

exigencias contrapuestas y que resulta además aceptable. La aceptabilidad debe ser entendida como el equilibrio entre la aceptación de hecho (de puntos de acuerdo reales) y el consenso racional (99).

En relación con este último sentido, Aulis Aarnio ha defendido una concepción amplia de la racionalidad de la que forma parte tanto la racionalidad lógica como la racionalidad discursiva, que interpreta en el sentido de la racionalidad dialógica de Habermas y Alexy. Sin embargo, advierte que la racionalidad discursiva es insuficiente porque sólo puede proporcionar estándares valorativos objetivos en abstracto, pero no consideradas todas las circunstancias, por lo que estima que la noción de lo racional debe complementarse con la de lo "razonable", que Aarnio, siguiendo a Perelman, entiende en términos de "aceptabilidad" por parte del auditorio (100).

La razonabilidad debe ser considerada en el ámbito de la comunicación o "discurso jurídico", es decir, en las reglas que dominan la argumentación y, con ello, con la posibilidad de la aceptación o adhesión racional de una decisión por parte del auditorio al cual va dirigida (101), el que comprende no sólo las partes del proceso, sino también a los órganos judiciales superiores del juez que controlan las sentencias; los académicos, doctrinarios o juristas y la comunidad política toda.

Al respecto, la Corte nacional ha resuelto que omitir desarrollar una argumentación que posibilite su refutación jurídica descalifica la decisión como acto judicial, ya que tal práctica impide desentrañar el proceso lógico empleado en ella (102).

En este momento, resulta oportuno insistir en que hablar de "decisión" (o sentencia judicial) implica que, en forma previa, pueden presentarse —en general— diversas opciones para la resolución de un caso, litigio o problema (103). Así pues, trasladadas estas ideas a la cuestión de la única respuesta correcta, la razonabilidad presupone que frente a la resolución de un problema o de un caso, no existe una única respuesta posible sino varias, dentro de las cuales alguna de ellas es o puede resultar más aceptable, convincente o razonable. Siguiendo este criterio, si supusiéramos —como durante siglos se ha hecho— que hay una única respuesta verdadera para todos los casos, la tarea de la judicatura implicaría encontrar una verdad "demostrable", y si hay demostración, entonces no hay lugar para la razonabilidad y, por lo tanto, no hay necesidad de dictar una sentencia razonablemente fundada, sino que habría que brindar una demostración suficiente.

Atienza considera que los problemas jurídicos tienen una respuesta final, pero esa respuesta no tiene por qué ser correcta ni, menos aún, única. La idea de la respuesta correcta no puede aceptarse ni siquiera como guía para un juez o un teórico del derecho, dice el autor español. Cuando sobre un mismo problema jurídico se proponen dos soluciones basadas en juicios de valor intrínsecos (últimos) incompatibles entre sí, no cabe hablar de respuesta correcta: cada una es correcta dados ciertos criterios, y no hay un meta-criterio que cubra ambos. De lo único que cabe hablar es de la mejor respuesta posible, que sería aquella que resulte aceptable para la mayoría de una comunidad ideal (que se guía por las reglas del discurso racional), pero particular, en cuanto sus miembros comparten ciertos valores básicos que pueden no coincidir con los de otras comunidades (104).

De ahí que, para una postura, la "razonabilidad" es un principio constitucional y su tutela tiende a hacer efectiva y eficaz el derecho del debido proceso sustantivo. Constituye un principio y, como tal, se caracteriza como un mandato de optimización, cuyo objetivo es garantizar que el contenido de las normas, de los actos y la aplicación de las mismas guarden una adecuada coherencia con el texto, principio y valores de la norma base (105). Para otra postura, se trata más de una garantía que de un principio propiamente dicho, ya que se traduce en una exigencia para la validez y aplicación de las normas, y que junto con la legalidad conforman la garantía fundamental del Estado de Derecho. Mientras que los principios resultan aplicables a determinadas relaciones jurídicas, la razonabilidad es un requisito o condición de validez y aplicación de todo el orden normativo (106).

En consecuencia, la razonabilidad —entendida en este sentido— resulta una garantía contra la arbitrariedad, ya que la decisión requerirá el desarrollo de una adecuada fundamentación, esto es, una argumentación mínima (107).

Finalmente, en lo que atañe al calificativo de "fundada", si bien —en principio— puede parecer que esta exigencia sólo alude a una cuestión formal; a un requisito que requieren casi todos los ordenamientos procesales (v.gr., art. 34, inc. 4º, CPCCN), lo cierto es que se trata de un principio básico, con consecuencias significativas en orden a la democracia constitucional y deliberativa, en lo que hace a su control por la comunidad, comprendiendo a las partes, al mismo juez (por parte de los órganos superiores) y a la comunidad política (108).

Al respecto, es dable señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad en el derecho libremente aplicado sino en las leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme reglas que la comunidad debe conocer, las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual debe hacerse respetar porque constituye un elemento de la garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso (109).

En este sentido, las constituciones provinciales de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe —entre otras—, solamente hacen referencia al fundamento normativo, pero esos textos constitucionales fueron dictados bajo la influencia del racionalismo jurídico positivista, lo que

no implica que con ello se satisfaga la exigencia de motivación (110) mediante la sola referencia de los textos y de las citas legales, ya que se pretende del juez, además, una argumentación justificatoria de la decisión adoptada (111).

En relación con esta problemática, en el ámbito de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (112), se ha dicho: "Fundar o fundamentar la sentencia no es tarea que inexorablemente resulte lograda con la mera cita de un texto legal. Todo depende de las circunstancias del caso, de lo que éste requiera para su adecuada solución (cfr. CSJN, Fallos: 247:117). En determinadas situaciones —seguramente las menos—, por la obviedad de las cosas probablemente alcance con la remisión normativa, sin necesidad de explayar exhaustivamente los caminos que conducen a la solución escogida. Pero, por regla general, la labor jurisdiccional no es tan sencilla. Expresa Román Frondizi que la fundamentación es la justificación de la parte dispositiva, a través de la cual el juez trata de demostrar que la decisión del caso se ajusta a derecho. Fundar la sentencia es, pues, justificarla. Ha de poderse comprender cómo y por qué han sido dados por probados los hechos conducentes y ha sido aplicada la norma que rige el caso (La sentencia civil, ed. Platense, ps. 27 y sigtes., y 38). Se requiere la motivación, la inclusión del mecanismo mismo elaborado sobre la base de la lógica y del derecho, exhibido en sus elementos esenciales, extrovirtiendo el eje, la base, el hilo conductor, aunque se omitan los detalles. La sentencia ha de proporcionar a quien la lee una pauta clara que vincule lo decidido con los hechos juzgados y probados y con la normatividad en vigor. Si ese hilo conductor no existe, el fallo es arbitrario, porque en lugar de basarse en las circunstancias concretas de la causa, debidamente ponderadas, tiene su raíz nada más que en la pura voluntad del juzgador. Se trata de criterios harto consolidados y sobre los que existe nutrida doctrina (véase Morello, La casación, cap. IX, 'La motivación constitucional de la sentencia' y bibliografía que cita en nota 1)" (113).

Con las exigencias prescriptas por el art. 3° se puede decir, como fuera indicado al comienzo de este trabajo, en orden a las exigencias relativas a la motivación o justificación de las decisiones jurídicas (sentencias judiciales), para la resolución de los casos comprendidos en el Código (art. 1°), presuponen un cambio de modelo teórico y práctico, presuponiendo la teoría de la argumentación jurídica.

