



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

Cambio de paradigma respecto a las “Reglas de interpretación y aplicación del derecho” y el “Activismo Judicial” en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Alumno: Francis Gianni Peruzotti

Año: 2016

Carrera: Abogacía

El presente trabajo se lo dedico especialmente a mis viejos,
que me han dado todo en la vida sin esperar nada a cambio.

A vos má por las locuras de todos los días
y a vos pá por el camino que siempre me has mostrado.

También especial dedicación a mis amigos,
que me han acompañado durante toda la vida
y son el fruto de inmemorables risas.

A todos, eternamente agradecido.

RESUMEN: Cambio de paradigma respecto a las "Reglas de interpretación y aplicación del derecho" y el "Activismo Judicial" en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El presente trabajo está direccionado a analizar e investigar la reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación Argentina mediante Ley 26.994, introduciendo de manera directa sus unificaciones en un único "Código Civil y Comercial de la Nación".

La temática planteada será abordada esencialmente sobre el cambio en la interpretación jurídica, ya que el código Velezano establecía un paradigma metodológico sobre la interpretación y aplicación del derecho con rasgos estrictamente positivistas, limitando la labor del juez a la intención del legislador que tuvo sobre la ley, intención histórica u originaria.

La reforma ha establecido esencialmente grandes cambios a través de nuevos criterios de interpretación del Derecho, y correlativamente ha determinado un nuevo rol por parte de los jueces en su labor, desde las ópticas interpretativas y de aplicación de la ley en el caso concreto.

Palabras clave: Reforma, Ley 26.994, interpretación jurídica, aplicación del derecho, activismo judicial, rol de los jueces, caso concreto, sistemas de derecho, Neo-Constitucionalismo.

ABSTRACT: Paradigm shift regarding of “the rules of interpretation and application of the law” and the "Judicial Activism" in the New Civil Code and Commercial Procedure.

This work it is directed to analyze and investigate the Reform of the Civil and Commercial Codes of Argentina under Law 26,994, directly introducing unifications in a single unique "Civil and Commercial Code of the Nation".

The proposed subject will be addressed essentially on the change in legal interpretation, since the Velezano code established the unique methodological paradigm on the interpretation and application of law strictly positivists features, limiting the labor of the judge to the intention of the legislator who had on the law , historical or original intent.

The reform has essentially established big changes through new criteria interpretation of law, and correlative has defined a new role by the judges in their work, from the performing and law enforcement in the optical case.

Keywords: Reform, Law 26,994, legal interpretation, application of law, judicial activism, role of Judges, case study, systems legal, neo - constitutionalism.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
PRECISIONES METODOLÓGICAS.....	10
CAPÍTULO I – INTRODUCCIÓN A LOS PARADIGMAS DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.....	13
Introducción.....	14
1. Análisis del Código Civil de Vélez Sarsfield.....	14
1.1 Fundamentos jurídicos y lineamientos doctrinarios en su redacción.....	15
1.2 Liberalismo individualista en el Código Civil.....	17
1.3 Constitucionalismo y positivismo en el Código Civil.....	18
2. Fuentes y paradigmas jurídicos del Artículo 16 del C.C.....	20
2.1. Relación intrínseca con el Artículo 15 y 17 del C.C.....	23
Reflexiones finales.....	24
CAPÍTULO II – SISTEMAS DE DERECHO Y TEORÍAS JURÍDICAS.....	26
Introducción.....	27
1. Teoría del Derecho: Sistemas de Derecho y doctrinas jurídicas.....	28
1.1 La interpretación del Derecho.....	28
1.2 Métodos de interpretación.....	30
1.2.1 Método exegético o literal.....	30
1.2.2 Método que remite al espíritu de la ley.....	31
1.2.3 Método que remite a la voluntad del legislador.....	31
1.2.4 Método que propone recurrir a la analogía.....	31
1.2.5 Método que recurre a los principios generales del Derecho.....	31
1.2.6 Método sociológico.....	32
1.2.7 Método de interpretación libre.....	32
2 Los sistemas de Derecho.....	32
2.1. Los sistemas incompletos y la relación con las lagunas del Derecho.....	32
2.2. Apreciación de los “casos difíciles”.....	33
3. Polémica filosófica “Dworkin Vs. Hart”.....	35

4. La era Neo-Constitucional del Derecho.....	36
4.1 Tratamiento que le otorga a la interpretación del Derecho y el activismo judicial...36	
Reflexiones finales.....	38
CAPÍTULO III – PARADIGMAS DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.....	39
Introducción.....	40
1. Análisis Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....	40
1.1 Fundamentos de la incorporación de un Título Preliminar.....	41
1.2 Cambios jurídicos fundamentales dentro del Título Preliminar.....	42
2. Análisis Artículo 1.....	43
3. Análisis Artículo 2.....	44
4. La función jurisdiccional en un Estado de Derecho desde la óptica de la reforma....	45
Reflexiones finales.....	48
CAPÍTULO IV – TRATAMIENTO DE LOS PARADIGMAS JURISPRUDENCIALMENTE.....	49
Introducción.....	50
1. La interpretación del Derecho y el activismo judicial: jurisprudencia.....	50
1. Alcance que se le otorga jurisprudencialmente y validez jurídica.....	50
Reflexiones finales.....	55
CONCLUSIONES FINALES.....	57
BIBLIOGRAFÍA.....	60

INTRODUCCIÓN

La reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación redactados por Vélez Sarsfield, mediante Ley 26.994¹, ha sido un gran cambio a nivel jurídico, y correlativamente sobre la vida social de las personas, ya que se ha tratado de aggiornar la vida jurídica a la sociedad del Siglo XXI. Es notorio el cambio fundamental que ha aparejado la reforma, esencialmente procuró el nacimiento del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, pero ha sido primordial la unificación de la materia civil y comercial, la inclusión de un título preliminar estructurado en dieciocho (18) artículos que constituyen la columna vertebral sobre la que se consignan las reglas generales del derecho que deberán seguir los jueces y la jurisprudencia en su aplicación, la codificación de relaciones comerciales entre privados que no tenían lugar en el anterior Código Civil², y los aspectos fundamentales que hace al trabajo en cuestión, hablamos del cambio de paradigma respecto de la interpretación del derecho y aplicación del “activismo judicial”.

Estos aspectos fundamentales han sido incorporados dentro del Título Preliminar, específicamente en los Artículos 1, 2 y 3 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, mediante los cuales se han establecido pautas para la interpretación del derecho, y aplicación de la ley, otorgando con claridad, mayor libertad al juez en el análisis de cada caso en concreto, permitiendo una aceptación de las finalidades objetivas al instante de aplicación de la ley. El anterior Código Civil Velezano establecía un paradigma metodológico sobre la interpretación y aplicación del derecho con rasgos estrictamente positivistas, limitando la labor del juez a la intención del legislador que tuvo sobre la ley, intención histórica u originaria. La decisión jurídica comienza por las palabras de la ley, pero se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador, y se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación. Al mismo tiempo, cabe destacar la influencia de un Neo-Constitucionalismo que aporta la aplicación de los principios y valores jurídicos de la doctrina, y de los mismos jueces, a la interpretación de la ley.

Es por eso que habiendo establecido las pautas de la problemática en general, se procederá a desarrollar estos temas que se hacen esenciales para el ambiente jurídico y

¹ Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

² Código Civil Argentino. Vigente hasta el 1º de Agosto de 2015.

social, tratando de establecer una estructura y visión más transparente de los cambios introducidos, para poder apreciar claramente cuál será la forma de proceder en la interpretación del derecho y la ley por parte del juez, para luego finalizar en su aplicación o apartamiento dejando lugar al activismo judicial.

La finalidad del presente trabajo, como objetivos esenciales, es poder analizar, investigar y describir el proceso que ha conllevado a esta gran reforma jurídica, investigaremos el origen del Art. 16³ del viejo Código Civil de la Nación, para poder determinar las bases institucionales que han servido a su creación sobre los parámetros positivistas-constitucionalistas, poder aclarar los paradigmas que lo han influenciado, su modo de proceder y ser aplicado durante su vigencia a lo largo del tiempo por la doctrina y esencialmente por los jueces, acaparando distintas opiniones y consecuencias en el dictado de sentencias. Es necesario poder entender cuál ha sido la finalidad y fundamento del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en la incorporación de un Título Preliminar, en donde correlativamente será de análisis las consecuencias actuales a través de los jueces, y el entorno jurídico que acarrea. En ese sentido se examinarán las doctrinas jurisdiccionales respecto al activismo judicial y la interpretación del derecho, analizando específicamente entre ellas la era Neo-Constitucional, ahondando sobre la resolución y apreciación de los “casos difíciles” en el derecho, y correlativamente investigar la relación entre los sistemas incompletos de derecho.

Claro está que la utilidad de la investigación radica en poder estructurar los ideales anteriores y actuales para brindar una información clara y transparente necesaria para el entorno jurídico, social y económico, respecto de lo regulado específicamente en el código en cuanto al instituto y sistema de derecho, su procedencia, su funcionamiento en la práctica y considerando también los problemas que puede generar la temática y los cuestionamientos que pueden efectuarse en su contra.

Se desarrollará el TFG en cuatro partes fundamentales, estructuradas sobre un lineamiento general que va desde la óptica de la filosofía del derecho, específicamente la teoría de la argumentación jurídica. La primera de ellas abarcará el capítulo I, en donde se hará hincapié en investigar, analizar y correlativamente establecer las fuentes y paradigmas que se han utilizado en la redacción del Código Civil de Vélez Sarsfield.

³ Art. 16 Código Civil.

Seguidamente, se analizarán específicamente los Artículos 16 y 17⁴, explayándonos sobre las consecuencias jurisdiccionales acarreadas en la aplicación de los artículos específicos.

La segunda parte del trabajo la encontraremos en el capítulo II, siendo ésta la profundización de las teorías del derecho, estudiando las doctrinas jurídicas respecto del activismo judicial y la interpretación del derecho, analizar la era Neo-Constitucional desde la óptica jurídica, estableciendo así las pautas para proceder a establecer la resolución y apreciación de los “casos difíciles” en el derecho, siendo sucesivo estudiar la relación de los mismos con los sistemas incompletos del derecho.

La tercera parte estará explayada en primer lugar, a estudiar los fundamentos del proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, respecto del Título Preliminar y los Artículos 1, 2 y 3, analizando jurídicamente los cambios introducidos por los mismos, y explicar la introducción y relación de las nuevas fuentes del derecho, para luego avanzar hacia el análisis específico de los artículos individualmente. También en este capítulo se desarrollará la relación de los principios y reglas como teoría de la argumentación jurídica en el derecho, ya que es una de las reformas fundamentales introducidas a través del Artículo 2⁵.

Para finalizar, en la cuarta y última parte, se procederá a desarrollar el capítulo IV, el cual se arribará a analizar las consecuencias en la función jurisdiccional de un Estado de Derecho, tomando en cuenta el activismo judicial propuesto por el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y establecer cuáles son las facultades otorgadas al juez como intérprete y fuente de aplicación de la ley. Concretamente se hará foco sobre distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en donde será primordial el análisis del fallo “Saguir y Dib”⁶.

⁴ Artículos 16 y 17 Código Civil.

⁵ Art. 2 Código Civil Y Comercial de la Nación.

⁶ C.S.J.N, “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, Fallos 302:1284 (1980).

PRECISIONES METODOLÓGICAS

El tipo de estudio que se utilizará en el desarrollo del trabajo final de grado es el exploratorio. Este tipo de estudio tiene como propósito examinar un problema de investigación que ha sido poco estudiado, del que se tienen muchas dudas o que no ha sido abordado antes. El método exploratorio también permite abordar un problema ya estudiado desde nuevas perspectivas. Este tipo de estudio permite acercarse a un tema novedoso o poco estudiado. Es muy probable que como consecuencia del avance de la investigación se pueda utilizar el tipo de estudio descriptivo en ciertos aspectos y momentos, con la finalidad de determinar características, propiedades, etc.

