

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO: SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO ARGENTINO

Legal principles in the determination of law: Its recognition in Argentine law

DOI: 10.69633/wvqze282

Recibido: 21/11/2024 Aceptado: 19/02/2025

*Fernando Adrián Bermúdez

<https://orcid.org/0009-0000-1663-2721>

Universidad de Mendoza - Argentina¹

fernando.bermudez@um.edu.ar

*Doctor en Derecho, Abogado y Profesor universitario en Ciencias Jurídicas egresado de las Facultades de Derecho y Filosofía y Letras de la UNCuyo; Posdoctorado en Derecho por la Universidad de Navarra, España (2018) y la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (2023); Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UNCuyo y de Filosofía Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza; Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho y del Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Actualmente es secretario Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UM.

RESUMEN

El presente artículo analiza la naturaleza jurídica de los principios jurídicos y su función supletoria, integrativa y axiológica en la determinación del derecho. Este trabajo destaca sus aspectos más relevantes que van desde su naturaleza hasta sus tipos y funciones. Una de las principales interrogantes planteadas, es si el principio jurídico es criterio de interpretación u orientación exclusivamente, o si por el contrario, puede considerarse como una fuente más para el derecho. Es decir, se indaga si posee, por su propia naturaleza, fuerza jurídica para determinar lo justo en cada caso concreto.

Para ello, se examina el caso del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que en su título preliminar incorpora los principios jurídicos y los criterios de interpretación jurídica como fuente del derecho.

1 El presente artículo es parte del proyecto de investigación titulado “Los límites del razonamiento jurídico. Alcances de las razones extrajurídicas en la identificación y determinación del derecho”, aprobado por Resolución del Rectorado N° 161/2024 del 30 de junio de 2024, Universidad de Mendoza.

En este marco se propone un diálogo entre principios, leyes, costumbres y valores, entre otros aspectos. Por último, se evalúa si el ordenamiento jurídico analizado se configura como un sistema cerrado con cierta plenitud normativa o como un sistema abierto a la realidad, en el que los principios operan como criterios de optimización jurídica en los casos concretos.

Palabras clave: *principios jurídicos, fuente del derecho, interpretación, diálogo de fuentes, plenitud normativa, sistema abierto.*

ABSTRACT

This article analyzes the legal nature of legal principles and their supplementary, integrative and axiological function in the determination of law. This paper highlights its most relevant aspects ranging from its nature to its types and functions. One of the main questions raised is whether the legal principle is a criterion of interpretation or guidance exclusively, or if, on the contrary, it can be considered as another source for law. That is, it is inquired whether it has, by its very nature, legal force to determine what is fair in each specific case.

To this end, the case of the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation is examined, which in its preliminary title incorporates the legal principles and criteria of legal interpretation as a source of law.

In this framework, a dialogue between principles, laws, customs and values, among other aspects, is proposed. Finally, it is evaluated whether the legal system analyzed is configured as a closed system with a certain normative fullness or as a system open to reality, in which the principles operate as criteria for legal optimization in specific cases.

Keywords: *legal principles, source of law, interpretation, dialogue of sources, normative fullness, open system.*

INTRODUCCIÓN

“En el Código derogado, los principios tenían un carácter preferentemente supletorio; ahora tienen, además, una función de integración y control axiológico. Los principios son normas abiertas, indeterminadas, que obligan a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos; por eso se dice que son mandatos de optimización.”
(Lorenzetti, 2014, p. 38).

Uno de los temas más importantes en la teoría del derecho actual es el estudio de los principios generales del derecho, también llamados principios jurídicos, incorporados en distintos ordenamientos nacionales.

En el caso argentino, se encuentran en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuyos fundamentos se expresa que, a diferencia de la mayoría de los códigos existentes, que separan en forma tajante el derecho público y el privado, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humano y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este sentido, recepta la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

Como se puede apreciar, se hace referencia a una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el privado. De esta manera, el derecho civil deja de ser una rama insular o autónoma para abrirse y generar puentes con el derecho en general y, en particular, con la Constitución y los Tratados Internacionales de los que Argentina sea parte. (Vigo, 2012)

Estos supuestos, evidencian la existencia de un nuevo paradigma ajeno a los códigos estructurados en el Siglo XIX y plantean un compromiso que no es solo intersubjetivo, sino que trasciende lo contemporáneo para apuntar a una solidaridad con el “otro” del mañana. Lo que resulta especialmente relevante cuando nos referimos a las cuestiones ambientales y en la consideración de las generaciones futuras. (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2012)

Estamos ante la transición del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional. Este recibe su nombre porque la Constitución es una norma jurídica operativa que, con sus valores, principios y fines, impregna a todo el derecho.

Se trata de un nuevo paradigma y un nuevo derecho que tiene cuatro características principales:

a) Se requiere de un nuevo concepto de derecho que incluya los principios o valores primarios que establece la Constitución. Estos principios son exigencias morales o mandatos de optimización para que se realice la mejor conducta posible a tenor de las posibilidades concretas jurídicas y fácticas.

b) Se demanda una capacidad argumentativa que va más allá de la interpretación y los silogismos deductivos. El derecho transita, en general, por el campo de lo verosímil, no de las verdades evidentes, situándolo en la esfera de la lógica que Aristóteles denominó retórica o dialéctica. La prudencia jurídica actúa como puente entre exigencias universales y circunstancias contingentes que el jurista debe considerar.

c) Se requiere una preocupación por la verdad de los hechos como condición de justicia, a diferencia de la ciencia jurídica normativista tradicional, que se centraba exclusivamente en la norma, desvinculándose de los hechos que se discutían en un proceso y limitándose a conocer las normas en las que aquellos debían subsumirse.

d) El fin de la actividad judicial es realizar la justicia a través del derecho. Esto quiere decir que lo absurdo y lo irracional no es compatible con el derecho porque son actos arbitrarios (Vigo, 2009).

Estos cuatro aspectos del estado de derecho constitucional son claramente visibles en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el que los redactores han enfatizado los principios y valores jurídicos junto con las normas y reglas. En más de una oportunidad, Ricardo Lorenzetti (2021) ha afirmado que este es un código de principios:

“...el Código define los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición metodológica de este proyecto” (p.581).

“... la potencialidad de los principios irá reformulado el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y a la jurisprudencia” (p. 582).

La relevancia de los principios jurídicos obedece, en primer lugar, a una nueva concepción del derecho, que ya no pone el acento en la norma o en la facultad jurídica, sino adopta una mirada mucho más integral del fenómeno jurídico. Se reconoce que las reglas jurídicas no agotan el derecho, sino que son una expresión circunstanciada e incompleta de este. En consecuencia, el jurista cuenta con diferentes vías de solución para abordar un problema jurídico.

Un punto de inflexión en este cambio de concepción fueron los juicios de Núremberg. Estos evidenciaron la crisis del modelo dogmático del positivismo jurídico. Como afirma Perelman (1979), dichos juicios resaltaron la existencia de un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas.