El problema de la motivación o justificación de las decisiones jurídicas es un tema en boga desde hace algunas décadas en la filosofía y ciencia del derecho contemporáneas (114). Ello se debe, además del agotamiento de la concepción decimonónica-legalista, a la trascendencia que ha adquirido tanto en los sistemas jurídicos pertenecientes a la familia continental-europea como en los del common law el tema del discurso o razonamiento jurídico, sobre todo ante las exigencias del Estado Constitucional de Derecho y Democrático y la fuerza del movimiento que se denomina "neoconstitucionalismo" (115).

En la cultura jurídica contemporánea predomina la idea de que la decisión jurídica debe estar justificada o debe ser justificable, lo cual significa que ella debe permitir identificar los argumentos que la sustentan (justificación interna), justificando argumentos como buenas razones y los razonamientos justificativos como razonamientos apropiados (justificación externa) (116).

La justificación en sentido amplio abarca la verificación, y la justificación en sentido estricto, las técnicas argumentativas. La verificación es una justificación que versa sobre proposiciones, es decir, sobre juicios que son verdaderos o falsos. La idea de verificación admite diversas significaciones y connotaciones, sobre todo porque implica algunas suposiciones filosóficas (ontológica, idealista, etc.), epistemológicas (objetivista, falsacionista, etc.) y lógicas (formal o no formal o también llamada debilitada o débil).

La justificación en sentido estricto trata de técnicas de argumentación que se fundan en diversas teorías o modelos (como las de Perelman, MacCormick, Alexy, Aarnio, etc. (117)). En el ámbito del razonamiento jurídico, los argumentos unen diversos juicios en un discurso práctico. Su calificación no se hace en términos de verdad (como en la verificación) sino, por ejemplo, en los de "buenas razones", "persuasividad", "razonabilidad", etcétera (118).

Perelman considera que la argumentación, en sentido estricto, es la que tiene por objeto el estudio de las técnicas discursivas que apuntan a ganar o a reforzar la adhesión del auditorio a las tesis que se presentan a su asentimiento. Toda argumentación supone un orador, que presenta un discurso, un auditorio a quien se dirige la argumentación, y un fin, la adhesión a una tesis o el acrecentamiento de la intensidad de adhesión, que debe crear una disposición a la acción y, si tiene lugar, desencadenar una acción inmediata (119).

Cuando el art. 3° del Código dispone que los casos deben ser resueltos mediante una "decisión razonablemente fundada", como hemos ya apuntado antes, no hace más que referirse —de manera poco clara y un poco parca— a la argumentación o justificación de las sentencias judiciales (especialmente, de aquellas que ponen fin al litigio o impiden su posterior revisión causando un gravamen irreparable).

Por otra parte, el art. 3° no establece ninguna consecuencia disvaliosa a la infracción de tales exigencias, esto es, a que las decisiones sean razonablemente fundadas. Surgen, como interrogantes, si las decisiones que no cumplen con la razonabilidad y la fundamentación son pasibles de nulidad, arbitrariedad, prevaricato, etcétera (120).

Quizá, en defensa del Código, pueda decirse que el legislador ha querido resguardar el federalismo y la autonomía de las provincias,

por referirse a una problemática de índole procesal y, por ende, no delegada a la Nación (arts. 1º, 5º, 7º 8º, 75, inc. 12, 121 a 126, 129, Constitución Nacional), dejando que los códigos de procedimiento regulen esta materia. Sin embargo, el resto del artículo del Código autoriza a desechar este argumento (v.gr., arts. 607 y sigtes.; 705 a 723; 1649 y sigtes.; 1734 a 1736, 1744, entre otros, CCyC) (121).

A ello cabe añadir que tampoco aclara, en forma concreta y precisa, cuáles serían los estándares normativos, fácticos, axiológicos, lógicos y lingüísticos que deberían reunir una sentencia (y qué especie de sentencia o resolución) para que satisfaga el requisito de una decisión "razonablemente fundada". El Código se ha limitado a señalar una fórmula general y vaga, no obstante los desarrollos de la propia Corte Nacional en materia de arbitrariedad de sentencia y de los autores de renombre (122).

Así, por ejemplo, la misma Corte ha dicho que "para descalificar una sentencia por causa de arbitrariedad en el razonamiento legal se debe efectuar un análisis de los defectos lógicos que justifican tan excepcionalísima conclusión. Ésta no tiene por objeto convertir la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados que se reputen tales, sino que atiende cubrir casos de carácter excepcional, en que deficiencias lógicas del razonamiento una total ausencia de fundamento normativo, impida considerar el pronunciamiento de los jueces del proceso como la 'sentencia fundada en ley' que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (conf. doctrina de Fallos: 311:786; 312:696; 314:458; 324:1378, entre muchos otros)".

"En tal sentido, la arbitrariedad no puede resultar de la sola disconformidad con la solución adoptada, sino que requiere la constatación de un apartamiento de los criterios mínimos de la argumentación jurídica. Esta última exige, su vez, que la decisión contenga una precisa descripción de los hechos con relevancia normativa, y si no se aplica la regla, deben darse las razones por las cuales resulta inaplicable. Es que la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad en el derecho libremente aplicado sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme reglas que la comunidad debe conocer, las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual esta Corte debe hacer respetar porque constituye un elemento de la garantía constitucional de la defensa en juicio el debido proceso (Fallos: 312:1234; 315:502, 2514; 319:2637; 330:2498, entre otros)" (123).

Desde el ámbito autoral, se ha dicho que una decisión judicial es arbitraria cuando el juez decide libremente concurriendo alguna o todas de las siguientes notas: a) vulnera pautas decisorias del sistema jurídico; b) se demuestra que los móviles que guían la elección del juez son incompatibles con el sistema jurídico; c) cuando el juez no da razón alguna de su fallo o cuando la motivación de éste contiene razones puramente inadmisibles, ya sea por absurdas, antijurídicas o incompatibles con los requerimientos funcionales del sistema jurídico (124).

(1) La nueva concepción del derecho a la que se alude vendría a ser aquella que ha dado en llamarse como "positivismo" (CALSAMIGLIA, Albert, "Pospositivismo", *Doxa*, 21-I 1998, ps. 209-220; ATIENZA, Manuel — RUIZ MANERO, Juan, "Dejemos atrás el positivismo", *Isonomía*, nro. 27, octubre, 2007, ps. 7-28; *íd.*, Para una teoría pospositivista del Derecho, Palestra, Lima, 2009; CÁRCOVA, Carlos M., *Las teorías jurídicas pospositivistas*, 2ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009; MÜLLER, Friedrich — Villacorta Mancebo, Luis Q., *Pospositivismo, Tratamiento Gráfico del Documento*, Santander, 2009).

(2) Si bien el derecho no puede reducirse a argumentación, el enfoque argumentativo del derecho puede contribuir a una mejor teoría y a una mejor práctica jurídica (ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 107; cfr. GRAJALES, Amós A. — NEGRI, Nicolás J., *Argumentación jurídica*, Astrea, 2014, Buenos Aires, ps. 505-514, nro. 86; *íd.*, *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial. Elementos para la práctica profesional*, Astrea, Buenos Aires, 2016, ps. 1 y sigtes.).

(3) NINO, Carlos S., *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, ps. 199 y sigtes. *Derechos. Derechos son los derechos y garantías fundamentales contenidos en la Constitución Nacional y en los Tratados incorporados a ella (art. 75, inc. 22)*.