Se ha elegido este tipo de estudio debido a que el tema a tratar en el TFG como es el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, forma parte de un gran cambio jurídico a nivel nacional, en donde se han insertado nuevos paradigmas jurídicos, codificación de costumbres jurídicas, y al mismo tiempo se han modificado normas anteriores en gran cantidad, formando así un campo normativo novedoso; y por lo tanto su estudio aún se encuentra en proceso y carece, según la información recolectada hasta el momento, de un estudio sistemático y completo con respecto a nuestro tema específico. Para ello será necesario analizar y explorar las fuentes legales, doctrinarias y jurisprudenciales para lograr de esta manera una sistematización que aclare el alcance de la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación en el proceso de interpretación de las leyes y su posterior aplicación jurisdiccional.

La estrategia metodológica a utilizar será la cualitativa. La misma está dirigida a descubrir, profundizar, captar el sentido de las instituciones sociales, por medio de la comprensión analítica y/o la interpretación de los significados de las normas que las regulan. Se procederá a recabar datos e información sobre la temática de estudio, sobre diferentes perspectivas y puntos de vista sin efectuar ninguna medición numérica o análisis estadístico en particular, con el solo objeto de comprender la reforma introducida por el Código Civil y Comercial de la Nación y profundizar específicamente sobre la interpretación de las leyes mediante el nuevo paradigma establecido, y como hemos dicho, será correlativo el análisis de la aplicación jurisdiccional de las mismas y de esta manera poder determinar su alcance.

Las fuentes de información son todos aquellos instrumentos o recursos que nos aportan información sobre determinado tema. Es decir que son aquellas obras o productos de comunicación científica que se presentan en diferentes formatos,

periodicidad y sistematicidad. Según la clasificación realizada por Yuni y Urbano (2003) podemos distinguir tres tipos: fuentes primarias, fuentes secundarias y fuentes terciarias o de referencias generales. El presente trabajo final de grado se llevará a cabo mediante la utilización de las siguientes fuentes:

- Fuentes Primarias: son las fuentes directas de información, originales, de primera mano; en este caso particular, se trata de todos los fallos, sentencias y legislación relativos a la temática elegida. Se procederá a trabajar principalmente con la Ley N° 26994⁷, Código Civil y Comercial de la Nación, pero también será de vital importancia el antiguo Código Civil de la Nación⁸.

Se trabajará sobre fallos esenciales que hacen al tema de la interpretación de las leyes y su posterior aplicación desde el punto de vista de la función jurisdiccional del Estado, como es por ejemplo el fallo “Saguir y Dib, Claudia Graciela”⁹.

- Fuentes Secundarias: son aquellas que comentan, sintetizan o analizan las fuentes primarias de información. En este trabajo se utilizarán como fuentes secundarias, libros que contengan elaboraciones doctrinarias o que traten el tema objeto de estudio fijando posición sobre el mismo, como así también diversos artículos de revistas especializadas en derecho como La Ley.

Para llevar a cabo la investigación se utilizará principalmente la técnica de observación de datos y documentos, analizando las fuentes primarias y secundarias mencionadas anteriormente para dar cuenta de la aplicación y alcance del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación desde los puntos abordados por la temática del TFG.

En cuanto a las estrategias de análisis, la técnica cualitativa que resulta más útil para la investigación del trabajo planteado es el análisis documental, el mismo supone el análisis de fuentes primarias, secundarias y/o terciarias que den cuenta la interpretación de la ley desde el punto de vista del Código Civil y el Código Civil y Comercial de la Nación, y dentro de la misma idea, la función jurisdiccional, abordado desde la temática del activismo judicial. Ésta es la herramienta más utilizada en el marco de las investigaciones jurídicas “teóricas”.

⁷ Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁸ Código Civil Argentino. Vigente hasta el 1° de Agosto de 2015.

⁹ C.S.J.N., “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, Fallos 302:1284 (1980).

Con respecto a la delimitación temporal del presente trabajo, la misma tomara como punto de partida el año 2012 esencialmente, en el cual se estructura finalmente el “Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación”, y luego como otro año fundamental es el 2014, donde el Honorable Congreso de la Nación aprueba mediante Ley 26994 el Código Civil y Comercial de la Nación, el 01 de Octubre. Dicha Ley introduce cambios significativos en la vida jurídica a gran escala, y correlativamente sobre la sociedad en su conjunto.

En cuanto a los niveles de análisis, la investigación comprenderá el estudio de legislación, doctrina y jurisprudencia nacional.

De esta manera podemos decir entonces que el estudio que realizaremos, si bien acotado temporalmente, abordará la temática de la aplicación, alcance y circunstancias que determinen la interpretación de la ley y su correlativa función jurisdiccional, en base a la reforma introducida por el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

**CAPÍTULO I – INTRODUCCIÓN A LOS PARADIGMAS DEL CÓDIGO CIVIL
ARGENTINO**

Introducción

En el siguiente capítulo se comenzará a hacer una breve referencia del proceso originario de codificación en Argentina, para luego comenzar a introducirse en las esencias del Código Civil de Vélez Sarsfield, desarrollando los fundamentos y fuentes que han tenido influencia en la redacción. En ese sentido, se continuará con un análisis específico sobre las doctrinas jurídicas que han ceñido de manera fundamental las ideas doctrinarias sobre las cuales Vélez Sarsfield redactó el Código Civil de la época.

Es fundamental comenzar el desarrollo del presente trabajo explayándose sobre el origen histórico que tuvo la codificación Argentina mediante la sanción de dicho código, ya que es la mejor manera de introducirnos a conocer las doctrinas sobre las cuales deberemos hacer hincapié, y de ese modo poder ir teniendo una idea clara sobre el porqué de la reforma jurídica que ha introducido la legislación Argentina, el cual será desarrollado en su debido capítulo.

1. Análisis del Código Civil de Vélez Sarsfield

Para comenzar a introducirnos dentro del proceso de codificación que ha tenido Argentina originariamente, se deberán aclarar ciertos términos que hacen al estudio del presente capítulo, otorgándonos mejores conceptos para entender el surgimiento del Código Civil.

La codificación, definida como un “proceso que culmina con la reunión sistematizada de las normas jurídicas que integrarán el derecho positivo de un Estado en un libro único denominado código” (Tagle, 2005, p.45), en Argentina, tiene su apogeo mediante la sanción del Código Civil, obra del jurista cordobés Dalmacio Vélez Sarsfield, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 1871. Es decir, que se estructuró sobre los ideales del siglo XIX, en donde encontramos principios fundamentales que regían la época, marcados esencialmente por las “ideas liberales”.

Es una clara muestra de que nos encontramos frente a un tiempo donde impera la supremacía de la ley escrita en virtud de la cual el derecho reside sólo en las normas positivas, se sientan las bases para la fundación de la ciencia jurídica moderna, es decir, la “ciencia del derecho”, destacada como el surgimiento del iuspositivismo, a contrapartida de las ópticas iusnaturalistas que habían sido acuñadas anteriormente.

Concretamente, estamos frente a la culminación de la codificación moderna, iniciada con la sanción del Código Francés¹⁰ en 1804, que por primera vez en la historia reunía los caracteres estrictos definidos, para otorgarle el valor de "código". Se hace referencia a un cuerpo de normas jurídicas ordenadas conforme a un método y que reglamentan con exclusividad una determinada rama del Derecho, valiéndose de tres caracteres - sistematicidad, especialidad y exclusividad -.

En resumen, el Código Civil de Vélez Sársfield es quien después de casi cincuenta años de vida independiente del Estado Argentino, ante la necesidad social, política, económica y gubernamental, concreta la codificación definitiva, en un solo cuerpo que establece la unificación sistemática de los principios y normas jurídicas aplicables a la materia civil, contribuyendo de manera eficaz a la organización nacional.

1.1 Fundamentos jurídicos y lineamientos doctrinarios en su redacción.

Se localizan varias fuentes del Código Civil que influyeron en la redacción del mismo, se habla entonces a las obras e ideales que recurrió Vélez Sársfield para su confección.

El Código Civil fue escrito con una concepción individualista, liberal y burguesa, en base a la filosofía imperante en Europa en la segunda mitad del siglo XVIII. Es por eso que analizando el paradigma establecido por Vélez Sarsfield, podemos decir que encontramos ideales liberales, jusnaturales, individualistas, y por sobre todo positivista, aunque igualmente la doctrina a lo largo del tiempo ha realizado los análisis correspondientes y no han podido llegar a una conclusión en común que sea referente de las demás.

Dalmacio Vélez Sársfield escribió su Código siguiendo los lineamientos del liberalismo individualista de su principal fuente: el Código Civil de los franceses, cuya influencia se ejerció en forma directa mediante la reproducción o copia de la mitad de su articulado en unos casos, y en otros a través de los comentarios y estudios de sus más destacados juristas, cuyos nombres ilustran las notas explicativas del texto legal respectivo, en particular en los tres últimos libros. (C. Arias, s.f, p.13).

El Código Civil francés fue fuente directa de muchas disposiciones, pero ahora bien, el Esboço de Freitas tiene una influencia esencial en los tres primeros libros del Código

¹⁰ Código Civil de Francia. Aprobado el 21 de Marzo de 1804.

Civil, recibiendo indirectamente éste, a través de Freitas, el derecho romano más depurado de Savigny, y de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio¹¹, otorgando así bases positivistas estructuradas en las ideas de un constitucionalismo clásico.

La concepción del derecho en el Siglo XIX, acentuándose en un positivismo estricto, es regida por el racionalismo que consideraba a éste como un producto de la razón humana expresada por boca del legislador.

Carlos Cossío en su obra “Ideología y Derecho” (1962), al desarrollar su concepto sobre el entrecruzamiento de normas en el plano vertical, a propósito de la pirámide jurídica kelseniana, explica el carácter unitario y totalizador del ordenamiento jurídico, en donde la zona más próxima a la realidad está compuesta por las normas individuales, como son las sentencias, por encima de las cuales vienen otras normas cada vez más generales, que las predeterminan, hasta llegar a la constitución positivista, y por último a lo que Kelsen llama la norma fundamental, aquella que manda: “obedece al legislador originario”.

De todos modos, no es lógico encasillar la obra del Código Civil en una determinada escuela filosófica, sino como bien es sabido de público conocimiento que el jurista ha sido un verdadero ecléctico, pero igualmente, a pesar de esta participación ecléctica que poseía Vélez Sarsfield, debe considerarse que hay una gran raigambre constitucionalista, fundado en el Estado de Derecho, otorgando preponderancia a la Constitución en el sistemas de fuentes del derecho, estructurado en un positivismo normativo, ya que a lo largo del desarrollo del Código Civil y sus fuentes, se hace referencia a concebir al derecho como un conjunto de normas puestas (e impuestas) por las personas, debiendo recaer sobre la ciencia del derecho el estudio de las mismas, y en la práctica, aplicar e imponer el derecho así concebido como tal.

En resumen, al hablar de fuentes del Código Civil, la doctrina en general destaca que se puede nombrar como fuentes esenciales del mismo, las siguientes:

A. El derecho romano y la obra de los romanistas. Hacemos referencia a la elaboración de normas que organizaron la convivencia en sociedad de aquella época con sujeción a la justicia, por la vocación innata que el pueblo romano tenía por el Derecho. Debemos aclarar, que como bien dijimos anteriormente, la influencia del derecho romano en Vélez Sarsfield no fue tan directa, porque ninguna de sus disposiciones fue

¹¹ Siete Partidas. Cuerpo normativo redactado en la Corona de Castilla durante el reinado de Alfonso X.

extraída directamente de esa fuente, recibiendo la mayor parte a través del romanista alemán Federico Carlos de Savigny, a través de su obra Sistema de derecho romano actúan, en materia de personas jurídicas, obligaciones, dominio y posesión.