En la misma línea, Arthur Kaufmann (2008), destaca:

El derecho no es algo sustancial ni algo solo nominal, sino que consiste en relaciones reales de los seres humanos entre sí y entre estos y las cosas. Un derecho concebido de esta manera es personal, dado que la forma primigenia de la relación es la persona. Como derecho personal, no puede disponerse del mismo a discreción; empero es, no obstante, histórico, dinámico y procedimental: no es primeramente norma, sino *acto*". (p. 358).

Como se observa, los principios jurídicos se consideran en la actualidad, como elementos integradores del ordenamiento jurídico. Autores como Dworkin (1984, 2012, 2014), Alexy (1997, 1988), Prieto Sanchís (2000), y a nivel nacional Rodolfo Vigo (2000) han contribuido a esta revalorización de los principios.

En segundo lugar, este auge de los principios se vincula con la declinación del derecho escrito y la primacía del derecho judicial. Enrique Zuleta Puceiro (2005) señala que esto sitúa a los órganos jurisdiccionales y al proceso judicial en el centro del debate público. De esta manera, el derecho constitucional y el derecho penal se han convertido en las disciplinas motrices de este proceso, desplazando la hegemonía tradicional del derecho privado.

En este sentido, nuestra contribución tiene por objeto estudiar la naturaleza de los principios jurídicos en general, analizar su alcance y características, para luego examinar su incorporación al Título Preliminar del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Para alcanzar este propósito, se plantean tres interrogantes principales:

- ¿Estamos ante un Código con pretensiones de plenitud hermética o ante un sistema jurídico abierto?

- ¿Cuál será el reconocimiento de los principios?
- Los principios generales del derecho, ¿son un criterio de interpretación jurídica o también pueden considerarse fuentes del del derecho?

MATERIALES Y MÉTODOS

Al ser una investigación de corte teórico, cuyo objeto de estudio se centra en el rol de los principios jurídicos en la determinación del derecho, se utilizó como materiales de investigación los presupuestos epistémicos y conceptuales de la ciencia jurídica que indagan e ilustran sobre el tópico elegido y el orden normativo jurídico argentino, en particular su regulación en el Código Civil y Comercial.

Como métodos de investigación se acudió al Analítico–Sintético para descomponer el objeto de estudio en sus principales elementos y luego recomponerlo a partir del sistema de relaciones existentes entre lo jurídico y teórico, lo que permitió analizar cada elemento por separado, pero a la vez sus relaciones en conjunto, en procura de alcanzar una síntesis de comprensión general.

Este sucesivo accionar de fragmentación–examen–reconstrucción–visualización de las interconexiones, dio paso a un ejercicio hermenéutico que posibilitó entender los significados del objeto de estudio, a partir de una triple perspectiva: a) la del fenómeno en sí mismo; b) la de su engarce sistémico–estructural; y c) la de su interconexión con el contexto histórico–social en el que se desenvuelven los elementos jurídicos abordados en este artículo, hasta alcanzar una serie de derivaciones a modo de conclusiones.

RESULTADOS Y ANÁLISIS

I. Naturaleza de los Principios

La noción de “principio” viene del latín principium, princeps, y se refiere a lo primero, es decir, aquello del cual una cosa procede o de lo que depende de cualquier manera (Jolivet, 1989). Por eso, cuando hablamos de la palabra “principio”, designamos lo que está en el origen de algo, ya sea en el orden lógico (orden del razonamiento), en el orden ontológico (orden del ser) o en el orden cronológico (orden del tiempo)².

Aristóteles (1993) afirmaba que “principio” se refiere al punto de partida, como el principio de la línea o del viaje. “Principio” se dice, también, de aquello mediante lo que puede hacerse mejor una cosa; por ejemplo, el principio de una ciencia.

De esta manera, los principios de cualquier disciplina serían las verdades demostradas, las cualidades o los postulados que constituyen su punto de partida.

Los principios muestran así la consecuencia de lo posible y la guía de lo realizable, como norte de nuestros actos y límite del ejercicio de nuestra libertad. Esto último se debe a que expresan una verdad real, en otras palabras, objeto no es el pensamiento en sí mismo, sino entender la realidad.

Desde este punto de vista, comprendemos cuáles son los primeros principios de la razón teórica, como el principio de identidad y el primer principio de la razón práctica: “se debe hacer el bien y evitar el mal”. Si bien todos los principios son evidentes en sí mismos, algunos requieren ser explicitados, para su correcta definición e interpretación, es el caso del principio de subsidiariedad.

² Entre las otras acepciones del término, se puede citar: comienzo (cronológico), aquello de lo cual depende una deducción (lógico), proposición que resulta inmediatamente de la intuición del ser y que gobierna universalmente el ejercicio del pensamiento (psicológico), aquello de lo cual una cosa depende, ya sea en cuanto a la esencia, ya sea en cuanto a la existencia (metafísico), proposición muy general que sintetiza varias leyes (científico), precepto o ley de orden moral (moral), regla para obrar (práctico).

Si organizamos el pensamiento desde el orden filosófico hasta el jurídico, podemos observar ciertas características en los principios:

- **Se desprenden de la realidad y se proyectan sobre ella.**
- **Son dinámicos**, en el sentido de que vinculan e impulsan la acción.
- **No son teóricos**, es decir, no son principios ontológicos, aunque se fundan en la misma realidad del ser.
- **Tienen una validez universal limitada**, es decir, son aplicables a todas las comunidades políticas, aunque admiten diversas modalidades de aplicación en distintas circunstancias históricas y de acuerdo con la tradición y la idiosincrasia de cada pueblo.
- **Poseen un valor universal, pero no absoluto**, ya que no están desvinculados de un medio social, sino limitados a las modalidades adecuadas a la naturaleza de cada pueblo.
- **Son diversos y requieren coordinación entre sí**, es decir, el principio de subsidiariedad debe articularse con los principios del bien común, la justicia social, la autoridad, la equidad, la solidaridad, entre otros. (Sánchez Agesta, 1986).

II. Los Principios Generales del Derecho y el Código Civil

a) *Naturaleza*

Uno de los primeros autores en poner sobre el tapete el debate de los principios generales del derecho³ fue el maestro italiano

³ Sobre el origen histórico de la palabra se ha dicho: "...en cuanto al origen doctrinario de la expresión "principios generales del derecho", Rivacoba y Rivacoba le atribuye al terciario franciscano Raimundo Lullio o Ramón Lull (1235-1315) el haber utilizado por primera vez la fórmula en estudio en sus obras donde pretendió establecer los principios generales de la ciencia jurídica. La expresión señalada como sustituto del derecho natural. Carlos Cossio pareciera opinar que fue en la escuela racionalista del derecho natural en los siglos XVII y XVIII donde se originó el tema que nos ocupa", Vigo (2006) p. 111 y siguientes.

Giorgio Del Vecchio (1933), quien los define como “...verdades supremas del derecho *in genere*, o sea aquellos elementos lógicos y éticos del derecho que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos” (p. 7)⁴.