(4) Cfr. BARRANCOS Y VEDIA, Fernando N., "La Corte Suprema de Justicia y la operatividad de las normas del Pacto de San José de Costa Rica en el orden jurídico interno", *LA LEY*, 1987-D, 333; COLAUTTI, Carlos E., "La operatividad de las cláusulas de las convenciones internacionales de derechos humanos", *LA LEY*, 1990-C, 821; CSJN, "Ekmekdjian c. Sofovich", sent. del 7/7/1992, Fallos: 315:1492). En este precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió sobre la operatividad de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y reiteradamente ha advertido sobre la responsabilidad de carácter internacional del Estado por la estricta observancia, que pesa sobre todos los órganos internos, incluidos los locales de carácter judicial —a quien por otra parte le corresponde la expresa misión, constitucional e indeclinablemente asignada, de verificar la correspondencia de las leyes con la Constitución Nacional—, de las normas establecidas en los tratados internacionales de los que el Estado forma parte (Fallos C.547.XXI, 22/6/1987; C.92.XXI, 10/5/1994; M.354.XXIV, 26/12/1995; G.288.XXXIII, 12/5/1998; M.623.XXXIII, 21/12/1999; P.709.XXXVI, 5/3/2002; C.732.XXXV, 30/9/2003; N.19.XXXIX, 16/11/2004; E.224.XXXIX, 23/12/2004; E.224.XXXIX, 23/12/2004; véase también voto del doctor Hitters en las causas L.88.775, sent. del 23/3/2010; A.71.230, reg.-def. 215-15, sent. del 15/7/2015; entre otras; véase también la Corte IDH, in re "Masacre del Pueblo Bello c. Colombia", sent. del 31/1/2006, Serie C, nro. 140; caso de la "Masacre de Mampiripán c. Colombia", sent. del 15/9/2005, Serie C, nro. 134, párr. 111).

(5) En este sentido coincidimos con Böhmer, en cuanto a que "los jueces que apliquen las Constituciones y códigos, los abogados que los utilicen, los administradores que deben reglamentarlos, traicionarán el espíritu de cualquier reforma si continúan pensando y actuando dentro de los antiguos moldes" (BÖHMER, Martín F., *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la Abogacía*, Gidesa, Barcelona, 1999, p. 13).

(6) Cfr. GRAJALES, Amós A. — NEGRI, Nicolás J., *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial*, Astrea, Buenos Aires, 2016, ps. 7-11.

(7) Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 25. En los "Fundamentos" del Código se expuso: "Hay que considerar que, si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al Código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable (punto III.1; cfr. CSJN, Fallos: 312:957).

(8) Lorenzetti explica qué se entiende por "diálogo de fuentes": 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. 1º, 2º y 3º). Se trata de directivas para la decisión judicial, que debe comenzar por el método deductivo, someterse al control de precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento, y dar explicaciones suficientemente razonables (LORENZETTI, Ricardo L., "Presentación del Proyecto", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. iv). En los Fundamentos del Anteproyecto se expuso que "...entendemos que debe distinguirse entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque creemos que de ese modo se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores. Con referencia a la ley, hay que establecer normas respecto de su obligatoriedad con relación al espacio y al tiempo, sus efectos en el campo del derecho internacional privado, que no tienen otra sede que la que consideramos" (punto III.1). La expresión "diálogo de fuentes" (le dialogue des sources) fue acuñada por Erik Jayme en "Identité culturelle et integration: le droit international privé posmoderne", en *Cours général de droit international privé*, Académie de Droit International de La Haye — Hague Academy of International Law, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, The Netherlands, 1996.

- (9) ATIENZA, Manuel — RUÍZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ª ed., Ariel, Barcelona, 2007, cap. 5; ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 2010, ps. 77-79 y 113.
- (10) Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1999 (1993), ps. 269 y sigtes.
- (11) Lorenzetti considera que existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado (Proyecto de Código..., ob. cit., p. iv). Según los "Fundamentos" del Código, se "...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 receptar 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" (punto I). Véase también Rivera, Julio César, en Rivera, Julio César — Medina, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, ob. cit., t. I, "Introducción. Codificación, descodificación y recodificación del derecho privado argentino a la luz de la experiencia comparada", ps. 11 y sigtes.
- (12) Los bienes individuales son, entre otros, la vida, la salud, la libertad, etc., es decir, propios de la persona. Los bienes colectivos son, por ejemplo, la protección de la familia, el patrimonio histórico, el patrimonio genético de la especie humana, el medio ambiente (cfr. LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 124; véase también GIANNINI, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2007; *íd.*, "Los procesos colectivos y la tutela de los derechos homogéneos", *LA LEY*, 2008-A, 97; *íd.*, "Los derechos de incidencia colectiva en el proyecto de Código Civil y Comercial. Aportes para su definición", *Digesto Judicial*, 5/9/2012, ps. 189 y sigtes.).
- (13) NINO, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, ps. 387 y sigtes.; *íd.*, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, ps. 166 y sigtes.; ps. 258-259; *íd.*, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 682 y sigtes.
- (14) Respecto del art. 3º del Código, en los "Fundamentos" del Anteproyecto, se dice que "...la decisión debe ser razonable, es decir, fundada, lo cual se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Esta disposición se aplica extensivamente a todos los que deben decidir casos con obligación de fundarlos" (punto III.4.3).
- (15) Cfr. VIGO, Rodolfo L., "Ética judicial e interpretación jurídica", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 29, 2006, ps. 273-294; *íd.*, "¿Deben los jueces saber filosofía?", *LA LEY*, 2009-E, 1326; *íd.*, "El papel de un Tribunal Constitucional en Democracia (Aharon Barak)", *LA LEY*, diario del 3/7/2014, p. 1.
- (16) LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, ob. cit., t. I, p. 25.
- (17) Cfr. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Redactado por la comisión de reformas designada por dec. 191/2011, *La Ley*, Buenos Aires, 2012, p. 445 (punto III.1); LORENZETTI, Ricardo L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *LA LEY*, 2012-C, 581.
- (18) *Ibíd.*
- (19) *Ibíd.*
- (20) *Ibíd.*
- (21) LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, ob. cit., t. I, p. 25. La distinción entre derecho y ley no es reciente. Ya había sido apuntada por el gran maestro Spota a mediados del siglo XX (cfr. SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t. I, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 389, § 3, nro. 131). Spota, en un excelente ensayo, critica la errada concepción del derecho asumida por los primeros comentaristas del Código Napoleón, embebida de lo que llama "mística revolucionaria francesa", según la cual se rendía una especie de culto a la ley, tal es así que en Francia —a comienzos del siglo XIX— no se dictaban clases ni se publicaban libros de "Derecho Civil" sino del "Código Civil"; de ahí la célebre frase de Bugnet: "Yo no conozco el derecho civil, yo sólo enseño el Código Napoleón", o la de DEMOLOMBE: "¡Los textos ante todo! Yo publico un curso de Código Napoleón" (cfr. SPOTA, Alberto G., *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1976, ps. 29-34 y 43-45).
- (22) VIGO, Rodolfo L., "Comentarios al capítulo 1 del Título Preliminar", en Laferriere, Jorge N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, 1ª ed., *El Derecho*, Buenos Aires, 2012, ps. 63-65. Cfr. también HIGHTON, Elena I., "Título Preliminar del Código Civil y Comercial",

Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015, Número extraordinario, "Claves del Código Civil y Comercial", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 30. La judicatura —a través de la función jurisdiccional— ha cumplido un rol central en el paso del Estado legalista al Estado constitucional, al procurar derivar racionalmente desde el derecho vigente y válido la solución justa para cada caso. El derecho vigente y válido no es idéntico al derecho positivo, por lo que corresponde a los jueces discernir racionalmente la validez de las exigencias incluidas en el derecho positivo. No es función de los jueces ejecutar solamente la ley, ni incluso para la paz social, sino por sobre todo decir el derecho en cada caso, sin perjuicio de reconocer que desde la justicia se construye la paz.