Dentro del derecho romano indirecto, debemos destacar la obra de los tratadistas españoles en la elaboración de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, ya que va a ser fundamental en nuestro trabajo de investigación, otorgándonos la fuente directa e indirecta del Artículo 16¹² del Código Civil Argentino.

B. La legislación española y el derecho patrio. Éstas subyacen en muchas de las instituciones reguladas en distintos artículos del código.

C. El Código Civil Francés, como fue señalado anteriormente. Es la fuente más directa sobre el Código redactado por Vélez, ya que la doctrina estima que hay copiados aproximadamente 145 artículos, y como fuente indirecta de la misma línea doctrinaria encontramos las obras de los comentaristas del Código de Napoleón.

D. El Esboço de Freitas. El anteproyecto de Código Civil para el Brasil, elaborado por Augusto Texeira de Freitas, influye especialmente en los tres primeros libros del código Civil, que contiene más de 1200 artículos tomados de aquella obra.

1.2 Liberalismo individualista en el Código Civil

Debemos destacar que frente al contexto ideológico de la Revolución Francesa:

Surge la necesidad de dictar un Código Civil para Francia, necesidad fortalecida por la situación jurídica el momento que presentaba una desordenada frondosidad legislativa configurada por el derecho de Justiniano, que ya no podía dar respuesta adecuada a las exigencias de una nueva sociedad. (Aldo M. Azar, 2002, p.12).

El liberalismo nació de la lucha contra el absolutismo, las desigualdades – económicas, sociales y personales- acarreadas en la sociedad, el nuevo Estado liberal surge desplazando al poder centralizado y autoritario para garantizarlas libertades y bienes individuales, inspirando en parte en la organización de un Estado de derecho con poderes limitados -que idealmente tendría que reducir las funciones del gobierno a seguridad, justicia y obras públicas- y sometido a una constitución como norma fundamental.

Bobbio (1994) definirá el liberalismo individual como una teoría que:

¹² Art. 16. Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Código Civil

Separa al sujeto del cuerpo orgánico de la sociedad y lo hace vivir, por lo menos durante una parte de su vida, fuera del seno materno... (...). Reivindica la libertad individual tanto en la esfera espiritual como económica contra el Estado; (...) Pone en evidencia la capacidad de autoformación, de desarrollar sus propias facultades, de progresar intelectual y moralmente en condiciones de máxima libertad de vínculos externos impuestos en forma coercitiva. (p. 121)

Es entonces una exaltación del "individuo" y una ponderación de la "libertad humana", cuyos límites se amplían más allá de lo debido; más aún, naturalmente, dada la bondad natural de la persona humana no le reconoce límite alguno en sus orígenes.

Es por eso que nuestro Código Civil de Vélez, producto de la época de su redacción, reflejó las ideas liberales del siglo XIX, y encontramos principios fundamentales que estructuran la obra sobre estos ideales:

- a) La autonomía de la voluntad. La voluntad formada en los contratos, libremente declarada, tiene la misma jerarquía que la ley (art. 1197 Cód. Civil¹³).
- b) La responsabilidad fundada en la culpa. La obligación de reparar el daño causado se funda en la culpa del autor del hecho ilícito (art. 1067 Cód. Civil¹⁴).
- c) Propiedad absoluta. Consagra el carácter absoluto de la propiedad (art. 2513. Cód. Civil¹⁵): el propietario puede destruir, desnaturalizar la cosa.

1.3 Constitucionalismo y positivismo en el Código Civil.

En este punto, creo correcto hacer una breve introducción al tema, para que sea correcto y lógico el análisis concreto en la adopción de los ideales constitucionales y positivistas dentro del Código Civil, a través de artículos esenciales que han plasmado las postulaciones de esta corriente.

El constitucionalismo clásico, iniciado a fines del siglo XVIII, fue influenciado fundamentalmente por la preocupación del constituyente de proveer a la defensa de los derechos y libertades del hombre, bajo la consigna, por un lado, de poner límites al Estado, y por otro, de otorgarles seguridades a los individuos frente a aquel. El resultado de ello ha sido el reconocimiento de los derechos de las personas, mediante la técnica de

¹³ Art. 1.197. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

¹⁴ Art. 1.067. No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

¹⁵ Art. 2.513. Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular. Art. sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968.

las “declaraciones de derechos”. Constituye así, un catálogo de derechos subjetivos individuales, es decir, de prerrogativas o facultades inherentes al hombre por su calidad de persona. Se consagran así, los denominados derechos de “primera generación”, atributos esenciales de la persona humana y sustrato para el goce de los restantes derechos. Ellos son: el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad y a la igualdad.

Ahora bien, es evidente que aquel entramado normativo representó el soporte constitucional de los principios cardinales del Derecho Privado patrimonial, en particular, de los ejes filosóficos que Vélez Sarsfield concibió para la regulación del contrato en el Código Civil sancionado en el año 1869, poco después de darse a luz la Constitución Nacional.

El autor Diego Hernán Zentner (s.f), hace referencia de manera exacta al tema, estableciendo que:

El marco económico contractual para el Código Civil no era otro que el sistema capitalista, donde la premisa es la propiedad individual, que este cuerpo normativo desarrolla y profundiza (arts. 2513 y ss.). A partir de ella, los individuos pueden disponer libremente de sus bienes a través de las formas jurídicas que el ordenamiento provee y en las condiciones que de común acuerdo sean pactadas. A su vez, puede decirse que, conforme el derecho judicial emanado de la Corte Suprema, los derechos y obligaciones emergentes de los contratos integran uno de los contenidos del derecho constitucional de propiedad.

En su concepción tradicional, el contrato importa una coordinación de intereses entre particulares, al que se arriba como resultado de un proceso de negociación de los contratantes en pie de igualdad. Esta consideración corresponde al estado de la ciencia del Derecho del siglo XIX, es decir, aquel en el que reinaba el paradigma del contrato de negociación individual, basado en el valor de la voluntad como fuente jurídica por excelencia (“solus consensus obligat”). El principio de igualdad ante la ley es el sustento racionalista de los postulados proclamados por la Revolución Francesa, lo que determina, en punto a la autorregulación privada, que, dentro de cierto marco, “lo libremente querido es justo”. No es ocioso recordar aquí que la principal fuente inspiradora del codificador en la materia obligacional fue, precisamente, el Código Napoleón. Todo ello determinó que el método de interpretación utilizado por el Derecho contractual se inspirara en el modelo

liberal-individualista, esto es, con eje en la autonomía de la voluntad y sin otras restricciones que el orden público y las buenas costumbres. Dicho modelo tuvo su gran protagonismo hasta prácticamente 1968. (p. 61-62)

Al enfocarse en el tema fundamental que se desarrollará, respecto de la interpretación de la ley y la función jurisdiccional, se puede decir que Vélez en la Articulación del Código Civil, a través de los Artículos 15, 16 y 17, hace predominar la división de poderes respecto de la capacidad de sancionar leyes del órgano legislativo, y el deber de dictar sentencias en la función jurisdiccional de los órganos judiciales, haciendo preponderar la idea estricta de que el juez en su rol, no debe apartarse del espíritu de la ley otorgada por el legislador.

Frente a esto, es que se puede decir que también se ve una influencia directa sobre estos articulados del positivismo o formalismo jurídico, y esencialmente dentro del artículo 22¹⁶ que establece: “Art. 22. Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial.”.

Indirectamente habla de uno de los postulados del positivismo, ya que el objeto de la ciencia jurídica desde esta orbita son las normas jurídicas positivas, es decir las creadas por el hombre para regir en una sociedad y momento histórico determinado, que tiene la tarea de la descripción de las relaciones funcionales que existen entre las normas jurídicas.

El Estado constitucional en este sentido, y valiéndonos de la ideología de Vélez plasmado en el código, puedo destacar la rigidez de la constitución y la justicia constitucional en el cual se ha hecho hincapié.

2 Fuentes y paradigmas jurídicos del Artículo 16 del C.C.

Ahora bien, es esencial analizar particularmente, el porqué de la incorporación del artículo 16¹⁷, que reza: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.”, ya que como podemos observar, nos

¹⁶ Art. 22. Cód. Civil.

¹⁷ Art. 16 Cód. Civil.

encontramos frente a un apartamiento de las ideas del positivismo estricto –metódico- y su concordancia con el constitucionalismo seguido por el jurista en esa época, en donde como bien ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “...la regla de interpretación prevista en el artículo 16 (del Código Civil) excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno” (Fallos 312:957¹⁸).

Habiéndose realizado una búsqueda minuciosa para encontrar la fuente directa de éste artículo, es sorprendente detectar que el artículo en cuestión proviene de “Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio”, que indirectamente el codificador la tomó a través del Código de Austria, el cual remite en su art. 7º un texto muy parecido, solamente que en su caso agrega que, no pudiendo el juez salir de la duda, de hecho o de derecho, remita la causa al Soberano para que la decida” (nota art.16 Cód. Civil).

Su planteamiento histórico en la edad contemporánea arranca de la codificación napoleónica. El Código Civil francés de 1804 (art. 4) sancionó la obligación del Juez de resolver con arreglo a derecho los litigios ante él planteados; pero carecía de regla para solucionar los problemas derivados de la oscuridad o las lagunas de la ley. Ya en la discusión ante el tribunafo surgió este problema y los ponentes del proyecto mantuvieron su redacción invocando las facultades interpretativas de los juzgadores, lo que se abría a aplicar la analogía y los principios generales del derecho, pero sin sanción legal de estos instrumentos jurídicos. En cambio, el casi contemporáneo Código austriaco de 1810-1811 (art.7) admitía formalmente el recurso a la analogía y al derecho natural. La diferencia entre ambos Códigos obedecía a un trasfondo doctrinal, pues los redactores del austriaco pertenecían a la escuela del derecho natural, mientras en la Francia postrevolucionaria predominaba la idea de separación de poderes heredada de las doctrinas del Marqués de Montesquieu. Los ordenamientos legales posteriores, como es el caso del Código Civil Argentino, recogieron la obligación judicial de resolver; en gran medida siguiendo el modelo francés, pero ante el insoslayable problema de las lagunas legales, se dividieron en caminos distintos, llegando de maneras diferentes al enfrentamiento del problema acarreado.

En este sentido, la vida institucional de la justicia, ha sido marcado por la idea de que tras todo sistema de fuentes del Derecho subyace un problema político (por

¹⁸ C.S.J.N., “Municipalidad de Olavarría c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 312:957 (2004).

cuanto el derecho promulgado es manifestación del soberano o supremo poder humano de mandar) y social (ya que tras la normativa positiva, subyacen las fuerzas sociales que aspiran a predominar, trátase de la burguesía, la aristocracia, los jueces, los funcionarios, u otra fuerza social). Las diferencias entre los Códigos francés y austriaco responden a este fenómeno. En particular el francés refleja el temor a extralimitaciones de poder por parte de los jueces. Este mismo fenómeno aun cuando operando con signo político distinto, se acusa en el Código soviético. (Lluís Y Navas, s.f, p. 3-4)

Obviamente la interpretación de la ley no significa creación de una norma, siempre y cuando mantenga el espíritu de la ley otorgado por el legislador al momento de sancionar la ley, sino desentrañar su significado preexistente (en la práctica de una sociedad determinada); el dado por alguno de los poderes habilitados para ello, el Legislativo o el Ejecutivo por sus facultades de iniciativa y de veto o promulgación. Lo contrario acarrea la nulidad del acto judicial.

Este es el sistema jurídico vigente en la Argentina por disposición constitucional, por lo que un nuevo Código no podría establecer algo diferente. La jurisprudencia no puede ser fuente formal de derecho, ni aun en el caso del art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que dicho artículo asigna carácter obligatorio a la interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria. "Obviamente, interpretación de una norma vigente no significa creación de la misma, los jueces interpretan, esto es, desentrañan el exacto significado de una norma preexistente creada por los poderes colegisladores." (Córdoba, 2011, p.2).