En un sentido similar Valverde y Valverde estima que los principios generales del derecho equivalen a la justicia absoluta y universalmente válida, admitiéndolos como fuentes del derecho con el mismo valor que la ley y la costumbre (Valverde y Valverde, 1935). Villegas Basavilbaso los asimila a los juicios axiológicos de justicia en relación con la conciencia y cultura nacional (Altamira, 1972). Enrique Aftalión, siguiendo a Cossio, insiste en su adhesión a los principios generales del derecho, entendiéndolos como un criterio valorativo ideal que ha servido de estrella polar al legislador para la elaboración del derecho formulado, exigiendo, además, que se ajusten a la idea de justicia, considerando el estado y el estilo de la cultura nacional.

En general, la doctrina civilista estudia los principios generales del derecho dentro de las fuentes del derecho civil. En este sentido, podemos referir a Guillermo Borda (2004), quien además de las fuentes clásicas como la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, también reconoce a los convenios colectivos de trabajo, los principios generales del derecho, la equidad y otros. El maestro argentino entiende por principios generales del derecho a los principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo, aunque aclara que esos principios están en su mayoría contenidos en la Constitución Nacional.

4 Más adelante refuta a los que no creen en la universalidad de los principios: La afirmación de que los principios generales del derecho son válidos solamente para cada pueblo particular, afirmaba, es decir, que existen tantas series de principios generales cuantos son los sistemas particulares, además de ser en puridad una *contradictio in adjecto*, no corresponde ciertamente a la creencia en una *ratio juris* de carácter universal que, desde los romanos hasta acá, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica y, sin duda, inspiró también a los autores del Código vigente. p. 8.

Julio César Rivera (2008), por su parte, considera que los principios generales del derecho son una fuente reconocida expresamente en nuestro ordenamiento. Los define como una idea rectora, como los pensamientos directrices de una regulación existente o posible.

En un sentido similar, Francisco Puy, nos aproxima a los principios generales del derecho en cinco proposiciones:

- a) Los principios generales del derecho son, ante todo, principios.
- b) Los principios generales del derecho son generales.
- c) Los principios generales del derecho son una fuente del derecho.
- d) Los principios generales del derecho son derecho.
- e) Los principios generales del derecho pueden valorarse como piedra angular del derecho.

Como principios, son “proposiciones verdaderas, capitales, originarias o previas a algo, que nacen o son nacidas de algo” (Ayuso Torres, 2002, p. 121). En efecto, el principio es algo identificado por cabeza de serie o primer singular de un todo plural.

En tal sentido, los principios generales del derecho son las principales verdades prácticas, de una serie de otras que les siguen, constituyendo un sistema. En consecuencia, puede decirse que son verdades muy cualificadas: verdades ontológicas, metafísicas, universales, etcétera, muy importantes. En segundo término, y en cuanto generales, son nativos y gozan de una virtud generativa. Por eso, pueden describirse los principios generales del derecho como el conjunto de verdades jurídicas nacidas en el mismo derecho

y dotadas de poder generativo para que sigan naciendo otras verdades jurídicas en el mismo derecho.

De lo anterior se deduce su carácter de fuente del derecho, de esta manera, no solo informan al ordenamiento jurídico, sino que le proporcionan su materia y contenido.

b) Funciones

Respecto de las funciones de los principios generales del derecho, la doctrina enumera tres principales:

- a) como fundamento del orden jurídico,
- b) como orientadores de la labor interpretativa y,
- c) como fuente en caso de insuficiencia de la ley y la costumbre.

Como fundamento, cumplen una función informadora. Como orientadores de la labor interpretativa, cumplen la función de criterio interpretador de la ley y costumbre y, como fuente, cumplen la función integradora.

Con algunas coincidencias, el profesor argentino Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (2012) define una triple función de los principios y valores: supletoria, integrativa y axiológica. En este apartado, interesa destacar este último aspecto (el axiológico), doblemente subrayado por la comisión redactora del Código Civil.

Por una parte, reconoce esta impronta como procedente de la misma naturaleza del instituto; por otra, la jurisprudencia del Alto Tribunal la emplea para dictar resoluciones valiosas y por lo tanto justas.

Si se conecta esta norma con la siguiente, como se verá en el próximo punto, se obtiene que lo valioso viene a ser sinónimo de lo razonable o de lo no arbitrario.

En resumen, los autores asignan a los principios generales del derecho la función de fuente, como elemento de interpretación de la ley y del ordenamiento jurídico.

c) Contenido

Respecto del contenido de los principios generales del derecho, seguimos la clasificación de Vigo (1978), quien distingue cuatro categorías:

Principios jurídicos positivos particulares: Cada norma, conjunto de normas, institución jurídica o rama del derecho positivo, está animada por uno o varios principios reguladores. Se busca reflejar a estos con la mayor fidelidad en la estructura normativa formal. Una norma jurídica implica una cierta ordenación de conductas y una asignación de derechos y obligaciones. La voluntad que la produce fija ese orden o distribución, ese “deber ser”, conforme con algún criterio o principio que queda impreso en la norma jurídica con observancia de diversos requisitos de fondo y forma.

Principios jurídicos positivos sistemáticos: Estos constituyen los pilares sobre los cuales se construye el ordenamiento. Están contemplados en la base misma del sistema jurídico, desde su inicio y, en cierta forma, se encuentran en la totalidad de este, aunque sea negativamente. También se puede considerar que son los grandes fines que persigue el derecho positivo de un pueblo en un momento determinado. En cuanto a su contenido, los principios sistemáticos son menos técnicos y más políticos o filosóficos en comparación con los principios particulares. Generalmente, residen en la Constitución del Estado, en su primera parte. “Declaraciones, Derechos y

Garantías”. En Argentina, la Constitución contiene diversos principios, por ejemplo el artículo 18 establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de sus derechos.

Principios jurídicos teleológicos o metapositivos:

Se trata de aquellos principios o criterios valorativos jurídicos, que trascienden el derecho positivo y que mantienen su validez incluso si este los niega expresamente. Constituyen el marco para juzgarlo, su fundamento y el incentivo para mejorar. Son, en definitiva, las exigencias teleológicas de todo orden jurídico positivo, sintetizadas en justicia y seguridad jurídica. Aunque en cantidad son menos numerosos que los sistemáticos, su importancia radica en razones esenciales, ya que explican la razón última del derecho.

Principios doctrinarios o filosófico- políticos: Son formulados por las grandes cosmovisiones sobre el ser humano, la sociedad, el Estado, el mundo y Dios, que predominan en un momento determinado y caracterizan a una comunidad. Constituyen el *ethos* de un pueblo, sus modos de sentir, querer, pensar y obrar pero que son históricamente variables. Su función principal, en relación con el derecho es servir como marco interpretativo para los otros tres tipos de principios que precisan determinar con claridad cuáles son sus significaciones y alcances, adaptándolos a un contexto específico y otorgando eficacia jurídica a las normas que respetan el modo de ser de la comunidad a la que se dirigen.

d) Enumeración de los Principios generales del derecho

Siguiendo el criterio de autores Zuleta Puceiro (2005), podemos enunciar los siguientes principios generales del derecho:

- *Lex posterior derogat legi priori.*
- *Lex specialis derogat legi general.*
- *Res judicata pro veritate habetur.*
- *De minimis non curat praetor*
- *Ne ultra petita.*
- *Et audiatur altera pars.*
- *In dubio pro reo o indubio pro libertate.*
- *Nemo plus iuris trasferre potest quam ipse heberet.*
- *Casum sentit dominus.*
- *Venire contra factum proprium.*
- *Jura scripta vigilantibus.*
- *Favor legitimatis.*
- Las excepciones de interpretación estricta.
- Nadie puede ser juzgado en su propia causa.
- Principio de enriquecimiento sin causa.
- El silencio no obliga.
- El derecho exige sanciones.
- La confianza merece protección
- Lo necesario está permitido, lo imposible no puede mantenerse.
- Se prohíbe la arbitrariedad.
- Lo que no es soportable no puede ser jurídico.
- No se pueden admitir demandas sin límites

A esta clasificación se puede incluir otros principios, entre ellos:

- la capacidad de las personas físicas;
- 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;

- se prohíbe la justicia por mano propia;
- debe prevalecer la conservación de los actos jurídicos;
- *pacta sunt servanda*;
- el patrimonio en garantía común de los acreedores;
- el interés superior del niño;
- protección integral de la legítima. (Rivera, 2008)

e) Prioridad de los principios en su aplicación

Suele ocurrir, afirma Vigo (1978), que se presenten incompatibilidades o contradicciones fundamentalmente entre los tipos de principios. En consecuencia, lo habitual es que los choques de contenido se produzcan entre los positivos y los metapositivos, lo que obliga al juez a elegir entre uno u otro. Excepcionalmente, podría surgir la pretensión de que, mediante alguna norma, se intente imponer principio que atente contra el *ethos* de una sociedad. Por ejemplo, en Argentina, podría surgir la pretensión de establecer un sistema político monárquico. Sin embargo, esto es poco probable para la función judicial, aunque de todas maneras siempre resulta aplicable el criterio de prioridad que sostenemos.

El criterio de prioridad entre los principios, con miras a que el órgano judicial formule una sentencia, está determinado por la cercanía que estos tengan hacia una cuestión específica. Esta proximidad coincide con el orden en que hemos tratado cada uno de los principios: desde los particulares, pasando a los sistemáticos y teleológicos, hasta terminar con los filosóficos políticos. Es decir, el órgano jurisdiccional debería seguir el siguiente procedimiento para determinar en qué orden aplicará los principios generales.

En primer lugar, el órgano verificará si existe un principio positivo particular relacionado con el problema a resolver. En caso afirmativo, como segundo paso, recurrirá a este para

alcanzar la solución, procurará que, en la medida en que sean compatibles, se utilicen también los principios sistemáticos y metapositivos, los interpretará en conformidad con los principios éticos. En caso de que no exista un principio particular aplicable, se recurrirá sucesivamente al resto de principios. (Vigo, 1978).

Para este autor argentino, prevalecen los principios más cercanos al caso, antes que los que ubican posiciones más alejadas. Por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes de nuestro país son iguales ante la ley. Este es un principio sistemático. Sin embargo, el juez laboral se rige por un principio jurídico particular que favorece, en caso de duda al operario o funcionario. Todo el derecho del trabajo tiende a compensar la desigualdad real entre el empleador y el trabajador, privilegiando a este último.

En este punto, es importante considerar una advertencia de carácter general, puesto que la prioridad de los principios particulares sobre los sistemáticos funciona como regla y cuando no existen argumentos convincentes y armonizadores derivados de los principios teleológicos, la alternativa jurídica es resolver a favor de los principios sistemáticos.

Precisamente, esto ocurre cuando los tribunales abren espacio a los recursos tendientes a declarar la nulidad de la norma que contradice a la ley fundamental de una sociedad. En nuestro país, el recurso extraordinario por inconstitucionalidad está previsto positivamente en el artículo 14 de la Ley 48 (Jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales).

Lo deseable es que todos los principios estén presentes de manera simultánea y armónica cuando los órganos jurisdiccionales cumplen con su tarea específica de aplicar el orden jurídico positivo. Esto permite que dicho orden responda

de la mejor manera posible a sus fines, resolviendo de acuerdo con la distribución de derechos y obligaciones contenida en las normas y en el ordenamiento jurídico.

El juez debe optar, por el medio más justo, en el marco de las posibilidades que ofrece el marco legal, conservar la la unidad y el sistema jerarquizado del derecho positivo vigente en un país. En ese proceso de toma de decisiones para alcanzar la sentencia judicial, aparece la, antigua y siempre vigente, equidad (Vigo, 1978).

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

III. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

a) Título Preliminar

La primera cuestión que debió resolver la comisión redactora fue la de definir si se iba a incorporar un Título Preliminar al Código o, solo se dejaría una parte general en el texto. La decisión se inclinó por la incorporación de un Título Preliminar. Esta fue fundamentada con dos razones: una basada en la tradición histórica y la otra en el supuesto de que el Código Civil y Comercial (2015) constituye el centro del ordenamiento jurídico en materia de derecho privado. Por lo tanto, debía consignar en este las reglas generales de todo el sistema. Tal como está expresado en los fundamentos:

[...] es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores. (p.21).

Es importante dejar asentado que el Título Preliminar no es un capítulo más del Código ni una mera introducción; su función es aportar reglas que otorgan un significado general a todo

el articulado. Además, sirve como marco para comprender múltiples cuestiones de interpretación y de integración (Limodio, 2012).

Por esta razón, dichas reglas se deben leer en consonancia con las valoraciones del codificador, en un diálogo de fuentes que no se limita a las normas, sino que también abarca principios y valores. Los fundamentos establecen:

La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. En el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo, como se dijo, reglas para la decisión judicial. (p. 21).

Respecto de la función del Título Preliminar, la comisión redactora afirma que, tradicionalmente, este ha sido considerado únicamente para definir las fuentes y las reglas de interpretación del derecho. Empero, el anteproyecto le da una amplitud mayor porque incluye reglas para el ejercicio de los derechos, destinadas para el juez, en particular, y los ciudadanos, en general. También incluye nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos que confieren, al Código, un sentido valorativo integral.

En este sentido, una de las funciones del Título Preliminar es:

[...] aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación e integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera

pensada 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 (p. 22).

Por lo descrito, se considera un gran acierto la incorporación del Título Preliminar pues proporciona: en primer lugar, los principios fundamentales del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, las fuentes del derecho; y, en tercer lugar, las pautas para la aplicación de la ley y la interpretación jurídica. En palabras de los codificadores, el Título Preliminar constituye un “núcleo de significaciones”.

b) Derecho y Ley

El Título Preliminar está estructurado en cuatro capítulos, a saber:

- Capítulo 1: Derecho. Regula las Fuentes y aplicación (artículo 1); Interpretación (artículo 2); Deber de resolver (artículo 3).
- Capítulo 2: Ley. Regula el ámbito subjetivo (artículo 4); Vigencia (artículo 5); Modo de contar los intervalos del derecho (artículo 6); Eficacia temporal (artículo 7); Principio de inexcusabilidad (artículo 8).
- Capítulo 3: Ejercicio de los derechos. Regula el Principio de buena fe (artículo 9); Abuso del derecho (artículo 10); Abuso de la posición dominante (artículo 11); Orden público (artículo 12); Renuncia (artículo 13); Derechos individuales y de incidencia colectiva (artículo 14).
- Capítulo 4: Derechos y bienes. Regula, Titularidad de derechos (artículo 15); Bienes y cosas (artículo

16); Derechos sobre el cuerpo humano (artículo 17) y Derechos de las comunidades indígenas (artículo 18).