(23) Cfr. PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducido por Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979, p. 103; VIGO, Rodolfo L., *Principios jurídicos*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 1; "Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional", *Suplemento Constitucional LA LEY*, 2010 (febrero), p. 1, y *LA LEY*, 2010-A, 1165; *íd.*, *La injusticia extrema no es derecho* [De Radbruch a Alexy], UBA, Buenos Aires, 2004).

(24) VIGO, Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho* (De Radbruch a Alexy), UBA, Buenos Aires, 2004; *íd.*, "Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional", *Suplemento Constitucional, LA LEY*, 2010 (febrero), p. 1, y *LA LEY*, 2010-A, 1165; *íd.*, "Comentarios al cap. 1 del Título Preliminar", en Laferriere, Jorge N. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, 1ª ed., El Derecho, Buenos Aires, 2012, ps. 63/65. Véase también Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2008, ps. 69 y sigtes.; *íd.*, "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín", *Doxa*, nro. 23, año 2000, ps. 197-230; *íd.*, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, traducción de José Antonio Seoane. En este último trabajo, Alexy señala al comienzo que "Gustav Radbruch planteó su famosa fórmula en 1946, bajo la impresión directa de doce años de nacionalsocialismo. Reza así: 'El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como Derecho injusto ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo Derecho injusto, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica'. Es fácil apreciar que esta fórmula consta de dos partes. En la primera parte se dice que las leyes positivas pierden su validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una 'medida insoportable'. Esto puede ser designado como la 'fórmula de la intolerancia'. En la segunda parte, se niega la naturaleza jurídica a las leyes positivas si en su establecimiento 'es negada conscientemente' la igualdad, que según Radbruch representa el núcleo de la justicia. Esto se puede denominar la 'fórmula de la negación'. La fórmula de la intolerancia tiene un carácter objetivo. Aplica la medida de la injusticia. Por el contrario, en la fórmula de la negación se trata de algo subjetivo: los propósitos o las intenciones del legislador... Por ello, se le puede dar la siguiente versión sucinta a la fórmula de Radbruch: Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas. Más breve incluso: La extrema injusticia no es Derecho".

(25) BONNECASE, Julien, *La escuela de la exégesis en el derecho civil*, José Cajicá, México DF, 1944, ps. 141-144; GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho, Tenerife, 1979; ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, ps. 196-205; CATENACCI, Imerio J., *Introducción al Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 296.

(26) Como fuera expuesto en la nota 2, nos encontramos frente a una crisis del positivismo que ha dado lugar a un conjunto de movimientos que se denominan "pospositivistas", entre ellas se destaca el "neoconstitucionalismo" (Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, nro. 21-II, 1998, ps. 339-353). Entre los autores que se enrolan en esta última corriente de pensamiento se encontrarían Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Nino. Sus postulados básicos serían que: 1) el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios; 2) el peculiar método que requieren los principios es el llamado de la "subsunción" o "balanceo", siendo inadecuado el método tradicional de "subsunción" de la interpretación o aplicación de las normas; 3) la constitución presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales; la ley debe adecuarse y desarrollarse conforme a la constitución; 4) ante la presencia de principios y el uso de la ponderación, el juez tiene facultades para adecuar la legislación a las prescripciones constitucionales y a las exigencias de justicia sustancial (cfr. CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo[s]*, Madrid, Trotta, 2003; *íd.*, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; CARBONELL, Miguel — GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon del neoconstitucionalismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010; VIGO, Rodolfo L., *Interpretación —argumentación— jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, ps. 109-119, 267 y sigtes.).

- (27) Cfr. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, "Derecho", en Rivera, Julio César — Medina, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial Comentado, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 60.
- (28) Cfr. GRAJALES, Amós A. — NEGRI, Nicolás J., Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial, ob. cit., ps. 32-33.
- (29) Cfr. GRAJALES, Amós A. — NEGRI, Nicolás J., Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial, ob. cit., p. 104.
- (30) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, 1982, ps. 37 y sigtes.; PÉREZ ROYO, Javier, Las fuentes del Derecho, Tecnos, Madrid, 1985, p. 27; ZULUAGA GIL, Ricardo, El valor normativo de la Constitución de 1991, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 1995, ps. 6 y sigtes; VIGO, Rodolfo L., De la ley al derecho, ob. cit., p. 199; íd., "Presente de los derechos humanos y algunos desafíos (con motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994)", ED 180-1408 y sigtes.
- (31) Cfr. GRAJALES, Amós A. — NEGRI, Nicolás J., Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial, ob. cit., ps. 29-30.
- (32) La expresión "diálogo de fuentes" (le dialogue des sources) fue acuñada por Erik Jayme en el trabajo "Identité culturelle et integration: le droit international privé posmoderne". Allí, bajo esa expresión Jayme dice, en relación con el derecho internacional privado en la época posmoderna: "Dés lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois emerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles 'parlent' l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent" (JAYME, Erik, "Identité culturelle et integration: le droit international privé posmoderne", en Cours général de droit international privé, realizado en la Académie de Droit International de La Haye y publicado en The Hague, Netherlands, en la editorial Martinus Nijhoff Publishers, en 1996, p. 259.
- (33) LORENZETTI, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación comentado, ob. cit., t. I, comentario al art. 1º.
- (34) Cfr. HART, Herbert, El concepto de derecho, traducción G. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998; Carrió, Genaro, Notas sobre derecho y lenguaje, 4ª ed., LexisNexis — Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.
- (35) Cfr. GRAJALES, Amós A. — Negri, Nicolás J., Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial, ob. cit., p. 25.
- (36) Cfr. KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, UNAM, traducción de la 2ª ed. en alemán por Roberto J. Vernengo, México DF, 1979, ps. 83-90 y 123-133.
- (37) SALVAT, Raymundo M., Tratado de Derecho Civil. Parte General, actualizado por López Olaciregui, t. II, TEA, Buenos Aires, 1957, ps. 163/169; BREBBIA, Roberto, Hechos y actos jurídicos, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1979, ps. 12-13. FARINA, Juan M., "Hecho jurídico. Acto jurídico. Negocio jurídico", JA, 1975-547, Doctrina; Cifuentes, Santos, Negocio jurídico, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004, ps. 19-24; BUERES, Alberto J., comentario al art. 896, en Bueres, Alberto J. — Highton, Elena I., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, t. 2 B, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 384; Mayo, Jorge, comentario al art. 896, en BUERES — HIGHTON, Código..., ob. cit., ps. 394-395. Cfr. BETTI, Emilio, Teoría del negocio jurídico, traducción de A. Martín Pérez, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 4; BARBERO, Domenico, Sistema de derecho privado, trad. Sentís Melendo, t. I, EJE, Buenos Aires, 1967, ps. 332-333; MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, t. II, trad. de Sentís Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1971, ps. 321-327; Cataudella, voz "Fattispecie", en Enciclopedia del diritto, vol. XVI, 1967, p. 926, nro. 1; OLASO JUNYENT, Luis M., Curso de introducción al Derecho, t. II, 4ª ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, p. 358.
- (38) BUERES, Alberto J., en Bueres, Alberto J. — Highton, Elena I., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, t. 2 B, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 384.
- (39) FARINA, Juan M., "Hecho jurídico. Acto jurídico. Negocio jurídico", JA, 1975-547, Doctrina; Bueres, Alberto J., en Bueres, Alberto J. — Highton, Elena I., Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, t. 2 B, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 384; OLASO JUNYENT, Luis M., Curso de introducción al Derecho, t. II, 4ª ed. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, p. 358.
- (40) BETTI, Teoría del negocio jurídico, ob. cit., ps. 5-7; BUERES, Alberto J., Objeto del negocio jurídico, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 74; MAYO, en Bueres — Highton, Código..., comentario al art. 896, ob. cit., p. 396.
- (41) El modelo anterior sólo había contemplado —como elemento típico del derecho— a la "norma jurídica" o, dicho en términos del actual Código, a la "ley", la que definía autoritativamente que a un supuesto o hipótesis fáctica se le imputaban ciertas consecuencias o efectos jurídicos.
- (42) Cfr. MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, traducción de Santiago Sentís Melendo, t. I, EJE,

Buenos Aires, 1954, ps. 66 y sigtes., § 4, p. 127. Highton ha reconocido esta amplitud, aunque ello no se vislumbra en el Anteproyecto por ella presidido (cfr. HIGHTON, Elena I., "Título preliminar del Código...", ob. cit., p. 44).