El sistema argentino es muy diferente al de los países anglo-sajones que están naturalmente más inclinados a pensar en términos de teorías sociológicas de derecho. Para ellos el juez aplica el derecho que fue "legislado" por el juez del precedente.

Desde el punto de vista de los valores, la referencia al derecho positivo legislado del artículo 16¹⁹ se apoya normativamente, en el valor de la coherencia del ordenamiento normativo y sociológicamente en el valor de la previsibilidad del plan de gobierno en marcha, que se expresa en la legislación.

Es indudable que el Código de Vélez Sarsfield entendía que podrían existir lo que hoy se denominan "casos difíciles" o, en la terminología de Schauer, "casos

¹⁹ Art. 16 Cód. Civil

recalcitrantes". El artículo 15 del mismo Código obligaba imperativamente a los jueces a fallar. No podían esgrimir no hacerlo bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. ¿Significa esto que el sistema jurídico era completo en virtud de los artículos 16 y 22? No parece. El artículo 16 le confería al juez un grado de discreción limitado a los casos difíciles, ya sea porque no había una solución normativa, o por razones de la textura abierta del lenguaje normativo. En este sentido no puede más que afirmarse que en el derecho podía existir un grado de indeterminación parcial que autorizaba a los jueces a ejercer la discreción en sentido fuerte, pero sólo en algunas cuestiones civiles. El legislador no dictaba un sistema tan complejo de normas civiles, sólo para que los jueces se guiaran por ellas de manera optativa. (Barbarosch, 2012)

2.1 Relación intrínseca con el Artículo 15 y 17 del C.C.

El Derecho Civil argentino, tiene constituido un sistema material, en virtud del artículo 15 del Código Civil, que dice “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. En concordancia, los artículos 16 y 17 indican cómo deben juzgarse los casos “más allá” de lo establecido en las leyes.

Habiendo ya analizado el texto del artículo 16, debemos aproximarnos al estudio del Artículo 17 que establece: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente”. Este texto del artículo 17 surge con el alcance referido según la modificación dispuesta en la ley 17.711. La disposición redactada por Vélez Sarsfield, inspirada en la escuela de la exegesis, indicaba: “Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o practica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos”. El cambio así operado en el artículo 17 significa que, desde la exclusiva admisión de la costumbre según la ley, se ha pasado a la aceptación literal de las costumbres secundum y praeter legem (en ausencia de la ley) y a la posibilidad de que mediante la interpretación histórica -sobre todo por la supresión del primer párrafo del texto de Vélez- se acepte, como creemos acertado, también la costumbre contra legem (contra la ley).

En la redacción de Vélez, ambas disposiciones eran concordantes: siempre prevalecía lo establecido por las leyes, aunque en última instancia cabía entender que los “principios generales del derecho” del artículo 16 abarcaban no sólo el derecho

positivo sino también el derecho natural y en definitiva la justicia, cuya supremacía surge de los fines de la Constitución y de la naturaleza misma de lo jurídico. La reforma al artículo 17 ha suscitado el interrogante acerca de cuáles prevalecen, los usos y costumbres praeter o contra legem o la analogía y los principios generales del derecho positivo. Este interrogante se vincula con la discusión que motivó la reforma 17.711 acerca de la igualdad o desigualdad de jerarquía que, para la interpretación, debían tener las disposiciones antiguas y las de la reforma. A nuestro entender, por considerar que la ley 17.711 es posterior y que de cierto modo el legislador de la reforma ha repensado y “re-establecido” el Código con su propia orientación, debe darse preeminencia a sus soluciones. De este modo, están quienes creen que la admisión de los usos y costumbres praeter contra legem prevalece sobre los recursos a la analogía y a los principios generales del derecho positivo.

Ahora bien la doctrina en general, asume que existen argumentos interpretativos sólidos que inclinan a la equiparación de la analogía, los usos y costumbres y los principios generales del derecho.

Reflexiones finales

Los postulados sobre los cuales se desarrolló la redacción del Código Civil de Vélez Sarsfield presentan una concepción jurídica del Derecho en base a la época en la cual fue redactado, podemos resumir que esencialmente encontramos ideales doctrinarios liberales (acarreados por el Código Francés), positivistas (indirectamente a través de los autores como Savigny, el Código de Freitas), constitucionalistas (por el propio sistema de Derecho acentuado en la Constitución Argentina), iusnaturales (ideas que datan del mismo Vélez Sarsfield, quien abocado a sus orígenes familiares, religiosos y de su educación recibida posee esta concepción del hombre como eje central en un Estado de Derecho). Claro está que entonces nos encontramos frente a un código ecléctico, redacta para la época a la cual se correspondía, pero que por el paso del tiempo fue quedando incompleto ante las necesidades de una sociedad moderna.

Debemos resaltar la introducción de dos artículos esenciales que han hecho al desarrollo del presente trabajo, hablamos de los Artículos 16 y 17²⁰, y en base de ellos es que nos orientaremos en el segundo capítulo a desarrollar los sistemas jurídicos que hacen al Derecho y sus distintas concepciones doctrinarias que pueden existir, dejando

²⁰ Artículos 16 y 17 Cód. Civil.

lugar a tratar específicamente las incompletitudes de los mismos ante los casos difíciles y las maneras de resolverlos.

CAPÍTULO II – SISTEMAS DE DERECHO Y TEORÍAS JURÍDICAS

Introducción

En el siguiente capítulo, se explayará sobre las perspectivas jurídicas que afrontan los sistemas de derecho, volcándose específicamente a tratar el tema desde la óptica de la lógica y argumentación jurídica, a través de los autores Juan C. Bayón, y el desarrollo específico que han proporcionado los autores Alchourron y Bulygin en su manual de “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”.

En la primera parte se hará referencia a dar los conceptos claros que la doctrina en general le otorga a la interpretación del derecho y el rol de los jueces en el ámbito de la función jurisdiccional, ya que éstos son pilares fundamentales en todo Estado de Derecho, y como bien lo establece la Constitución Argentina desde su nacimiento, ella asienta sus bases en la creencia de las garantías institucionales y procesales, que prescriben limitaciones al ejercicio del poder político, y resguardan, protegen, aseguran esa preeminente dignidad humana y el efectivo ejercicio de los derechos que la integran, frente a sus eventuales violaciones o impedimentos arbitrarios. Hacemos referencia a estos ideales, ya que al hablar del término “activismo judicial”, dependiendo de la doctrina e ideología que cada uno tome, podemos hacer referencia a una desviación del poder o de la función jurisdiccional que poseen los jueces ante la incompletitud de las normas, o la falta de racionalidad sobre el caso concreto, para dar lugar a su interpretación personal del derecho, avocándose a continuar con su función/deber de dictar sentencia sobre cada caso que se le presente desde distintas ópticas para resolverlo.

Es lógico desarrollar estos temas en este punto del trabajo, ya que comenzar a hablar de los conceptos referidos antes de hacer específica referencia a el cambio paradigmático que establece el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, otorga mayor claridad al tema para poder entender el porqué de la reforma, y ser crítico en el desarrollo del articulado concreto, que ponderan un cambio fundamental en la teoría jurídica del derecho. Ahora bien, también parece ideal hablar de estos conceptos luego de haber desarrollado los ideales y fundamentos del Código Civil de Vélez Sarsfield, porque la esencia del trabajo comienza sobre nuestro origen de la codificación en Argentina, en el cual se plasmaron distintos paradigmas sin aún ser estudiados de manera completa.

En cierta medida, Vélez Sarsfield en muchos casos resultó ser un adelantado doctrinariamente (se podrá discutir si estos ideales le pertenecen originariamente a él o

simplemente él continuó doctrinas que ya habían surgido, pero no viene al caso en el presente trabajo), ya que por ejemplo se encuentran notas de carácter Kelseniano, un positivismo formalista, y claro está que con la incorporación del Artículo 16²¹, como ha sido desarrollado, hasta cierto punto se puede hablar de hallazgos Neo-Constitucionales, pero como se sabe, casi 100 años atrás.

1 Teoría del Derecho: Sistemas de Derecho y doctrinas jurídicas

1.1 La interpretación del Derecho

Para comenzar, se debe concebir que el derecho (la norma jurídica) se exprese en lenguaje, y frente a esto nos encontramos que quien debe apreciar la norma, valorarla y aplicarla, se encuentra con problemas comunes al lenguaje.

Ello ocurre porque el derecho emplea el lenguaje natural mayoritariamente en la formulación de sus normas y sólo de manera acotada el lenguaje técnico. En general, se sostiene que es preferible la utilización del lenguaje natural para facilitar el conocimiento del común de la gente, y solo cuando sea necesario utilizar lenguaje técnico.

Entre los problemas que se pueden mencionar, referidos a las palabras, se encontrarán los de:

- a) Ambigüedad: Se da cuando un término denota más de un objeto.
- b) Vaguedad o imprecisión: Se da cuando no es posible precisar en un término las características definitorias, es decir lo que dicho término designa.

En consecuencia, dentro de cada sistema normativo, en gran cantidad de medida (no es el ideal que suceda muchas veces) las normas jurídicas no son claras respecto de qué es lo que disponen, por haber incurrido en algunos de los dos problemas anteriormente descriptos, y deben por lo tanto ser interpretadas para aclarar lo que significan.

Habiéndose introducido en el tema, la interpretación de acuerdo al diccionario de términos jurídicos "Es la explicación del sentido de una cosa, especialmente el de los textos". Igualmente algunos autores, partiendo de la definición académica se expresan expresando que es la explicación de los textos faltos de claridad, lo que no compartimos, ya que como bien estipula la doctrina mayoritaria, la interpretación de las

²¹ Art. 16 Cód. Civil.

normas, no implica textos faltos de claridad, sino que profundizan sus alcances analizando lo que debe entenderse y aclararse ante situaciones concretas.

Partiendo del hecho aceptado de que las normas deben ser interpretadas para comprender qué conductas regulan y cómo las regulan podemos distinguir entre los sujetos de la interpretación (quién interpreta) y el objeto de la interpretación (para qué lo hace).

De este modo, se podrá decir que, en primer lugar, todos interpretamos diariamente las normas para convivir en la sociedad; en nuestro actuar diario, consciente o inconscientemente, interpretamos qué es lo que las normas jurídicas disponen sobre nuestra actuación.

Más allá de este ejercicio de interpretación generalizada que realizarán las personas, todos los días, existen aquéllas que, en el ejercicio de sus funciones específicas, deben diariamente interpretar normas.

Es lógico determinar que no puede existir ningún ordenamiento jurídico sin una función interpretativa, porque las normas están destinadas a ser seguidas y cumplidas por personas con caracteres individuales.

La vida humana, las realidades sociales, en las cuales se debe cumplir y aplicar las leyes, son siempre particulares y concretas. Es decir que correlativamente, para cumplir o aplicar una ley es necesario convertir la regla general (constitución, reglamento, ley) en una norma individualizada, particularizada a cada caso concreto, transformar los términos abstractos en pautas concretas. Y esto es precisamente lo que se llama interpretación. En un sinnúmero de casos se efectúa una interpretación de las normas por los sujetos obligados. Claro que esta interpretación directa vale y se desenvuelve mientras no surja un proceso. Cuando se plantee éste, entonces el órgano jurisdiccional determinará si la interpretación popular, era o no correcta. (López Desimoni, 2006, p.4)

El primero de estos sujetos, que tiene la necesidad de interpretar normas en el ejercicio de sus funciones, es el legislador. Evidentemente, para redactar una ley, es necesario conocer (e interpretar) qué disponen las normas que ya se encuentran vigentes (o no, habiendo temas sociales que son totalmente innovadores, requiriendo una mayor labor para examinar qué tipo de norma debe dictar para determinada situación) sobre la temática que se pretende legislar. Luego, puede ocurrir que el legislador realice,

mediante una ley, un ejercicio de interpretación. A esta última, la interpretación que pretende aclarar el texto de una ley, y lo hace a su vez por otra ley, se la denomina “interpretación auténtica”, porque es la interpretación inclinada por los legisladores en una ley sobre lo que debe interpretarse sobre el contenido de otra ley.