Respecto del primer capítulo⁵, se tratará de seguir el orden establecido en el Código y las referencias anotadas en los fundamentos del Anteproyecto. Otro de los aspectos relevantes del Título Preliminar ha sido distinguir entre el derecho y la ley.

De esta manera, se parte de la consideración que el derecho no se agota en la ley o regla jurídica, que será un aspecto, importantísimo y superlativo del orden jurídico, pero no el único, ya que existen otras fuentes del derecho.

El Anteproyecto distingue normativamente el derecho de la ley. Una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica. La concepción que se recoge tiene antecedentes en otros códigos, el italiano, que se refiere a las fuentes del derecho (artículo 1) y menciona a la ley, los reglamentos y los usos a los que, luego, define en sus efectos y relaciones jerárquicas (artículos 2, 3, 4).

El Capítulo 2 (artículo 10) regula la aplicación de la ley (artículo 11), su eficacia en el tiempo, y la interpretación (artículo 12). Por esta razón, se incluye un título relativo al derecho y otro sobre la ley como fuente principal (p. 22).

Esto sigue una secuencia lógica, planteada desde el inicio de los fundamentos y el Título Preliminar; es la importancia que se le ha dado a los principios jurídicos, como un ámbito de integración jurídica que están diferenciados de las normas y las reglas jurídicas. Este es el sentido que resaltan actualmente la más calificada doctrina, al distinguir los principios y las normas.

5

En el presente artículo solo se analizará el Capítulo 1.

Por esta razón, cabe distinguir entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente principal, pero no única. Al respecto, es útil fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores.

En este sentido, resulta ejemplificativo enumerar algunas de las diferencias entre la ley y los principios (Vigo, 2006), para poder ahondar con mayor comprensión, la significación de esta reforma:

1. *Contenido*: Los principios tienen un contenido moral o vinculado a los derechos morales, las normas cuentan con un contenido diversificado y no necesariamente moral.
2. *Origen*: Las normas pueden individualizarse en el momento en que fueron establecidas, en cambio los principios, al pertenecer al derecho forzosamente, por su contenido, resulta irrelevante aquella búsqueda.
3. *Validez*: La validez de los principios es consecuencia necesaria de su contenido, las normas derivan de otras normas o de los principios, por eso en caso de contradicción prevalecen estos sobre la norma.
4. *Aplicación*: Las normas se aplican de manera disyuntiva, o todo o nada. Los principios no pretenden las condiciones de su aplicación. Los principios configuran el caso en forma abierta, mientras que las normas lo hacen en forma cerrada.
5. *Identificación*: En las normas es posible, al menos teóricamente, brindar la nómina de ellas y establecer la fórmula canónica de cada una. En el caso de los principios esto es imposible, básicamente, porque se carece de un acto de incorporación del principio al ordenamiento jurídico y porque

aquéllos se limitan a brindar una razón para estructurar el discurso propio del jurista.

6. *Derogación*: La expulsión del sistema jurídico tiene sentido en la medida en que aludamos a normas; pero con respeto a los principios, éstos permanecen formando parte de aquél mientras se los estime convenientes o justos en la determinación de derechos y deberes.

7. *Labor que exigen*: El recurso a los principios implica una exigencia argumentativa profesional, destinada no solo a precisarlos, sino también a inferir la solución que se propone o prescribe. Obviamente, dicho esfuerzo es significativamente menor cuando se opera con normas, pues allí habría una especie de aplicabilidad burocrática y técnica.

8. *Aporte a la completud del sistema*: La admisión de los principios amplía notablemente la capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico, a punto de posibilitar el cierre de éste. La teoría dworkiniana de la respuesta “correcta”, que el juez debe descubrir en cada caso sirviéndose de los principios, como alternativa frente al discrecionalismo de Hart, es una prueba de dicho servicio de los principios. Un sistema de normas encuentra en el listado de sus supuestos y consecuencias una mayor limitación en las respuestas que necesita el jurista.

9. *Capacidad sistematizadora del derecho*: Las normas no generan automáticamente, por sí mismas y entre ellas, un sistema jurídico; sin embargo, todos los principios tienden a la formación de un sistema y a un esquema de jerarquización lógico. Así, en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema.

c) Las Fuentes

Artículo 1º: Fuentes y aplicación

Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que sea parte la República. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma.

Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se ven involucrados en situaciones no regladas legalmente; siempre y cuando estos no sean contrarios al derecho.

Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes. Se destaca en primer lugar la ley, porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta una decisión “contra legem” que origina litigiosidad innecesaria. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir, una deducción.

El anteproyecto regula el valor de la costumbre contemplando los casos en que la ley se refiera a esta o en ausencia de regulación necesaria. (p. 23).

La última referencia del artículo resulta muy importante, ya que no basta que exista alguna práctica consolidada o vigente para reconocer la eficacia jurídica. El derecho es el límite. Esto demuestra la distinción entre derecho y ley, presente en el Título Preliminar.

Las fuentes del derecho están íntimamente vinculadas con una de las interrogantes de este artículo, respecto a si estamos ante un sistema jurídico abierto o cerrado. La concepción que se tenga de las fuentes del derecho, será la respuesta a esta interrogante,

pues debemos determinar si partimos de las clásicas fuentes del derecho o si, en realidad, reconocemos la pluralidad de fuentes.

La doctrina distingue entre fuentes directas e indirectas, ambas ayudan a la producción y la comprensión de la regla jurídica. Para Llambías (1995) la palabra fuente, en su primera acepción, se entiende como el manantial del que surge o brota el agua de la tierra. El autor añade que en nuestra ciencia, se usa la voz en un sentido figurado, para designar el origen de donde proviene eso que llamamos derecho.

La doctrina distingue entre **fuentes directas**, que encierran en sí la norma jurídica (la ley y la costumbre), y **fuentes indirectas**, que contribuyen a la producción y comprensión de la regla jurídica, pero sin otorgarle existencia propia. En este sentido, más que fuentes del derecho, son fuentes de conocimiento del mismo.

Las fuentes directas, también llamadas principales o primarias, son de aplicación preferente (la Ley), y las fuentes secundarias o subsidiarias tienen una naturaleza subordinada y carácter supletorio (la costumbre y los principios generales del derecho).

Paralelamente, las fuentes se dividen tradicionalmente entre **formales** y **materiales**. Las primeras corresponden a los modos o formas en que se manifiesta externamente el derecho positivo (ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina), mientras que las fuentes materiales del derecho incluyen a todo factor o elemento que contribuya a fijar el contenido de la norma jurídica.

Más allá de estas distinciones clásicas, en la actualidad se observa un marcado interés por superar la diferencia entre las fuentes formales y materiales, una práctica que de acuerdo con la experiencia ha resultado insuficiente para la praxis jurídica.