(43) DEPETRIS, Carlos E., "Hacia un cambio en la práctica jurídica: Notas sobre el Capítulo 1 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial", publicado en Infojus, el 1/6/2015, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar).

(44) RIVERA, Julio César — Medina, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. I, "Introducción. Codificación, descodificación y recodificación del derecho privado argentino a la luz de la experiencia comparada", La Ley, Buenos Aires, 2014, ps. 11 y sigtes.; LORENZETTI, Ricardo L., Teoría de la decisión judicial, ob. cit., ps. 29 y sigtes.

(45) PECES-BARBA, Gregorio — FERNÁNDEZ, Eusebio — DE ASÍS, Rafael, Curso de teoría del derecho, Marcial Pons, Madrid, 2000, ps. 234 y 238.

(46) CSJN, causa S.61.XXXVIII., "Sánchez, Dora Cristina c. M° J. y DD.HH. — ley 24.411 (res. 381/00)", sent. del 9/5/2006, Fallos: 329:1473 (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema). Allí se cita la doctrina de Fallos: 302:1611; 312:111, entre otros. Cfr. también Fallos: 327:4201.

(47) Ha decidido la CSJN que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria..." (Fallos: 200:176; 299:167; 304:1820; etc.).

(48) ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, Manual de filosofía del derecho, Juris, Rosario, 1988, p. 384.

(49) GRAJALES, Amós A. — NEGRI, Nicolás J., Argumentación jurídica, Astrea, Buenos Aires, 2014, ps. 136 y sigtes.

(50) GRAJALES, Amós A. — Negri, Nicolás J., Argumentación jurídica, ob. cit., ps. 166 y sigtes.

(51) ÁLVAREZ GARDIOL, Manual de Filosofía del Derecho, ob. cit., ps. 384/385.

(52) ÁLVAREZ GARDIOL, Manual de introducción al Derecho, Juris, Rosario, 1995, p. 201. La Corte Suprema de Justicia ha dicho sobre esta pauta que "la interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan (Fallos: 285:322) ya ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma" (CSJN, Fallos: 310:1393).

(53) ÁLVAREZ GARDIOL, Manual de Filosofía del Derecho, ob. cit., p. 386.

(54) BADENI, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, t. I, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 78/79, 95 y 108.

(55) TORRÉ, Introducción..., ob. cit., p. 439.

(56) COSSIO, Carlos, La plenitud del ordenamiento jurídico, Buenos Aires, 1947, p. 218.

(57) LORENZETTI, Ricardo L., Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 79/81.

(58) CSJN, "Vizzoti, Carlos A. c. AMSA SA s/despido", sent. del 14/9/2004. GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005; BADENI, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006; LOÑ, Félix — MORELLO, Augusto M., Lecturas de la Constitución, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

(59) LORENZETTI, Ricardo L., Teoría de la decisión judicial, ob. cit., ps. 84-85.

(60) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., Teoría de la decisión judicial, ob. cit., p. 86.

(61) MONCAYO, Guillermo R., comentario al art. 75, inc. 22, en Sabsay, Daniel A. (dir.) — Manili, Pablo L. (coord.), Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. III, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 705.

(62) HITTERS, Juan Carlos, "Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)", LA LEY, 11/3/2015, ps. 1 y sigtes.; íd., "Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana", LA LEY, 2013-C, 998; íd., "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", LA LEY, 2009-D, 1205; íd., "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad", LA LEY, 2008-E, 1169; SAGÜÉS, Néstor P., "El 'control de convencionalidad', en particular sobre las constituciones nacionales", LA LEY, 2009-B, 761; íd., "Dificultades operativas del control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano", LA LEY, 2009-B, 1. Cfr. CSJN, Fallos: 32:120; 33:162; 315:1492, 321:3564, 330:3248; 328:2056, in re "Simón, Julio H y otros", sent. del 14/6/2005 (publicado en LA LEY, 2005-C, 845); "Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios",

R.401.XLIII, sent. del 27/11/2012. Cfr. CIDH, in re, "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c. Chile", sent. del 5/5/2001; "Cantos", sent. del 28/11/2002; "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú", sent. del 24/11/2006"; "Gelman c. Uruguay", sent. del 24/2/2011). Tal como apunta Hitters, la Corte nacional ha expresado desde hace tiempo que la jurisprudencia de la Corte IDH, así como las directivas de la Comisión, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados del Pacto de San José (CSJN, "Mesquida, Gregorio Hugo y otro c. Estado nacional — Armada Argentina y otro s/accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad", sent. del 28/11/2006, Fallos: 329:5382). En este precedente ya no habla de que los preceptos deben "servir de guía", como decía en "Girolodi" y "Bramajo" (LA LEY, 1995-D, 462; 1996-E, 409). Es más, se considera que los fallos de la Corte IDH deben ser acatados (HITTERS, Juan Carlos — FAPPIANO, Oscar, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, t. II, vol. 1, Ediar, Buenos Aires, 2012, ps. 277- 281).

(63) CSJN, "Hoeschst, A. G. c. DGI s/juicio de conocimiento", Fallos: 321:1031.

(64) MANILI, Pablo L., comentario al art. 75, inc. 22, en Sabsay, Daniel A. (dir.) — Manili, Pablo L. (coord.), Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. III, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 756.

(65) BADENI, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, ob. cit., t. I, ps. 75 y sigtes.

(66) ESSER, Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, ob. cit., ps. 3 y sigtes. Véase, desde una visión iusprivatista, RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil. Parte General, t. I, 3ª ed., LexisNexis — Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 150, nro. 116. Sobre el alcance y la significación que debe atribuirse, desde una óptica positivista, se entiende que son aquellas líneas básicas orientadoras de un Derecho positivo particular. Estos principios se obtendrían inductivamente de las normas concretas que integran el ordenamiento (BUSSO, Eduardo B., Código Civil anotado, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1958, p. 155; respecto de las diferentes posturas en el Código Civil derogado de Vélez: véase LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Parte General, ob. cit., t. I, p. 104, nro. 127).

(67) ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 138 y sigtes.; Bernal Pulido, Carlos, "Estudio introductorio", en Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, 2ª ed. en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. LIII; ALEXY, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", traducido por Manuel Atienza, en Doxa, nro. 5, p. 143.

(68) Para el profesor norteamericano, los principios no serían propiamente normas, en la medida en que no están determinadas con precisión las condiciones de su aplicación, pero que juegan un papel importante a la hora de establecer, por vía interpretativa, el significado de las normas del sistema, a fin de brindar solución a los casos jurídicos (Dworkin, Ronald M., Los derechos en serio, traducido por M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, ps. 74/75, 77 y 78. Véase también Dworkin, Ronald, "¿Es el derecho un sistema de reglas?", versión castellana de J. Esquivel y J. Rebolledo, Cuadernos de Crítica, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México DF, 1977, nro. 5, p. 46; GRAJALES, Amós A. — NEGRI, Nicolás J., "Ronald Myles Dworkin y la teoría de la argumentación jurídica in memoriam", JA, nro. 4, 2013-II, ps. 3 y sigtes.).