Pero claro está que el ejercicio de interpretación más notable y relevante, por su rol en la conformación del derecho, lo ejercen los jueces que son los que deben resolver los conflictos que las partes les plantean aplicando esas normas vagas y ambiguas, siendo ésta una tarea indesligable para el juez en base a la función jurisdiccional que se le ha otorgado.

Ahora bien, la realización de este ejercicio de interpretación puede recurrir a diversos métodos al momento de resolver la pregunta sobre, cómo se interpreta.

Habiendose investigado el origen judicial de la interpretación, la doctrina nos otorga el dato de que Benjamín Cardozo, magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se planteó el problema de la Interpretación del Derecho. Este jurista, realizando un análisis de sus experiencias judiciales, trató de darse cuenta de cuáles eran los métodos que se empleaban para otorgar una solución justa ante la situación jurídica acarreada, y se encontró, con que se servía de diferentes clases de métodos (López Desimoni, 2006). Es importante destacar, que él no pudo responder a la pregunta de cuál de todos estos métodos empleado por él o sus colegas, era el más elocuente, cual tenía prioridad sobre los demás y cuales otros solo aplicación subsidiaria. Lo que Benjamín Cardozo se proponía respecto de cada litigio cometido a su jurisdicción, era encontrar la decisión más justa, entre todas las posibles. Para ello iba ensayando cada uno de los distintos métodos, y en cada caso se quedaba con aquel que conducía a una solución más justa, que es el fin de la justicia, como función primordial del Estado de Derecho respecto al poder judicial.

1.2 Métodos de Interpretación.

A continuación haremos un breve desarrollo, pero muy útil, sobre las distintas modalidades de interpretación que puede realizarse sobre la ley específicamente, desde una órbita lógica-jurídica.

1.2.1 Método exegético o literal.

“Este método propone realizar un estudio de las palabras utilizadas por el legislador al sancionar la norma, y realizar una interpretación literal de las mismas” (Lubertino, 2009).

“Así, de una aplicación, al particular, de las pautas interpretativas fijadas por esta Corte en cuanto a que "la primera fuente de exegesis de la ley es su letra" (Fallos: 304:1820; 314:1849²²) y que "no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos" (Fallos: 313:1149²³).

1.2.2 Método que remite al espíritu de la ley

Cuando la respuesta no puede encontrarse en la interpretación literal de la norma, el método que remite al espíritu de la ley pretende que el juez realice su interpretación guiado por las ideas centrales a partir de las cuales se estableció la norma. El juez deberá averiguar cuáles son las razones que inspiraron el dictado de la norma. (CBC – UBA, 2014, p.43)

1.2.3 Método que remite a la voluntad del legislador

Este método supone que el juez debe, al momento de interpretar una norma, remitirse a la voluntad que el legislador expresó en el debate parlamentario. Sabemos que los debates que suceden en el Congreso de la Nación son transcriptos y se encuentran disponibles para su consulta. Esta rutina propone que el juez se remita a los fundamentos y explicaciones que el legislador otorgó al momento de sancionar la norma. (CBC - UBA, 2014, p.43)

1.2.4 Método que propone recurrir a la analogía

“El método de la analogía supone que, si el juez no cuenta con una norma clara, debo recurrir a otra norma que regule un caso similar al que debo resolver“(CBC – UBA, 2014, P.43).

1.2.5 Método que recurre a los principios generales del derecho

El siguiente método, según lo establecen los autores Alchourrón y Bulygin (2010), el juez o la institución que deba aplicar la ley desde su rol, debe recurrir a los principios generales del derecho supone que si el texto de una norma no es claro, debo tomar como guía para su interpretación a las ideas fundantes del sistema jurídico.

²² C.S.J.N., Fallos 304:1820; 314:1849.

²³ C.S.J.N., “Acosta”, Fallos 313:1149 (1994).

1.2.6 Método sociológico

El método sociológico propone tener en cuenta, al momento de interpretar el texto de una ley, los cambios sociales que se han producido desde que la ley fue sancionada hasta el momento que debe aplicarse (Alchourrón y Bulygin, 2010). Busca “adaptar” el derecho a los tiempos actuales mediante la interpretación.

1.2.7 Método de interpretación libre

Este método, difícil de aplicar libremente en un Estado de Derecho de raigambre constitucional como eje central, propone que el juez interprete la ley según su sentir, sin sujetarse a método alguno, obviamente adecuándose a los parámetros constitucionales que hacen a su deber dentro del poder judicial, aplicando la función jurisdiccional (CBC – UBA, 2014).

2 Los sistemas de Derecho

En este punto, se desarrollará la concepción de un sistema de Derecho, pero sin profundizar el tema respecto a la lógica-jurídica, sino que se partirá desde la concepción de que se entiende por sistema jurídico al conjunto de las normas, instituciones y los agentes que hacen al derecho que rige en un determinado territorio.

Este sistema mantiene una relación directa con el ordenamiento jurídico (el conjunto sistematizado de leyes, normas y reglas), es decir que como bien determina Kelsen en su doctrina, debemos entender que la aceptación de un ordenamiento jurídico que nos otorga determinadas normas, nos lleva a enfrentarnos ante un sistema complejo de deber de actuación, el cual posee una forma de proceder sobre las distintas etapas que conlleva la norma jurídica en sí.

De esa manera, el sistema jurídico reúne las estructuras y las modalidades del funcionamiento de los órganos, instituciones y componentes sociales encargados de la aplicación e interpretación de las reglas de Derecho, así como de aquellos que las crean o influyen en su creación, interpretación y modificación. En este sentido hablamos desde los puntos de vista de la creación de la norma por un sistema legislativo, y su posterior proceder que conlleva la función del juez ante la irrupción de la norma por un particular, otorgando su apreciación y aplicación de la misma en el caso concreto.

2.1 Los sistemas incompletos y la relación con las lagunas del Derecho.

Ahora bien, ante el sistema que se ha expuesto anteriormente, se establece que como propiedad esencial -ya que forma parte de ella, definiendo así también el tipo de sistema normativo- (querida o no) surgen lagunas normativas, las cuales consisten en el hecho de que el juez no encuentre ninguna solución legal al problema que se le plantea: el orden jurídico no se ocupa de ello, o al ocuparse, lo realiza de manera parcial y no encuentra solución ante el caso concreto planteado (Alchourrón y Bulygin, 2010, p.219 y ss.). Es decir que el caso presentado al juez no ha sido previsto por el legislador, entonces no existe en el orden jurídico una categoría en la que el juez pueda subsumir el caso individual sometido a su fallo. Cuando esto sucede, estamos en presencia de una laguna del Derecho.

Ante esta situación, es que se deberá hacer hincapié en determinar cuál va a ser la solución expuesta por el mismo, y claramente, si el conflicto tiene una vía de solución ya determinada con anterioridad, debemos hablar de un sistema “completo”, aunque falle la norma de aplicación, porque el fin querido por la función jurisdiccional y la norma van a ser subsanados de alguna manera posterior a través del juez. Pero, si ese sistema ante el planteamiento del problema, no posee una solución ya determinada con anterioridad, y nos subsumimos en una clara laguna del Derecho, sin ofrecer un procedimiento ante la misma por parte del juez en su deber, nos enfrentamos a un sistema “incompleto” que deberá buscar una vía alternativa de resolución al caso concreto (Dworkin, 1980, p.64).

2.2 Apreciación de los “casos difíciles”.

En correlación a las lagunas normativas, encontramos que el jurista Ronald Dworkin (1988), concibe que nos tropezamos ante un caso difícil cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente a través del poder legislativo; el juez –de acuerdo con esta teoría- tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido. De esta manera, cuando ninguna norma previa resuelva un caso, Dworkin determina que es objetivo otorgar el derecho a alguna de las partes en conflicto, y que, independientemente de la existencia de la laguna legislativa, será el juez quien deba descubrir que derechos tienen las partes en ese momento, sin necesidad de inventar retroactivamente derechos nuevos.

Mediante los casos difíciles, Dworkin (1988) cuestiona y manifiesta la falta de certeza del derecho en determinadas circunstancias y, desde esta posición deshace el modelo de función judicial positivista y el mito de la certeza, poniendo de manifiesto

que la existencia de sentencias diferentes sobre casos difíciles iguales se debe a la existencia de normas contradictorias, o bien a la inexistencia de una norma aplicable al caso concreto. Para proporcionar una solución, relaciona los casos difíciles con los derechos, y plantea así una cuestión de teoría política, más que de teoría jurídica, y que por tanto, demandarán una solución acorde con la doctrina de la responsabilidad política, es decir, "no se pueden tomar otras decisiones políticas que las que puedan justificarse dentro del marco de una teoría política general que justifique también las decisiones relacionadas con el caso sobre el que se discute o ha de resolverse" (Dworkin, 1984, p.93).

La posición de Dworkin en relación a los casos difíciles no es sino una aplicación tónica de su crítica del positivismo jurídico que ya conocemos; una denuncia sobre que el positivismo jurídico no es sino una aplicación mecánica del derecho que no sirve en situaciones en las que el sistema no tiene prevista una solución y en los casos en que la aplicación de acuerdo con el sistema establecido, exista o no norma predeterminada, sea flagrantemente injusta. Esto supone que la certeza de las tesis positivistas es insuficiente, ya que el hecho de que exista un margen de discrecionalidad en la aplicación del derecho impide alcanzar el ideal de una única solución correcta para cada caso.

De esta manera, Dworkin construye una concepción o teoría general del Derecho como integridad basada en los derechos individuales, proponiendo cómo han de tomarse las decisiones judiciales en los casos difíciles y defendiendo la existencia de una única solución posible para cada caso jurídico, junto a su rechazo a la existencia de un margen amplio de discrecionalidad en la interpretación jurídica, lo que Hart denominaba la "textura abierta del derecho". Pero debemos resaltar que la concepción construida por Dworkin hace en cierta medida una contraposición de valores, principios y derechos, otorgando prioridad a aquél que el juez crea que se asimile de mejor manera con lo establecido en la pirámide constitucional de cada sistema jurídico.

En resumen, para dar una solución Dworkin relaciona los "casos difíciles" con los derechos, a través de un proceso de razonamiento que organice una teoría de la constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas, es decir, en determinadas circunstancias, la decisión jurídica deberá tener en cuenta además una visión particular de moralidad política, lo que implica que al momento de tomar una decisión no se pueda separar la moral política y derecho.

3 Polémica filosófica “Dworkin Vs. Hart”

En primer medida es correcto hablar de la discrepancia que han tenido estos autores, ya que abarca en gran medida sobre los temas centrales que giran en torno al trabajo actual, siendo ambos autores fuentes directas de las doctrinas que han dado surgimiento a ciertos ideales que se plasman en la reforma dentro del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Principalmente, el tema discreción judicial es uno de los puntos centrales de la diferencia de perspectiva entre Hart y Dworkin, aunque el debate entre ambos se suscita en torno a la concepción del derecho. “El concepto de derecho de Hart intenta presentar una visión moderna y estilizada de positivismo jurídico, que a la vez sea neutral políticamente” (Alegre, 2008), explicó el jurista en el ciclo de conferencias de Filosofía del Derecho. En este sentido, el núcleo de la tesis de Hart es el derecho como “la unión entre reglas primarias y reglas secundarias”. Esencialmente el cambio jurídico entorno a las doctrinas del derecho, ponderan la idea de que podamos distinguir sistemas primitivos del derecho de sistemas más modernos de derecho por la existencia en los segundos de reglas secundarias. En los sistemas desarrollados no solo existen normas que autorizan o prohíben (reglas primarias), sino que también nos encontramos con reglas sobre las reglas (reglas secundarias): métodos para identificar cuando las normas cambian, como se aplican las normas en caso de diferendo, y la regla de reconocimiento, la regla maestra de las secundarias, que permite identificar las normas válidas de un sistema, es decir, por ejemplo, si estas han sido dictadas de acuerdo a los procedimientos autorizados por los textos constitucionales.