Las leyes y las costumbres, según afirma Cueto Rúa (1982), no operan únicamente en el plano lógico-formal, también brindan criterios de objetividad para resolver los casos de manera socialmente valiosa. En definitiva, la jurisprudencia, el derecho legislado y un derecho judicial más libre y equitativo refuerzan una concepción pluralista del derecho en la actualidad.

A respecto, Cueto Rúa (1982), continúa con su explicación y afirma que la fuente es multívoca, ya que con ella se puede identificar al origen del derecho; es decir, a las causas que dieron pie a la configuración de esa herramienta. El autor añade que esta palabra tiene una interpretación propia desde la perspectiva del derecho. Es decir, como una expresión visible y concreta de la disciplina en sí misma. En otras palabras, fuentes son el ámbito al que abogados, jueces, legisladores y juristas han acudido históricamente en busca de respuesta para sus dudas.

Explica que las fuentes del derecho son seleccionadas, justamente, con los criterios de objetividad de que disponen jueces, abogados y juristas para alcanzar respuestas a los interrogantes de la vida social y que sean susceptibles de ser compartidas por los integrantes del núcleo jurídico. Ahora bien, ¿cómo se determinan tales criterios de objetividad?, aquí Cueto Rúa (1982) busca inspiración en la idea de la “fuerza de convicción”, acuñada por el maestro Carlos Cossío (1954)

En efecto, si se tiene en cuenta la jurisprudencia, explica Cueto Rúa (1982 y p.19), la fuerza de convicción de una sentencia surge cuando encuentra apoyo en una norma general en la que subsumirse, ganando así validez lógica, y además, cuando concuerda con las valoraciones vigentes. En otras palabras, no basta con que la sentencia sea lógicamente impecable, debe también realizar positivamente los valores jurídicos.

Ahora bien, ¿cómo resultan determinados? Cossio (1954), siguiendo a Husserl, explica que las valoraciones, siendo individuales, no tienen otra garantía contra lo arbitrario y personal de las sentencias, que regirse por valores objetivos. Esta objetividad de las valoraciones jurídicas es fundamentalmente histórica.

Por consiguiente, habrá fuerza de convicción, desde el punto de vista científico, cuando la sentencia judicial ajuste su valoración a patrones históricos vigentes.

La doctrina distingue entre fuentes directas, que son aquellas que encierran en sí la norma jurídica (la ley y la costumbre) y las fuentes indirectas, que ayudan a la producción y a la comprensión de la regla jurídica, pero sin darle existencia en sí mismas; de modo que, más que fuentes de derecho, son fuentes de conocimiento para esta disciplina.

Entre las fuentes directas, cabe una distinción entre las fuentes principales y primarias, de aplicación preferente (la ley), y las fuentes secundarias o subsidiarias, de naturaleza subordinada y carácter supletorio (la costumbre y los principios generales del derecho).

También ha sido clásica la distinción entre fuentes formales y materiales, las primeras son los modos o formas en que se manifiesta externamente el derecho positivo (ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina) y las segundas como fuentes materiales del derecho, contribuyen a fijar el contenido de la norma jurídica. A partir de estas distinciones clásicas, nos encontramos en la actualidad con una marcada superación de la diferencia entre fuentes formales y materiales, una situación que se ha tornado insuficiente para la praxis jurídica.

Las leyes y las costumbres, afirma Cueto Rúa (1982), no operan simplemente en el plano lógico- formal, como pareciera

dar a entender el hecho de que se las clasifique como fuentes formales, ya que el órgano no recurre a las fuentes solamente por una necesidad lógica, sino por una exigencia de otra índole: orientación y criterio de objetividad para determinar el sentido preciso de un fenómeno de conducta humana.

En esta materia, el juego de los principios lógicos es de escasa utilidad. Las leyes y costumbres son útiles como fuentes, no tanto porque sirvan como apoyo lógico para tomar decisiones informadas, sino porque suministran un criterio material para discernir el sentido del caso en discusión y resolverlo de una manera valiosa, ya que incluirán criterios de pluralidad con la participación del grupo social. Esto quiere decir que las fuentes formales, también pueden ser consideradas como fuentes materiales.

La jurisprudencia ya no se define como “fuente formal del derecho, solo cuando así lo dice la ley” (Lorenzetti, 2014), la coexistencia, en el presente, de un derecho formal y legislado frente a un derecho judicial más individualizado, libre y equitativo que da mayor importancia a una concepción pluralista del mundo del derecho, ya es una realidad. El autor está de acuerdo con el criterio de que la jurisprudencia obligatoria sería fuente formal, al contrario, la jurisprudencia no obligatoria sería fuente material.

d) Reglas de Interpretación

Artículo 2°. Interpretación.

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

Con el fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, se incorpora un artículo relacionado con las reglas de interpretación. De conformidad con lo señalado por la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen las finalidades de esta, dejando de lado la referencia, para dar fuerza a la intención del legislador. De ese modo, la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación .

El artículo 2 establece las reglas de interpretación, entendida esta última como la tarea de desentrañar el sentido jurídico de una norma. Desde el contenido de la ley, se establecen diversos criterios de interpretación que concluyen con los principios, valores y el ordenamiento jurídico. Como se puede observar, a diferencia del artículo 1, se cita a los principios como una fuente de interpretación jurídica. Esto podría hacer pensar que los principios serían solo pautas de interpretación y no una fuente material o supletoria del derecho. Sin embargo veremos más adelante que estamos ante un sistema jurídico abierto, donde el diálogo de fuentes es la premisa y donde este diálogo implica tener a los principios y valores jurídicos dentro de todo el ordenamiento nacional.

Se mencionan las leyes análogas que, tradicionalmente han sido tratadas como fuente, y aquí se las incluye bajo el concepto de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes procesos que deba atender. Esto tiene particular importancia en situaciones en las que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales.

Respecto de la analogía, no se observan mayores innovaciones ya que reitera los alcances del artículo 16 del Código de Vélez, entendiéndola como la aplicación a un caso no previsto de la

norma sobre otro que ofrece, como el primero, una semejanza suficiente para justificar su aplicación, por concurrir, en uno y otro, la misma razón. (Lorenzetti, 2014)

Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo que permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Esto concuerda con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien establece que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, ya que sus distintas partes forman una unidad coherente, y en la inteligencia de sus cláusulas debe evitarse alterar el equilibrio del conjunto.

En esta parte se observa la mayor novedad del código respecto a los criterios de interpretación y en referencia al ordenamiento jurídico, que resulta como un nuevo concepto de derecho que supera la mera interpretación exegética, para dar mayor amplitud de fuentes al juez a la hora de resolver una controversia.

También deben considerarse los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, también son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, reiteradamente, ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos.⁶

En esta parte de los fundamentos del Código se observa una clara y contundente referencia a los conceptos jurídicos indeterminados; como los principios y los valores jurídicos. Como se afirma, no solo tienen un carácter supletorio, sino

⁶ No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores debido al carácter dinámico de estas clasificaciones. (p. 24)

que también son normas de integración y control axiológico. Los principios informan todo el ordenamiento jurídico y descalifican decisiones, manifiestamente contrarias a los valores jurídicos.