(69) GUASTAVINO, Elías P., "Los principios generales del Derecho", Anales de la Academia de Córdoba, ts. XVII y XVIII, p. 135; RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil, ob. cit., t. I, ps. 155-156, nro. 121 bis.

(70) Toda actividad humana —afirma García Maynez— encierra un sentido teleológico, es decir, ineludiblemente se dirige hacia la consecución de ciertas finalidades. Mas como el hombre sólo convierte en meta de su obrar lo que es o le parece valioso, la actividad que se orienta hacia un fin presupone, en el sujeto de la misma, un juicio positivo sobre la valiosidad de aquello a que aspira. De este modo —dice el autor mexicano— descubrimos la relación entre fines y valores; los segundos condicionan a los primeros, no a la inversa. En el caso del derecho habrá que decir que los valores jurídicos sirven de fundamento a los fines que aquél tiene la misión de realizar. Hacer que la justicia reine es y debe ser aspiración de los creadores, aplicadores y destinatarios de sus normas, porque la justicia es valiosa, y lo valioso debe ser (GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Filosofía del Derecho, 3ª ed., Porrúa, México DF, 1980, ps. 414-415).

(71) El bien es aquello que en sí mismo tiene el complemento de la perfección en su propio género, o lo que es objeto de la voluntad, la cual ni se mueve ni puede moverse sino por el bien, sea verdadero o aprehendido falsamente como tal; o bien aquello que presenta alguna utilidad o beneficio (cfr. Diccionario de la Real Academia).

(72) MASSINI, Carlos I., El Derecho. Los Derechos Humanos y el valor del Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, ps. 178, 192-193 y 195-196.

(73) En cuanto a la noción de bienes y los que consideran bienes básicos, véase FINNIS, John M., Ley natural y derechos naturales, traducido por Cristóbal Orrego Sánchez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000; íd., "Derecho natural y razonamiento jurídico", traducción de I. Massini Correas, Persona y Derecho, Universidad de Navarra, nro. 33, 1995; íd., Aquinas: Moral, Political and Legal Theory, Oxford University Press, 1998.

(74) LORENZETTI, Ricardo L., Teoría de la decisión judicial, ob. cit., p. 146.

(75) Esta directriz ha sido receptada en la CSJN. Así, por ejemplo, en el caso "Benes, Mónica y Bernasconi Cooperativa Ltda." (sent. del 12/11/1985), dijo que "la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos: 299:167 y 304:1820). Pero a ello cabe agregar que la hermenéutica de la ley no se agota con la sola remisión a su texto, sino que debe indagarse también lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 304, 937)". El término "armonicen" está empleado como "coherente", tal cual figura en el art. 2º del Código. Cfr. también Fallos: 330:2081 y 4713; 333:1224, entre otros.

(76) RAWLS, John, A Theory of Justice, Harvard University Press, Cambridge, 1999; Goldman, A. H., Moral Knowledge, Routledge, London, 1988; Thagard, Paul, "Ethical Coherence", Philosophical Psychology, n. 11, 1998; BON JOUR, L., The Structure of Empirical Knowledge, Cambridge University Press, Cambridge, 1985; LEHRER, K., Theory of Knowledge, 2nd ed., Westview Press, Boulder, 2000; Richardson, H., Practical Reasoning about Final Ends, Cambridge University Press, Cambridge, 1994; HURLEY, S., Natural Reasons: Personality and Polity, Oxford University Press, Oxford, 1989; MACCORMICK, Neil, "Coherence in Legal Justification", en Theorie der Normen, editado por W. Krawietz et al., Berlin, Duncker and Humblot, 1984; Dworkin, Ronald, Law's Empire, Fontana, London, 1986; Peczenik, Aleksander, On Law and Reason, Kluwer, Dordrecht, 1989; AARNIO, Aulis, On Coherence Theory in Law, Juristförlager i Lund, Lund, 1998; AMAYA, Amalia, "Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho", Revista Discusiones, X, ps. 21 y sigtes.

(77) Thagard, Paul, Coherence in Thought and Action, Cambridge, MIT Press, 2000; Amaya, Amalia, "Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho", Revista Discusiones, X, ps. 21 y sigtes.; íd., "Coherencia, justificación y derecho. Respuesta a participantes", Revista Discusiones, X, ps. 217 y sigtes. Amaya sostiene que la teoría de la coherencia como satisfacción de restricciones es una noción útil para definir el concepto de coherencia que es relevante para la justificación tanto de enunciados fácticos como normativos en el derecho.

(78) Entre los distintos tipos de coherencia que son relevantes para evaluar la justificación de las hipótesis acerca de los hechos en un caso concreto, la coherencia explicativa es, sin duda, el tipo de coherencia fundamental. A los principios generales de la coherencia explicativa (repetamos: simetría, analogía, explicación, compatibilidad, contradicción, prioridad y aceptabilidad), es necesario añadir algunas restricciones derivadas de la necesidad de dar cuenta de la naturaleza institucional del razonamiento acerca de hechos en el contexto jurídico. Entre las restricciones institucionales cabe destacar aquellas que derivan de la presunción de inocencia —que podrían implementarse dándole prioridad a las hipótesis compatibles con un veredicto de inocencia— y de los estándares de la prueba que requieren cualificar de manera importante el principio de aceptabilidad.

(79) La sugerencia de Amaya es que los principios de coherencia interpretativa son estructuralmente análogos a los principios de coherencia explicativa, excepto que las restricciones positivas y negativas ligan hipótesis interpretativas y elementos normativos (es decir, precedentes, principios, reglas, etc.) en vez de relacionar hipótesis fácticas y proposiciones que describen pruebas. Este tipo de coherencia es el tipo de coherencia más importante en la justificación de los enunciados normativos en el Derecho —así como la coherencia explicativa juega un papel especialmente relevante en la justificación de los enunciados fácticos en el Derecho—.

(80) La coherencia resulta ser la inexistencia de inconsistencias normativas. Debemos decir que existe inconsistencia cuando dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente del sistema imputan a un mismo caso soluciones incompatibles, es decir que dos o más normas se refieran al mismo caso, tengan el mismo ámbito de aplicabilidad o que sus soluciones lógicamente incompatibles; por supuesto que la incompatibilidad dependerá de la lógica deóntica que se imponga, pero en general podemos identificar como incompatibles dos normas en las que una establece la permisión del caso y otra establece la prohibición y, por lo tanto, la sanción del caso. Como algo que pareciera no puede ser evitado por los sistemas jurídicos los mismos han generado una serie de principios para tratar de dar solución a los conflictos que hacen incoherente, en muchas ocasiones, al sistema.

(81) VELLUZZI, Vito, "Interpretación sistemática: ¿Un concepto realmente útil?", traducción de Amalia Amaya, Doxa, vol. I, nro. 21.

(82) GERNAERT Willmar, Lucio R. R., Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense, 2ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 107-108.

(83) NINO, Carlos S., Introducción al análisis del derecho, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1980, ps. 328 y sigtes.

(84) Por ejemplo, el art. 1.7 del Código Civil español dispone: "Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido".

(85) Con el propósito de evitar la llamada denegación de justicia, 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. (LLAMBÍAS, Jorge J., Código Civil anotado, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 38).

(86) PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, 2ª ed. actualizada por Carlos E. Camps, t. II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 169, nro. 181. Palacio, siguiendo a Goldschmidt, Schönke, Couture, Alsina y Días, afirma que la función judicial puede ser calificada como un poder-deber (t. I, p. 268, nro. 70). La Corte nacional tiene dicho que los tribunales deben abstenerse de juzgar en cuestiones abstractas (Fallos: 248:51).