Hart, ante las críticas recibidas por parte de Dworkin, afirma que se tratan de dos proyectos de derecho diferentes, descriptivo el suyo, y normativo el de Dworkin. La doctrina en general da a entender que ambos autores perseguían el mismo objetivo, el de explicar los rasgos salientes del derecho contemporáneo, es por eso que la controversia tiene vigencia, en cuanto que las dos posiciones acarrearán diferentes concepciones de la enseñanza del Derecho y del contenido de la Filosofía del Derecho.

Se debe destacar que en dicha conferencia, el jurista Eduardo Barbarosch (2008) consideró que “Dworkin en su última obra “Justice for Hedgehogs” sostiene que se tiene que abandonar la visión ortodoxa en cuanto a la interconexión entre derecho y moral. Él busca una forma de unicidad de los valores y, de esta manera cree que hay una estructura arbórea, y en la cual el derecho es una rama de la ética. Así quedaría resuelta

la polémica entre la división que el positivismo jurídico desde su visión arquimédica plantea entre el “es” y el “debe”.”.

En resumen, se podrá decir que se encontrarán frente a dos posiciones doctrinarias respecto al Derecho en sí, pudiendo determinar que si se adpta la perspectiva del autor Dworkin se pondrá en un plano de igualdad los principios y las reglas, debiendo establecer el derecho en un doble orden. Ahora bien, la tesis de Hart nos establece que el modo de concebir al derecho desde la óptica positivista, no es tan inflexible y pragmática, sino que se ha sido haciendo más flexible adecuándose a los sistemas de derecho más modernos, aceptando las nuevas normas morales y principios individuales, siempre imperando el respeto a la norma anterior y estructurada sobre el poder legislativo u órgano que dictó dicha norma.

Luego ambos autores hacen una breve referencia sobre la incompletitud de los sistemas, que nos dan lugar a lo que hemos desarrollado anteriormente en base a los casos difíciles planteados por Dworkin, y podemos decir que la influencia de Hart está visible sobre el planteamiento de resolución de estas lagunas normativas, en base a otorgarle preponderancia al sistema jurídico como un todo, con un eje central que es la Constitución Nacional Argentina en nuestro caso.

4 La era Neo-Constitucional del Derecho.

4.1 Tratamiento que le otorga a la interpretación del Derecho y el activismo judicial.

Se ha anticipado que, en cierta medida el Código Civil de Vélez se adelantó doctrinariamente al Neo-Constitucionalismo en la incorporación del Artículo 16 y 17.

En este apartado, se explayará sobre los ideales que plantea esta doctrina, y podremos observar cómo se asemejan con la visión de Vélez en las disposiciones de dichos artículos.

Ante el desarrollo social y económico de un Estado, es lógico que el Sistema de Derecho también vaya evolucionando de ciertas maneras, en este sentido, ante los surgimientos de las nuevas formas de derecho en los Estados, nos encontramos frente al denominado Estado Neoconstitucional, el cual esencialmente nos viene a establecer nuevos caracteres de la interpretación del Derecho, es decir que prevé herramientas interpretativas más amplias, sujetas a nuevos valores, en referencia a los principios y

valores, por oposición a la aplicación de la ley como parámetro tradicional de solución de las controversias.

La interpretación en el Estado neoconstitucional asume un contexto diferente al de la justicia común. Se exige (pero siempre como eje central sentado sobre los derechos fundamentales) una motivación de contenidos más profundos, de discernimiento de supra valores en relación a los derechos esenciales de las personas, y se busca, como fin supremo, la compatibilidad entre los principios, valores y criterios que emanan de la Constitución y los conflictos que afectan a las personas. En ese modo, la interpretación constitucional marca una importante diferencia con la tradicional interpretación del Derecho que manejamos en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en los cuales la observancia del principio de legalidad, la prevalencia de la ley y el acatamiento del principio de congruencia, representan otro modo de discernir los conflictos jurídicos.

Creo que es correcto establecer que a medida que los derechos fundamentales evolucionan, concurrimos hacia nuevos sitios de producción jurídica en la doctrina constitucional. El principio de progresividad de los derechos fundamentales encuentra aquí su auge en tanto que a mayores herramientas interpretativas, mayor evolución favorable de los derechos fundamentales de las personas, prohibiéndose regresiones o restricciones severas respecto de estos derechos.

Continuando estas ideas, el autor Prieto Sanchís (2001) indica, en este sentido, que el neoconstitucionalismo “representa la incorporación de postulados distintos y contradictorios e impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del derecho”. Es totalmente adecuada esta concepción del autor, ya que como bien veníamos desarrollando, las nuevas herramientas de interpretación que esta doctrina propone, nos plantea la interrogante válida de cuánto está cambiando nuestra tradicional forma de resolver los conflictos. Si bien antes al juez antes solo le bastaba acudir a la ley para resolver una controversia, hoy en día la evolución constante de los derechos fundamentales en el plano de los ordenamientos jurídicos nacionales, y de los derechos humanos en la justicia supranacional, con un marcado carácter de progresividad, nos hace reflexionar sobre la insuficiencia de los métodos de interpretación propuestos a comienzos del siglo XIX, para la dilucidación de controversias que, en forma constante, van a implicar valorar la aplicación de principios frente a normas, e inclusive, en otros casos, van a significar la confrontación de principios unos frente a otros.

Frente a estos ideales, Zagrebelsky (1995), ex Presidente de la Corte Constitucional italiana, establece que:

El Derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho (...) La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente de Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista. (p.65)

Reflexiones finales

Se puede inferir, a tenor de lo expuesto, una tendencia común a redefinir los criterios primigenios del Estado Constitucional, reposicionando tendencias definidas y orientadas hacia una nueva forma de entender el Derecho, a una reformulación de las premisas tradicionales en que el sistema de fuentes fue concebido. En el Estado neoconstitucional, variamos los supuestos de antaño de la forma del Estado, redefinimos la fórmula política hacia una concepción más garantista de las demandas sobre derechos fundamentales y replanteamos la forma de resolver las controversias constitucionales.

Entorno a esto, hemos podido desarrollar los orígenes formales de un sistema jurídico, y las formas de resolver los problemas que se nutren ante ellos mediante las lagunas normativas, en donde desde distintas ópticas creo lógico decir que estamos frente a un cambio radical en la interpretación del derecho, no sólo desde el orden nacional, sino que internacionalmente y sobre todo en América Latina, estos ideales son desarrollados en gran medida, lo cual me parece correcto, siempre y cuando tengan un fundamento y orden lógico en correlación con la Constitución que prevalece y origina todo sistema.

De este modo, damos paso al desarrollo del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el cual observaremos como todas las doctrinas anteriormente expuestas, han sido tomadas en mayor o menor medida.

**CAPÍTULO III – PARADIGMAS DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACIÓN**

Introducción

Es claro que la aprobación y puesta en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina ha significado un gran cambio en el entorno jurídico a nivel nacional, y principalmente sobre los paradigmas de aplicación del derecho por parte de los jueces, e indirectamente en la sociedad y sus relaciones particulares, que ante los eventuales conflictos deberán ser dirimidos por los jueces.

Se estaba frente a un Código redactado claramente en otro contexto social, texto que data del año 1862, donde el cambio de paradigma social, cultural y económico ha sido abismal, y aplicarlo a la sociedad del Siglo XXI quedaba en muchos aspectos totalmente obsoleto.

1 Análisis Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Al avocarse al tema de referencia, hay un viraje claro acerca de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho por parte de los jueces, y esencialmente sobre las fuentes de aplicación del derecho, determinando la distinción entre el derecho como sistema propiamente dicho y la ley; bases que han sido establecidas en el fundamento del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en donde se incluye un Título relativo al derecho, y otro referido a la ley como fuente principal.

Es claro que en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación encontramos dos fuentes esenciales, y al mismo tiempo se convierten en justificaciones en el actuar de los jueces sobre la interpretación de la ley concreta, en donde “El papel del juez puede ser definido... como aquel soporte de la democracia representativa y un elemento corrector de los demás poderes constitucionales” (R. Bergalli, 1994 págs. 439 y 443).

La decisión jurídica comienza por las palabras de la ley, pero se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador, y se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación. Al mismo tiempo, cabe destacar la influencia de un Neo-Constitucionalismo que aporta la aplicación de los principios y valores jurídicos de la doctrina, y de los mismo jueces, a la interpretación de la ley.

Como bien estipulan los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci en los “Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación” (2012), estamos frente a un código que: “Realiza una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado” (p.5). Es decir que

en muchos aspectos jurídicos se ha tratado de constitucionalizar y codificar el marco jurídico de las relaciones privadas, desde los puntos de vista personal, social y comercialmente. "(...) se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles. Por eso se regulan contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de los comerciantes y muchos otros temas." (Lorenzetti et al., 2012, p.5).

En definitiva, se logró con éxito aprobar un Código que se nutre de la realidad, que no la niega y que, por el contrario, la recepta y la regula. Un Código de la libertad pero también de la igualdad y de la equidad. Un Código para una sociedad multicultural, para nuestra sociedad del siglo XXI, en que haya espacio normativo para el plan de vida de todos y todas. Un Código inclusivo y no excluyente. (Caramelo, 2015, p.16).

1.1 Fundamentos de la incorporación de un Título Preliminar.

Es de vital importancia resaltar la incorporación y estructuración de un título preliminar en el Código Civil y Comercial de la Nación, que a través de dieciocho (18) artículos, constituye la columna vertebral en la cual deben consignarse las reglas generales de todo el sistema de derecho.

Así ha quedado plasmado en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, como bien dice "es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y 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."; continúa aclarando que se diseñan "unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas." (Lorenzetti et al., 2012, p.10).

En lo que hace al TFG, se consignan sobre los primeros tres artículos del Código Civil y Comercial de la Nación, los pilares fundamentales del cambio de paradigma jurídico establecido por el mismo, desde el punto de vista de las fuentes del derecho (art. 1), la interpretación de la ley (art. 2) y el deber de resolver, como la función jurisdiccional del Estado de Derecho (art. 3).

Estos tres artículos, sin dudas, deben dar lugar a una polémica muy amplia entre los juristas y los filósofos del derecho. Si bien puede entenderse que el Código se sanciona como ley para ser aplicada y que ésta es la fuente del derecho. Así lo

expresa en gran medida el artículo primero. El artículo segundo abre un claro y no disimulado interrogante acerca de lo que debe entenderse por el significado de la ley. Pues mentar la interpretación como un deber, presupone que la ley no puede ser seguida ni servir como guía para las acciones y decisiones judiciales sin la necesidad de una hermenéutica como paso esencial para entender como están reguladas las acciones humanas de las personas comprendidas en las prescripciones legales.(Barbarosch, 2012).

1.2 Cambios jurídicos fundamentales dentro del Título Preliminar.

Siguiendo las ideas de las reformas introducidas por la Ley 26.994, ha sido fundamental la inclusión del artículo 1 y 2 los cuales desarrollaremos en el punto correspondiente.