Esta indeterminación obliga a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos. Por ello, se dice que son “mandatos de optimización” (Alexy, 2024). En su aplicación, se busca el nivel óptimo mediante un juicio de ponderación⁷, entendida esta ponderación como establecer comparaciones, determinar el peso de cada mandato y aplicar el mayor en el caso concreto. Es decir, los principios son indeterminados, porque no tienen un supuesto de hecho específico. (Lorenzetti, 2014).

Éste último aspecto es nuestro principal argumento para poder inferir que tenemos un sistema jurídico abierto que no tiene ninguna pretensión de plenitud jurídica (Bobbio, 2004), como históricamente planteaba el positivismo jurídico. Se trata de un sistema abierto en el que los conceptos jurídicos indeterminados, no solo corresponden a criterios de interpretación jurídica, pautas de integración y control axiológico, sino que también se refieren a fuentes materiales del derecho.

e) Obligación de Decidir Razonablemente

Artículo 3°. Deber de resolver.

El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. En esta parte se regula la obligación de decidir de los jueces, conforme con la tradición del Código Civil.

⁷ Sobre el mismo, consultar: Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, y del mismo autor, *El juez y las sentencias difíciles - Colisión de derechos, principios y valores*, La Ley 1998-A, 1039.

La decisión debe estar razonablemente fundada, expresión que 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.

Este artículo reitera lo que ya había incluido el Código de Vélez: la obligación de dictar sentencia, de acuerdo con su artículo 1515, además de otorgarle al juez diversos criterios para poder hacerlo a través del artículo 16, ya citado. El nuevo artículo, como se puede apreciar, además de resaltar la obligación de resolver que tiene el Juez, señala que su decisión debe ser “razonablemente fundada”. Estos fundamentos, a su vez, aclaran que la decisión razonablemente fundada se fundamenta en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

No se trata, entonces, de que toda sentencia deba ser fundada, sino de la exigencia de que tal fundamentación sea “razonable” (Herrera, 2015). Ahora bien, ¿qué se entiende por razonable?

Algunos autores consideran que la exigencia de la razonabilidad reside en que la mayor pluralidad de fuentes pone en manos de los jueces numerosas normas “abiertas”, cuya utilización en las sentencias exige una adecuada fundamentación. (Garrido Cordobera, 2015)

Como vemos, esta circunstancia está vinculada con la obligación de motivar las sentencias y su obligación indelegable para las autoridades judiciales. En este sentido, Guzmán (2014) señala que, “...la necesidad de justificar racionalmente las decisiones es una característica esencial de la sociedad democrática”. (p. 12).

Al respecto, Lorenzetti (2014) comenta sobre el significado de la reforma y asevera que en los artículos 1, 2 y 3 están establecidas las reglas para una decisión jurídica:

- El primer paso es aplicar la ley mediante el método deductivo. Para ello, se debe delimitar un hecho probado conforme a las reglas procesales (elemento fáctico) y su correspondencia con una norma aplicable (elemento normativo), solucionando el caso por la vía de la deducción. Debe comprobarse si dicha solución es consistente con los precedentes judiciales que establecieron reglas jurídicas para casos con elementos de hecho similares (elemento de consistencia).
- También debe verificarse que sea coherente con el resto del sistema jurídico, armonizando las reglas (elemento de coherencia), y es en este campo donde tiene una relevancia primordial el Título Preliminar del Código en el que están las normas de articulación del sistema. Es necesario señalar que la coherencia se presume, de manera que exige la carga argumentativa de probar lo contrario” (p. 41).

Siguiendo a Manuel Atienza (1987), cabe considerar una doble consideración de “razonable”. Por un lado, “amplio”, donde todas las decisiones jurídicas deben ser razonables, de modo que la razonabilidad operaría como un criterio o límite general del razonamiento jurídico. Y, por otro, la consideración de “estricto”, donde la razonabilidad puede predicarse únicamente para cierto tipo de decisiones jurídicas, las que no podrían (o no deberían) adoptarse siguiendo criterios de estricta racionalidad.

El autor explica que una decisión jurídica puede ser considerada como racionalmente justificada si, y solo si, respeta las reglas de la lógica deductiva, en el sentido de que en su fundamentación no contiene errores lógicos. Si bien la argumentación del profesor español incorpora otros elementos, lo mencionado es suficiente para entender los aspectos que interesan a este artículo.

Brevemente, podemos destacar que lo “racional” entronca, para decirlo con Viehweg (1991), con un pensamiento “sistemático”, basado en reglas cuya configuración permite una respuesta deductiva, sin falencias lógicas.

Lo “razonable” (en sentido estricto) asume, para emplear las palabras del recién citado autor alemán, la estructura de un pensamiento “problemático” que incorpora a las reglas, la presencia de “principios” y “valores” que requieren una respuesta ponderativa (o de balance) y cuya estructura lógica no es un silogismo, sino una argumentación.

La comisión brinda aquí una definición que va en línea con la tradición de la Corte Suprema -desde el famoso precedente “*Rey v. Rocha*”- por lo que el Alto Tribunal ha ido configurando una dilatada familia de resoluciones indicativas de lo que no es una decisión *stricto sensu*, es decir, de lo que no está fundado y a lo que se ha denominado “sentencia arbitraria”.

Sea como fuere, en la mente de la comisión “*la decisión razonablemente fundada*” parece enraizarse con el referido sentido estricto de “razonable” de la presentación atienziana. Razonables –desde una perspectiva amplia-, se ha dicho ya, deben ser todas las sentencias; razonables –desde una óptica estricta- son las decisiones que, al contemplar reglas, principios, valores y normas de los tratados sobre derechos humanos (como pide el art. 2º) escapan de los márgenes de lo estrictamente “racional”.

CONCLUSIONES

Sistema jurídico hermético o abierto

En el análisis propuesto no cabe la menor duda de que estamos frente a un Código Civil y Comercial con apertura jurídica; es decir, estamos ante un sistema jurídico abierto que no tiene ninguna pretensión hermética o cerrada.

El anteproyecto contiene un Título Preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluye los contenidos referidos, conforme a las precisiones que desarrollamos a continuación.

Este apartado es relevante, ya que muestra un paradigma teórico diverso en el que se caracteriza la idea codificadora decimonónica que pretendía, como es sabido, ceñir la totalidad de la vida jurídica a lo dispuesto por ese documento. Por el contrario, el Código no abriga pretensiones de abarcar la totalidad de las opciones que requieren ser vistas por el Código.

En ese horizonte, se encomienda a los jueces la tarea de completar e integrar sus disposiciones. Se trata de una afirmación con grandes consecuencias, ya que deposita en uno de los poderes del Estado — el Judicial— la compleja misión de perfilar el sentido del documento, a través de una constante labor interpretativa. Un código abierto, por definición, permeable a los problemas que ofrece la realidad y a las normas que se van sistematizando bajo la estructura de “principios”, abre las puertas a una argumentación que pondera valores, que sopesa alternativas y que, en definitiva, procura encontrar soluciones “razonables” para cada situación. Esto se basa en el empeño lógico-deductivo, como se advierte en la tradición legalista que gobernó el prestigioso proceso codificador del siglo XIX. (Rabbi - Baldi Cabanillas, 2012)

En un sistema abierto, es posible verificar cómo se realiza la incorporación del ordenamiento jurídico. Como es sabido, este se afirma en los fundamentos, permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema.