(87) LLAMBÍAS, Jorge J., Código Civil anotado, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 39; Cifuentes, Santos (dir.) — Sagarna, Fernando A. (coord.), Código Civil comentado y anotado, t. I, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, ps. 20-21.

(88) Cfr. ACUÑA ANZORENA, Arturo, "Motivación de sentencias", JA, 49-59; WASSERSTROM, Richard A., The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification, Stanford University Press, California, 1961; PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, t. II, 2ª ed. actualizada por Carlos E. Camps, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, ps. 15/177, nro. 184; TARUFFO, Michele, La motivación de la sentencia civil, traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Trotta, Madrid, 2011; id., El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil, Palestra, Lima, 2006, § 6; CORDEIRO, Clara M. — GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo, "La fundamentación en las resoluciones judiciales a la luz del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho Procesal, 2013-1, "Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, ps. 85 y sigtes.

(89) LORENZETTI, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, ob. cit., t. I, p. 39.

(90) El leading case de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia fue el famoso caso "Rey, Celestino M. c. Rocha, Alfredo y otro", sent. del 2/12/1909 (Fallos: 112:384) y su consolidación se dio en "Storani de Boidanich" (Fallos: 184:137, sent. del 26/6/1939). Cfr. CARRIÓ, Genaro R. — CARRIÓ, Alejandro D., El recurso extraordinario por sentencia arbitraria, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983. Como observan estos autores, esa doctrina fue expuesta como un obiter dicta de un recurso que no prosperó; después de muchos años el dictum de "Rey c. Rocha" pasó a ser holding (Fallos: 131:387; 150:84; 174:252; 178:355; 181:418). Más allá de ello, en ese precedente la Corte sostuvo que el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de una sentencia fundada en ley (art. 17), da lugar a recurso ante el Tribunal en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de las leyes a juicio de los litigantes (ps. 27-28 y 34-40).

(91) LINARES QUINTANA, Reglas para la interpretación constitucional, ob. cit., p. 122, § 13; CAYUSO, Susana, "El principio de razonabilidad", en Manili, Pablo L. (dir.), Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Constitucional, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 1036-1037.

(92) PÉREZ LUÑO, Antonio E., "¿Qué significa juzgar?", Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, nro. 32 (2009), p. 162; ANDRUET, Armando, "La decisión razonablemente fundada del art. 3º del Código Civil y Comercial", Revista Código Civil y Comercial, La Ley, año II, nro. 7, agosto, 2016, ps. 75 y sigtes.

(93) BIELSA, Rafael, Estudios de derecho público: I, Derecho administrativo, t. I, Buenos Aires, 1950, p. 485. Este autor sostiene que la conciencia del juez es iluminada por la razón; pero la razón le hará discernir o conocer; lo hará sabio, pero no justo. ¿Y es ése el valor jurídico de lo razonable, como fórmula o ingrediente principal de la interpretación? Lo razonable tiene otro sentido, que es el de la proporción justa, de moderación, de equidad. En virtud de ese poder de interpretación de los tribunales han juzgado la justicia y razón de las disposiciones legales, en sentido lato (id., p. 514).

(94) FERRATER Mora, en su Diccionario de Filosofía, señala, en su primera acepción, que "se llama razón a cierta facultad atribuida al hombre y por medio de la cual se le ha distinguido de los demás miembros de la serie animal. Esta facultad es definida usualmente como la capacidad de alcanzar conocimiento de lo universal, o de lo universal y necesario, de ascender hasta el reino de las 'ideas' —ya sea como esencias, ya como valores, o ambos—...". En la tercera acepción, dice que "se entiende la razón como equivalente al fundamento; la razón explica entonces por qué algo es como es y no de otro modo". Más adelante apunta que los significados de razón que resultan predominantes y son considerados por muchos autores como los más fundamentales son dos: 1) la razón como facultad y 2) la razón como un principio de explicación de las realidades (Diccionario de Filosofía, 5ª ed., Montecasino, Pennsylvania, 1964).

(95) REDONDO, Cristina, La noción de razón para la acción en el análisis jurídico, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996. Cfr. ATIENZA, Curso de argumentación jurídica, ob. cit., p. 129.

(96) Se conoce como racional lo relativo a la razón. El término "racional" es usado como adjetivo para describir a alguien que es dotado de la razón, es decir, es un individuo que raciocina, actúa conforme la razón. La palabra "racional" es de origen latín *rationalis*.

(97) Es lo que puede ocurrir cuando se trata de evaluar dos justificaciones judiciales de signo contrapuesto sobre un mismo caso: ninguna comete errores inferenciales ni deja de utilizar el sistema de fuentes establecido, ni recurre a cánones de interpretación extravagantes o resulta incoherente en relación con la alguna interpretación más o menos plausible de los valores del ordenamiento (Atienza, Curso de argumentación jurídica, ob. cit., p. 565). Por otra parte, cabe apuntar que la razonabilidad debe ser puesta en el contexto de la discrecionalidad judicial, es decir, en el espacio que brindan las normas para que el juez adopte una decisión, el cual no sólo está dado por las palabras de la ley y los problemas del lenguaje (ambigüedad, vaguedad, etc.), sino también por la remisión a los principios y valores en los cuales se interpretan las normas legales o fundamentales (art. 2º).

(98) En términos generales, "holístico" indica que un sistema y sus propiedades se analizan como un todo, de una manera global e integrada, ya que desde este punto de vista su funcionamiento sólo se puede comprender de esta manera y no sólo como la simple suma de sus partes (el término fue acuñado por Jan Christiaan Smuts en el año 1926).

(99) ATIENZA, Manuel, Curso de argumentación jurídica, Trotta, Madrid, 2013, ps. 563-564.

(100) AARNIO, Aulis, Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica, traducción de Ernesto Garzón Valdés, CEPC, Madrid, 1991; CABRA APALATEGUI, José M., Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio, Dykinson, Madrid, 2000.

(101) WINTGENS, Luc J., "Retórica, razonabilidad y ética: un ensayo sobre Perelman", Doxa, nro. 14, 1993, ps. 195-206.

(102) CSJN, Fallos: 324:1365, "Nicolai, Jorge Alberto y Díaz, Juan Eduardo s/encubrimiento" (sent. 24/4/2001); LA LEY, 14/11/2001, nro. 103.048 (suplemento).

(103) Los problemas jurídicos presentan ciertos rasgos comunes: 1) son prácticos y surgen como consecuencia de algún conflicto real o potencial; 2) pueden estar bien o mal estructurados, según que se encuentre bien definido o no el estado inicial y la meta que quiera alcanzarse y hay un camino claro para pasar de una situación a otra; 3) los problemas están dados en un medio institucional, lo cual condiciona todo el proceso de resolución; 4) los problemas jurídicos afectan siempre a valores morales; 5) el lenguaje tiene una importancia fundamental en la resolución de los problemas (Atienza, Manuel, Curso de argumentación jurídica, ob. cit., ps. 645-646).

(104) ATIENZA, Manuel Curso de argumentación jurídica, ob. cit., p. 638.

(105) Cfr. CAYUSO, Susana, "El principio de razonabilidad", en Manili, Pablo L. (dir.), Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Constitucional, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 1038.

(106) SAGGESE, Roberto M. A., El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 49.

(107) Cfr. CSJN, voto del Dr. Lorenzetti, en Fallos: 329:3764 (in re "Ravecca, José Hilario c. Romaical SRL y otros", sent. del 5/9/2006; Fallos: 329:4248, 4360 y 5520; 330:1516, 1751, 2151, 2452 y 2445; 331:1293; entre otros. Grajales — Negri, Argumentación jurídica, ob. cit., ps. 6-11.

(108) Cfr. CSJN, Fallos: 236:27 (in re "Storachenco", sent. del 3/10/1956). Manili, Pablo L. (dir.), Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Constitucional, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 444-445.