A diferencia del Código de Vélez que en el Título I trata exclusivamente sobre "Las Leyes", el Proyecto propone distinguir normativamente entre derecho y ley. Respecto del derecho, que prudentemente no define, dice que debe ser considerado como un sistema de fuentes, entre las que se destaca en primer lugar la ley, pero queda claro en el texto del Proyecto que en su interpretación se debe recurrir a todo el sistema de fuentes, agregando, como novedad para nuestro sistema, a la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Respecto de los usos, prácticas y la costumbre mantiene el criterio del Código vigente que establece que no pueden crear derecho sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente. De todos modos, la redacción es diferente, ya que el Proyecto las toma positivamente aclarando que "son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho." Es decir que admite la costumbre sin ley o según la ley, pero no contra la ley. (Laje, 2012).

Como bien se establece en los Fundamentos (III, 4.1), "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."

Rivera (2014), establece en los comentarios al Código Civil y Comercial de la Nación que:

Apartándose del Código reemplazado, la Comisión (Fundamentos, III, 2) se inspira en varios instrumentos, de entre los que menciona al Código Italiano. A su juicio, "El Anteproyecto distingue normativamente el derecho de la ley", ya que "una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica", con lo que profundiza su distancia con el modelo legalista imperante al tiempo de la sanción de los códigos en el siglo XIX, retomando las ideas jurídicas romanas (Digesto, 50, 7,1:" la esencia de la regla es la de enunciar una cosa preexistente", pues "el derecho no se extrae de la regla, sino que es del derecho que preexiste, que aquélla debe ser extraída"), más tarde asumidas por Tomás de Aquino ("la ley es una cierta razón de derecho") y que irrumpen en el escenario teórico-práctico luego de la Segunda Gran Guerra con el objeto de delimitar el contenido de la ley a partir del Derecho, de modo de evitar, como la llamó Kaufmann, la tragedia de la "lex corrupta"(p.6).

Ésta distinción entre el sistema de derecho y la ley, es fundamental ya que la ley sigue formando parte como fuente principal del derecho, pero no como un conjunto inequívoco, sino que ahora es parte de la columna vertebral que actúa a la hora de determinar la aplicación de la mejor manera el sistema de derecho en el caso concreto, resultando así la idea fundamental en todo Estado de Derecho, mediante la función jurisdiccional, que es la de otorgar justicia a cada ciudadano que la requiere.

2 Análisis Artículo 1.

Artículo 1²⁴: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Concretamente, la esencia de este articulado tiene origen en el anterior Código Civil de Vélez, en donde dicho artículo acoge cinco fuentes del derecho, pero innova únicamente agregando dos nuevas, hablamos de otorgarle validez concreta dentro del Código a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos.

²⁴ Art. 1 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

El aspecto esencial a analizar es en base a redactar como fuente directa la Constitución Nacional, donde a simple vista uno se preguntaría si esa fuente en teoría ya es subsumida con anterioridad por parte del legislador y los jueces, y no haría falta nombrarla de manera concreta. Pero concretamente, la justificación sobre su introducción recae sobre el problema de la interpretación de las leyes, respecto de todos los sujetos intervinientes en la norma, tanto como funcionarios en su actuación concreta sobre cada institución, o bien como particulares que conviven en el territorio. Es por eso que el legislador ordena que las leyes civiles aplicables a los casos que rijan en concordancia con el nuevo Código, lo sean "conforme con la Constitución Nacional", consagrando expresamente lo que en jurisprudencia, doctrina nacional y comparada, se conoce como la interpretación "de conformidad con la Constitución".

Siguiendo estos lineamientos, la interpretación continua teniendo como fuente formal principal la ley, entendiendo a aquella a todo el sistema normativo que forma parte de la Nación. Resulta así ya que de lo contrario, podrían florecer sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo esta una decisión contra legem que origina litigiosidad innecesaria.

Correlativamente la aplicación de la ley, como se entiende en todo sistema de Derecho, es delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, resultando claro y evidente en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes.

3 Análisis Artículo 2

Artículo 2²⁵: "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".

El artículo 2 incorporado por la Ley 26.994, como bien establece Rivera (2012):

El artículo recepta siete reglas, cuatro de las cuales ya se hallaban presentes en el anterior ordenamiento: a) las palabras de la ley; b) sus finalidades (que en el Código de Vélez se conoce como "el espíritu de la ley"); c) las normas análogas y d) los principios jurídicos. A su vez, innova al incluir: e) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos; f) los valores jurídicos y g) la consideración del ordenamiento "de modo coherente"(p.9).

²⁵ Art. 2 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Se estima que este Artículo presenta como eje principal, otorgar un valor primordial a la interpretación para cualquier operador jurídico en la tarea de vislumbrar el conjunto de elementos de que se integra la realidad jurídica.

Ahora bien, ya hemos realizado el desarrollo específico a la tarea de “interpretar” que poseen los jueces, entonces en este punto, lo que debemos acentuar es la libertad que se le ha dado al juez a su deber jurisdiccional. La inclusión taxativa sobre los valores jurídicos, otorgan mayor vigor y eficacia en la tarea jurisdiccional, ya que no deberán rebuscar la norma concreta para poder aplicarla al caso concreto, sino que podrán emitir un fundamento más lógico y adecuado ante la necesidad subsumida por la laguna normativa.

Es por eso que estos valores jurídicos, a nuestro parecer poseen especial relación entorno a los principios jurídicos.

¿Qué son los principios? Alexey afirma (...) que "los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados...". De ahí que, prosigue, "el carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, moral" (Rivera, 2012, p.13).

4 La función jurisdiccional en un Estado de Derecho desde la óptica de la reforma.

Ahora bien, proyectándonos sobre el cambio de paradigma sobre la función jurisdiccional específicamente, que es correlativo a las nuevas disposiciones establecidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, se puede hablar concretamente de la idea del “activismo judicial”.

Es aquí donde se soslayan las ideas de los autores como Hart, Bayón o Dworkin, a través como bien dice Bayón (1996) del correcto funcionamiento y forma de llevar a cabo la función jurisdiccional en un Estado de Derecho.

El juez debe actuar ante la presencia de los casos difíciles que han surgido y se han establecido en el derecho, y este deber de actuar debe ser correlativo con el deber de

fundamentar, siendo entonces importante e imperante lo estipulado por el Artículo 3²⁶, en donde establece que “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

Por eso es preciso saber el modo en que van a proceder ante estas situaciones, y el modo lógico para otorgarle validez jurisdiccional, con una base legal y constitucional, a las decisiones que se aparten de la ley en concreto, por ser propias de una injusticia legal ante el caso concreto que ha creado un caso difícil.

Rivera (2014) señala que el juez en su función jurisdiccional, debe hacer referencia a un análisis tripartito:

Los redactores precisan tres: a) axiológica : frecuentemente empleada por la jurisprudencia de la Corte Suprema cuando descalificó "soluciones manifiestamente contrarias a valores jurídicos"; b) supletoria (o función "productiva", según Tarello): actúa ante "lagunas" del sistema jurídico o a "fin de no aplicar determinadas normas que resultan contrarias a una solución de justicia, es decir, que son contrarias a una práctica social, a una costumbre del foro o a ciertos criterios objetivos" (función también denominada "limitativa"); c) integrativa (o función "interpretativa"): acaece cuando, añade el jurista italiano, "el recurso a los principios ayuda a despejar dudas entre varias interpretaciones posibles, escogiendo aquella que mejor se ajuste al principio en juego. (p.14)

El deber de fundar los pronunciamientos implica una labor rigurosa, selectiva, un obrar agudo y sagaz, que obliga a una afinación creciente y abarcativa, capacidad de discernir para descartar las pruebas inconducentes y los argumentos superfluos y obtener un fallo basado en la realidad de los hechos litigiosos que confieran punto final a un conflicto en un marco de paz con justicia, sin olvidar la interpretación previsor o consecuencialista como método válido para despejar el camino justo a seguir tanto en la interpretación de la ley como de la Constitución. (Masciotra, 2013).

De esta manera, con esta regulación normativa, doctrinaria y jurisprudencial citada, es posible determinar cuál es el alcance principal del cambio de paradigma jurídico en tres aspectos esenciales, en primer lugar las fuentes del derecho, en segundo lugar las reglas de interpretación de la ley, y en tercer y último lugar el deber de actuar por parte

²⁶ Art. 3 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

del juez desarrollando su función jurisdiccional, y fundando motivadamente sus pronunciamientos judiciales.

Personalmente considero que hablar de jueces legisladores es totalmente incorrecto, ya que en realidad es el legislador quien dicta una ley, y el juez activista actúa como un garante de los derechos de los ciudadanos ante las acciones de los poderes públicos, y los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes.

Aquí es donde juega un papel importante, poder distinguir las distintas concepciones o corrientes que han surgido sobre este tema, entendiendo que nos encontramos frente a dos corrientes opuestas sobre la concepción y aceptación del deber de actuar de los jueces fuera de lo establecido en concreto por la ley.

Bayón (1996) afirma que se entendería por un juez activista en concreto, si actuara a través de la función jurisdiccional con una discreción meramente política, sin fundamentos y utilizando oportunamente sus funciones. No es la idea clara que se transmite con la incorporación de las reglas de interpretación de la ley, que se produzca esta función discrecional, sino que, contrariamente, “debe ser un conjunto de normas, cuya identificación como derecho dependa sólo de haber sido emitidas por una autoridad reconocida en el ámbito de su competencia, de la concurrencia de circunstancias estrictamente fáctica” (Bayón, 1996).

Es este mismo autor quien nos otorga una clara distinción de estos ordenes de ideas, estableciendo en primer medida de que cualquier concepción que se tome respecto del activismo judicial, posee una base jurídica-política, ya que, quien determinará el modo de concebir el orden jurídico, son los lineamientos políticos que se acentúen en los ordenes legislativo y judiciales.

Es por eso que establece como primer tesis, un pensamiento doctrinario que posee fuentes directas del positivismo formalista, el cual es totalmente abstracto a la aceptación de una “invasión” (como lo estipulan ellos) de los jueces sobre el orden legislativo, como lo llama Bayón, hablan del “gobierno de los jueces” o de unos “jueces legisladores”. Es decir, que en la tarea de aplicar el derecho, la norma específicamente, el juez debe someterse únicamente a su aplicación concreta, sin poder inmiscuir sobre otro orden de la misma, ante el deber de fallar que poseen sobre el caso concreto. En resumen, como ha sido desarrollado dentro del positivismo, o en la tesis de Hart (1985), hablamos de un proceso mecánico, exento de cualquier subjetivación por parte

del juez, y frente a esto una concepción de los sistemas jurídicos, muñidos por normas de derecho, sin aceptar como fuentes de las leyes a los órdenes pragmáticos establecidos en los principios, reglas y valores. Él lo llama un “Sistema de puras reglas”.

En contraposición, en el segundo modelo jurídico o tesis frente a la interpretación de las normas, hace referencia sobre la complejidad de un sistema normativo como un todo, aceptando específicamente la introducción en el plano de la norma jurídica, la existencia de reglas, valores y principios, los que dan el carácter complejo del mismo para la actividad jurisdiccional que deberá desarrollar el juez.

Siguiendo una línea Neo-Constitucionalista, se explaya sobre el apartamiento de un sistema exhaustivo y mecanizado en la aplicación de la ley, y comienza a hablar del deber de adecuar el ordenamiento jurídico al caso concreto, mediante la aceptación en cierta medida, fundamentada y legitimada siempre sobre las bases constitucionales, del activismo judicial. Entiende a este como una nueva forma de aplicación de la ley, que ante la laguna normativa le otorga valor a la lógica jurídica que posee el juez ante su deber, fundamentado su actuación sobre la interconexión que realizan ante la norma de las reglas, valores y principios, finalizando así sobre un “Sistema de principios y reglas”.

Reflexiones finales

La introducción del Nuevo Código Civil y Comercial, ostentó un cambio jurídico fundamental respecto a los paradigmas sobre la interpretación del derecho y el activismo judicial.