Todo esto, conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entidad que plantea como parámetro que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes deben establecer una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidar de no alterar el equilibrio del conjunto.

Reconocimiento de los principios

En consosnancia con lo anterior, el código civil y comercial no tiene pretensiones de regular todas y cada una de las situaciones jurídicas, dando un claro y contundente reconocimiento y operatividad a los principios.

Ya se ha visto cómo los codificadores, de forma permanente, garantizan y resaltan la comunidad de principios, el diálogo de fuentes, la armonización de reglas, principios y valores, así como la utilización no solo de reglas, sino también de principios y valores. En este sentido, es muy importante el reconocimiento de los principios, ya que amplían los ámbitos de la razón práctica con el fin de lograr una mayor determinación del derecho.

Frente a esto, se pueden encontrar dos posturas bien definidas.

La primera es la de aquellos que consideran la relevancia de los principios para la identificación, determinación y justificación del derecho, en especial de los principios morales o políticos, donde destacan autores como Ronald Dworkin, Rodolfo Vigo y Robert Alexy, cada uno con sus matices y diferencias.

La segunda postura, es la de aquellos autores que no reconocen a los principios la fuerza jurídica en el ámbito de la razón práctica para justificar el derecho. Desde esta perspectiva, la argumentación tendría una pretensión menos ambiciosa y no

vinculada a ninguna razón extrajurídica, sino únicamente desde lo normativo. Su única función sería reducir la discrecionalidad, siempre presente en cualquier decisión judicial. Por ello, al argumentar no se construye necesariamente una solución racional o correcta, sino que se busca alejar los márgenes de discrecionalidad y la sospecha de que la decisión responde a una inclinación subjetiva o a un interés particular.

Los principios como fuente del derecho, criterio de interpretación, aplicación e integración del derecho

Por último, si nos detenemos en el artículo 1 del Código sobre las fuentes del derecho, observamos que los principios y valores no aparecen en la nómina de las fuentes citadas, y solo tendrían un reconocimiento en el artículo 2 como criterio de interpretación. Si comparamos con el Código Civil español, vemos que allí se reconoce a los principios generales del derecho como informadores del ordenamiento jurídico.

Desde nuestra perspectiva, dado el claro y contundente reconocimiento de los principios y la apertura del sistema jurídico, que otorga protagonismo a los jueces y doctrinarios, cabe considerar que los principios no solo funcionan como criterios de interpretación del derecho o de aplicación supletoria ante posibles casos de integración, sino que constituyen una auténtica fuente del derecho. Esta puede ser material o formal subsidiaria, pero fuente, al fin y al cabo.

Finalmente, cabe concluir este trabajo, haciendo referencia a Ferreira Rubio (2017), cuando afirma:

La verdadera significación y trascendencia de la incorporación de los principios generales al ordenamiento, reside en que los principios representan la forma de ingreso al sistema jurídico de los valores y convicciones éticas básicas de una comunidad. El ordenamiento, para no convertirse en un pesado lastre, sino

–por el contrario– ser un instrumento útil para la convivencia, debe vincularse con los valores superiores, por un lado, y con la realidad, por el otro. Por atanto, los principios generales son la válvula que permite la oxigenación de las normas concretas (Ferreira Rubio, 2017).

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *DOXA*, 5, 139-151.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Altamira, G. (1972). *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo*. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.
- Aristóteles. (1993). *Metafísica*. Colección Austral.
- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de “razonable”. *DOXA*, 4, 189-200.
- Ayuso Torres, M. (2002). Los principios generales del derecho en el nuevo derecho constitucional: una visión problemática. En F. Lamas (Ed.), *Los principios y el derecho natural* (pp. 121-122). Educa.
- Bobbio, N. (2004). La plenitud del orden jurídico y la interpretación. *Isonomía*, 21, 255-260.
- Borda, G. (2004). *Manual de derecho civil. Parte general*. Lexis Nexis Abeledo Perrot.
- Código Civil y Comercial. (2015). *Código Civil y Comercial, concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora*. Astrea.
- Cueto Rúa, J. (1982). *Fuentes del derecho*. Abeledo Perrot.
- Del Vecchio, G. (1933). *Los principios generales del derecho*. Librería Bosch.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Siglo XXI.

- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Fondo de Cultura Económica.
- Ferreira Rubio, D. (2017). La buena fe. El principio general en el derecho civil. En A. Bueres (Ed.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (p. 38). Hammurabi.
- Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2015).
- García Amado, J. A. (2014). Sobre la idea de pretensión de corrección del derecho en R. Alexy: Consideraciones críticas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 7, 6-40.
- Garrido Cordobera, L. (2015). *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado. Tomo 1 (Artículos 1 a 723)*. Astrea.
- Guzmán, L. (2014). *Derecho a una sentencia motivada*. Astrea.
- Herrera, M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo 1 (Artículos 1 a 400)*. Infojus.
- Jolivet, R. (1989). *Diccionario de filosofía*. Club de Lectores.
- Kaufmann, A. (2008). El renacimiento del derecho natural de la persona y lo que fue de él. En R. Rabbi-Baldi Cabanillas (Ed.), *Las razones del derecho natural* (p. 358). Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Limodio, G. (2012). Luces y sombras del título preliminar. En N. Lafferriere (Ed.), *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012* (p. 55). Educa.
- Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. (2015). *Introducción al Código Civil y Comercial*.
- Lorenzetti, R. (2021). Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley*, 2012.C, 581.
- Llambías, J. (1995). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo 1. Editorial Perrot.
- Perelman, C. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas.

- Prieto Sanchís, L. (2000). *Sobre principios y normas*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2012). Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del título preliminar del anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012. En J. Rivera (Ed.), *Comentario al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (p. 24). Abeledo Perrot.
- Rivera, J. (2008). *Instituciones de derecho civil. Parte general. Tomo 1*. Lexis Nexis Abeledo Perrot.
- Sánchez Agesta, L. (1986). *Principios cristianos del orden político*. Temática S.R.L.
- Valverde y Valverde, C. (1935). *Tratado de derecho civil español*. Casa Editorial Cuesta.
- Viehweg, T. (1991). *Tópica y filosofía del derecho*. Gedisa Editorial.
- Vigo, R. (1978). *Integración de la ley: Artículo 16 del Código Civil*. Astrea.
- Vigo, R. (2000). *Los principios jurídicos: Perspectiva jurisprudencial*. Depalma.
- Vigo, R. (2006). *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*. Rubinzal-Culzoni.
- Vigo, R. (2009). ¿Deben los jueces saber filosofía? *La Ley*, 2009-E, 1327.
- Vigo, R. (2012). Comentarios al capítulo 1 del título preliminar. En N. Lafferriere (Ed.), *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012* (p. 64). Educa.
- Zuleta Puceiro, E. (2005). *Interpretación de la ley: Casos y materiales de estudio*. La Ley.