(109) CSJN, "B. S., J. G. c. Unión Cordobesa de Rugby" (sent. del 20/11/2012). En igual sentido, véase Fallos: 312:1234, 315:502, 2514; 319:2637; 330:2498; 332:885.

(110) ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, Epistemología jurídica, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, 2010, p. 369.

(111) VIGO, Rodolfo L., Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 36; íd., De la ley al derecho, Porrúa, México DF, 2003, ps. 55 y sigtes.

(112) SCBA, Ac. 56.599, sent. del 23/2/1999, voto del juez De Lázari, "Blanco, Alfonso c. Aeropak SA s/daños y perjuicios"; íd., causa C.94.257, sent. del 13/5/2009, juez De Lázari, "Landívar, Miguel Ángel y otra c. Principi, Alberto s/nulidad de venta por lesión subjetiva e indemnización de daños y perjuicios"; íd., causa C.117.926, sent. del 11/2/2015, juez De Lázari, "P., M. G. y otros c. Cardozo, Martiniano Bernardino y otros s/daños y perjuicios".

(113) Cfr. SCBA, causa C.119.134, sent. del 19/2/2015, voto del juez De Lázari, "A., A. A. c. M. S. d. A. M. y C. s/amparo".

(114) En general, se dice que motivación y justificación son términos sinónimos. Sin embargo, desde el punto de vista técnico de la teoría de la decisión jurídica son diferentes. La obligación de motivar no está conceptualmente relacionada con el acto de aplicación del derecho, sobre todo por su raíz histórica. El término motivación no es el idóneo para referirse a la fundamentación de una sentencia. Motivación consiste en expresar los motivos (razones psicológicas, en una relación causa/efecto) de una determinada acción y fundamentar

supone expresar las razones justificatorias. Si aportar razones justificatorias es fundamentar, fundamentación y justificación son términos sinónimos, que opondrían al término motivación. Un motivo no es una razón justificatoria, sino una razón psicológica para que se produzca un acto. El motivo explica la acción (de ahí que motivación y explicación sean también, a su vez, términos sinónimos), pero no la justifica, no la fundamenta. Desde luego que toda decisión está "motivada", puesto que no cabe la adopción de una decisión de forma "involuntaria", pero no toda decisión está justificada (cfr. Vigo, Rodolfo L., Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 36; íd., De la ley al derecho, Porrúa, México DF, 2003, ps. 55 y sigtes.; García Figueroa, Alfonso, "Palabras, palabras, palabras... De lo que el derecho les dice a los jueces", en Jueces para la Democracia, nro. 36, noviembre 1999, 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, Juan, 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 sigtes.).

(115) Cfr. GRAJALES — NEGRI, Argumentación jurídica, ob. cit., ps. 329-345, § 35-38.

(116) WRÓBLEWSKI, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, ob. cit., p. 57; TARUFFO, Michele, La motivación de la sentencia civil, traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Trotta, Madrid, 2011, ps. 115 y sigtes.; ALEXY, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, ob. cit., p. 213; ATIENZA, Manuel, Las razones del derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 100; íd., El derecho como argumentación, ob. cit., ps. 67-68; ZULETA PUCEIRO, Enrique, Teoría del Derecho. Enfoques y aproximaciones, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, ps. 153 y sigtes. La justificación interna trata el aspecto lógico de la fundamentación de la decisión, esto es, si la sentencia se produce de manera lógica, en sentido estricto formal. La justificación externa aborda la tarea de formular reglas que garanticen el carácter correcto o justo de las premisas (ALEXY, Robert, Teoría de la argumentación jurídica, ob. cit., ps. 214-222). La justificación interna, dice Aarnio, implica la derivación de la interpretación a partir de las premisas que están de acuerdo con las "reglas de inferencia" aceptadas. La validez de las premisas y de las reglas de inferencia se da por sentada. En cambio, la justificación externa importa justamente una cuestión relativa a la "validez" de las premisas y de las reglas de inferencia. Ellas dependen de los criterios de evaluación de la validez. En última instancia, una justificación externa depende de las normas y de los valores a los cuales corresponde atenerse en la justificación (AARNIO, Aulis, The Rational as Reasonable, Kluwer, 1987; nosotros seguimos la traducción castellana de E. Garzón Valdés, Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 167). Con otra nomenclatura, Ghirardi afirma que el razonamiento judicial presenta un aspecto formal que hace a la corrección de las proposiciones y otro aspecto sustancial que hace al sentido de las decisiones judiciales (GHIRARDI, Olsen A. [dir.], "Modalidades del razonamiento judicial", en El razonamiento judicial, vol. IV, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, Córdoba, 2001, p. 13, nro. 2).

(117) Cfr. Grajales — Negri, Argumentación jurídica, ob. cit., ps. 396 y sigtes.; 417 y sigtes.; 43 y sigtes., § 52-73.

(118) WRÓBLEWSKI, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, ob. cit., ps. 57-58. El razonamiento práctico es diferente del especulativo. Este último es explicativo, indaga al ente (las cosas) sólo por saber de él y quiere aprehender su inteligibilidad; mientras que el saber práctico indaga para algo operativo, se trata de un saber dirigido para la acción y la conducta del hombre. El razonamiento jurídico es práctico porque se refiere a la conducta del hombre y a su obrar, por lo que al igual que el resto de los razonamientos prácticos, se articulan por medio de la retórica y de la dialéctica. Los razonamientos de esta naturaleza se conforman por medio de proposiciones no necesarias, preferibles, mejoras o argumentables; mientras que los razonamientos especulativos —propios de las ciencias formales o "duras"— operan con premisas demostrativas, es decir, necesarias y apodícticas (RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Aplicación judicial del derecho lógica de la argumentación, Civitas, Madrid, 1988, ps. 18 y sigtes.; GHIRARDI, Olsen, "El derecho y la ciencia del derecho", en Razonamiento forense, Del Copista, Córdoba, 1998, ps. 25 y sigtes.; ANDRUET, Teoría general de la argumentación forense, ob. cit., ps. 39-40). Rodríguez Mourullo exclama: "¡Qué lejos estamos de las conclusiones necesarias de tipo cartesiano de pensamiento matematizante! En nuestro quehacer cotidiano de juristas prácticos nos vemos obligados a saltar una y otra vez fuera del campo de la lógica formal" (ps. 17-19).

(119) PERELMAN — OLBRECHTS-TYTECA, Tratado de la argumentación, ob. cit., ps. 48 a 55, 91, 295 y sigtes.

(120) Cfr. Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial comentado, ob. cit., t. I, p. 40.

(121) PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El Código Civil y Comercial y el federalismo", LA LEY, 6/5/2015, ps. 1 y sigtes.

(122) CARRIÓ, Genaro R. — CARRIÓ, Alejandro D., El recurso extraordinario por sentencia arbitraria, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, ps. 27 y sigtes., 41 y sigtes.; PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., en Manili, Pablo L., Corte Suprema de Justicia de la Nación. Derecho Constitucional, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 440 y sigtes.

(123) Causa B.1179.XLIV, "B. S. J. G. c. Unión Cordobesa de Rugby y otros s/ordinario" (sent. del 20/11/2012; consid. 5º). Ver también C.724.XLI, "Cuello, Patricia Dorotea c. Lucena, Pedro Antonio" (sent. del 7/8/2007), Fallos: 330:3483 (votos de los Dres. Lorenzetti y Highton); R.315.XXXVIII, "Ravecca, José Hilario c. Romaical SRL y otros" (sent. del 5/9/2006), Fallos: 329:3764 (disidencia de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni).

(124) GARCÍA AMADO, Juan A., El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, ps. 81-82.

---