Se ha seguido una línea doctrinaria Neo-Constitucional, en donde dejamos de lado un sistema de Derecho antiguo que, a pesar de tener reglas para poder actuar ante un caso difícil o laguna normativa, no nos otorga una solución taxativa, y no se podía observar que le pudiera dar valor al activismo judicial. Ahora es concreta la aceptación de un sistema donde confluyen principios y reglas, pero siempre respetando los valores fundamentales de las personas, con un eje fundamental sobre la Constitución Nacional.

**CAPÍTULO IV – TRATAMIENTO DE LOS PARADIGMAS
JURISPRUDENCIALMENTE**

Introducción

Para finalizar el desarrollo del trabajo final de graduación, es correcto realizarlo con el repaso de distintos fallos judiciales, esencialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en donde se podrá analizar los criterios que han sido explayados durante los últimos años, y poder dar ejemplo a los análisis y teorías anteriormente desarrollados.

Es esencial poder conocer y esclarecer la jurisprudencia Argentina, ya que nos otorgan el derecho aplicado en el caso concreto, analizado y profundizado hacia cierta doctrina jurídica.

1 La interpretación del Derecho y el Activismo Judicial: jurisprudencia.

1.1 Alcance que se le otorga jurisprudencialmente y validez jurídica.

Primeramente, se desarrollará una breve sinopsis de los criterios que ha sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto a la interpretación de la ley.

Ahora bien, como se dijo en la introducción al capítulo, parece más lógico desarrollar varios casos jurisprudenciales, que mediante un solo párrafo nos dejan establecido con claridad el criterio que trata de asentar en la aplicación del derecho en el caso concreto. Es por eso que seguidamente se comenzará a desarrollar breves párrafos de las sentencias dictadas, y no analizar pocos casos desarrollándolos completamente, ya que como estamos frente a ideas doctrinarias, que son totalmente subjetivas, es sabido que mientras más pasan los años, cambia la sociedad y correlativamente el derecho. No es óptimo hacer referencia a pocos casos en temas tan complejos judicialmente, y no es posible dejar establecido un criterio general por lo dictado y establecido en ciertos casos concretos.

Es esencial determinar que, como eje principal, la jurisprudencia de dicho Tribunal enseña que, por ejemplo, es principio sentado el fundamento de que:

La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, pero, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente, y si bien no cabe prescindir de las palabras, tampoco resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando así lo requiera la interpretación razonable y sistemática. (Fallos 330:2892²⁷).

Siguiendo con el tema, en otro gran apartado que desarrolla el Tribunal, también determina que:

²⁷ C.S.J.N., “RHE Corporación Financiera Internacional c/Aragón, Luis Alberto Facundo”, Fallos 330:2892 (2007).

La interpretación de las leyes debe hacerse armónicamente teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Fallos 320:495²⁸).

De igual forma, ante una acción declarativa de inconstitucionalidad, estableció que:

Es principio básico de la hermenéutica atender en la interpretación de las leyes, al contexto general de ellas y a los fines que las informan, no debiendo prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma. (Fallos 331:1262²⁹)

Continuando con las ideas anteriormente mencionadas, adopta en este caso un criterio en cierta medida más riguroso, pero siempre dictaminando sobre el sentido sociológico específico al caso concreto, o bien, al momento en el cual ha sido dictada la ley en discusión, es por eso que:

Las leyes siempre deben interpretarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilia y deja a todas con valor y efecto, y cuando la ley emplea determinados términos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador cuidando de no alterar, y de buscar en definitiva por vía de la interpretación, el equilibrio del conjunto del sistema. (Fallos 331:1234³⁰)

En ese aspecto, se determina que:

Es propio del intérprete indagar lo que las leyes dicen jurídicamente, sin que esto signifique apartarse del texto legal, pero tampoco sujetarse rigurosamente a él cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere, por lo que ella debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que informan a aquéllas. (Fallos 330:4936³¹)

²⁸ C.S.J.N., “Provincia de Santa Cruz c/ Estado Nacional”, Fallos 320:495 (1997) consid. Del voto del Dr. Gustavo A. Bossert.

²⁹ C.S.J.N., “Obra Social PEPT c/ Provincia de Catamarca”, Fallo 331:1262 (2008).

³⁰ C.S.J.N., “Provincia de Buenos Aires c/ Telefónica de Argentina S.A”, Fallos 331:1234 (2008).

³¹ C.S.J.N., “Arias Alejo Fernando c/ Instituto Nacional de Reaseguros”, Fallos 330:4936 (2007).

Por lo tanto, de lo anteriormente planteado, nuevamente dictaminan que:

Es propio de la interpretación indagar lo que las leyes dicen jurídicamente, sin que esto signifique apartarse del texto legal, pero tampoco sujetarse rigurosamente a él cuando una interpretación razonable y sistemática así lo requiere, por lo que ella debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que informan a aquéllas. (Fallos 330:3426³²)

Ahora bien, dejando de lado en cierta medida los dictámenes anteriormente expuestos, que denotaban mayor rigurosidad en la interpretación de la ley por parte del juez actuante, tarea intelectual tan ardua como es la de decodificar la norma vigente frente a un caso concreto, establecen que puede admitirse que:

Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es propio de la interpretación indagar lo que ellas expresan jurídicamente, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento sin prescindir por cierto de las palabras de la ley, pero efectuando una interpretación razonable y sistemática. (Fallos 330:1855³³)

En ese sentido:

La interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y en 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. (Fallos 329:2890³⁴)

Ahora bien, en el siguiente párrafo, encontramos en cierta medida un punto medio, o ecléctico quizás, ya que establece una premisa importante, determinando que ante dos normas en pugna, lo ideal es tratar de conciliarlas, no ir al extremo de una u otra. Es por eso que: “...en la tarea de interpretación de las leyes debe evitarse darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo unas por las otras, y adoptar

³² C.S.J.N., “Stegur Amelia Adela c/ Estado Nacional”, Fallos 330:3426 (2007).

³³ C.S.J.N., “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento modelo Terrabusi S.A”, Fallos 330:1855 (2007).

³⁴ C.S.J.N., “Díaz Cabral Marcelo Gonzalo y otros c/ Estado Nacional (Min. De Justicia)”, Fallos 329:2890 (2006).

como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto...” (Fallos 329:2876³⁵).

Estas líneas doctrinarias, se puede decir que poseen un raigambre constitucionalista en su mayoría, asentándonos en un positivismo jurídico de Hans Kelsen, ya que otorgan valor supremo a las bases y estructuras jurídicas otorgadas por la Constitución Nacional Argentina, en donde la función jurisdiccional otorgada al poder judicial, debe limitarse en cierta medida a la norma específica, y en su caso a la intención del legislador, como la hemos llamado en el desarrollo de los primeros capítulos, intención originaria o histórica.

Pero como se ha visto en los últimos párrafos desarrollados por la Corte mediante las sentencias, han aceptado en cierta medida la interpretación subjetiva de parte del juez, limitándolo a ciertas órbitas constitucionales, o como bien habla el Neo-Constitucionalismo, el cual prevé herramientas interpretativas de suyo más amplias, sujetas a nuevos valores, exigiendo a los jueces en su labor de la interpretación de la ley, primeramente estructurarse sobre derechos fundamentales, y luego otorgarle una motivación de contenidos más profundos, de discernimiento de supra valores en relación a los derechos esenciales de las personas, y se busca, como fin supremo, la compatibilidad entre los principios, valores y directrices que emanan de la Constitución, compartiendo así los ideales que ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Banco Central de la República Argentina c/ Banco Patricios S.A. s/ solicita intervención judicial”.

Hasta aquí se ha desarrollado jurisprudencia que hace referencia únicamente sobre la labor del juez sobre la interpretación del derecho, pero sin hacer hincapié en el problema del activismo judicial exactamente. Como hemos establecido dentro de la introducción del trabajo final de graduación, sobre este tema, el fallo central a nuestro parecer en la jurisprudencia Argentina, es “Saguir y Dib, Claudia Graciela, 302:1284 (C.S.J.N. 1980)”.

Se hará una introducción al fallo, en donde Juan Saguir y Nelida A. Dib de Saguir, en su carácter de padres de la menor Claudia G. Saguir y Dib, solicitaron la autorización judicial para que dicha menor donara uno de sus riñones a su hermano Juan I. Saguir y Dib, fundamentando su pedido en el padecimiento de una insuficiencia renal crónica de su hijo, pero el problema suscitado era que ya habiendo realizado

³⁵ C.S.J.N., “Banco Central de la República Argentina c/ Banco Patricios S.A.”, Fallos 329:2876 (2006).

anteriormente un trasplante con un riñón de su madre, la operación no tuvo el éxito deseado, toda vez que el riñón injertado funcionó en los 6 meses posteriores en un 35 %, pero a partir de ese momento solamente lo hizo en un 11 %. Afirmaron que de los exámenes clínicos realizados en centros especializados, el único dador posible era su hija, quien tenía un estudio de compatibilidad del tipo "A" es decir: histoidéntico. Como fueron informados por los médicos que el trasplante no podría realizarse sin la previa autorización judicial, por ser la donante menor de 18 años, es que efectúan la pretensión judicial.

Ante la pretensión judicial incoada, la jueza de primer instancia interviniente dictó sentencia y, con fundamento en la minoría de edad de la pretensa donante y lo dispuesto por los arts. 55³⁶ y sigs. del Cód. Civil y los arts. 11, 12 y 13 de la ley 21.541³⁷, resolvió denegar la autorización para que la menor done uno de sus riñones. Apelada dicha sentencia, la Cámara de Apelaciones en lo Civil resuelve nuevamente confirmar sentencia, y contra este último pronunciamiento, al no quedar opción, se interpuso recurso extraordinario federal.

Ante este contexto, debemos aclarar, que la menor en el momento de la pretensión judicial tenía la edad de 17 años y 8 meses, en donde la mayoría de edad requerida por la ley de donación de órganos es de 18 años.

En efecto, la Corte resuelve dejar sin efecto el fallo apelado; y, atento a la urgencia del caso se autoriza a la menor C. G. S. y D. a que se le practique la ablación de uno de sus dos riñones para ser implantado en su hermano J. I. S. y D. en las condiciones establecidas.

En conclusión, el fallo es totalmente lógico, desde varios puntos de vista, pero primordialmente ante la justificación suscitada dentro del sumario de dicho fallo sobre que la hermenéutica de la ley debe integrarse 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 axiológicos, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas, y aquí creo que debemos hacer hincapié a las “consecuencias disvaliosas”, ya que, hasta qué punto es posible regirnos de manera estricta a una

³⁶ Art. 55. Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar.

³⁷ Ley 21.541 de “Salud Pública-Medicina-Trasplante de órganos y material anatómico humano”.

norma, si al momento de aplicarla en el caso concreto, no es favorable hacia un derecho fundamental como es el “derecho a la vida”, de raigambre constitucional e internacional.

Continúa diciendo el sumario en este orden de ideas que: “Las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial”.

Reflexiones finales

Se puede decir que el activismo judicial se justifica en el caso concreto, ya que la función judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma. Pero no se debe justificar y aceptar cualquier injerencia que haga el juez en su rol de la norma para el caso concreto, sino que como bien habla Hart, Dworkin y específicamente J.C. Bayón, ante la realización de una interpretación de la ley, apartándose de la misma para darle valor a un fundamento propio, debe realizar una estructura normativa de los valores fundamentales aplicados en el caso, otorgándole lógica jurídica y esencialmente un respaldo que no sea arbitrario o meramente subjetivo, sino que se remita a una norma fundamental, igualando y anteponiendo principios y reglas morales que se adecuen al caso concreto.

En contrapartida a esta posición, se puede encontrar doctrina que refuta la idea del activismo judicial, preguntándose ¿Cuáles serán las excepciones efectuadas por los jueces en el futuro?, o bien ¿Siempre podrán interpretar las leyes a su parecer cuando así lo exija el caso concreto, y pudiendo apartarse sin más?

Hacen referencia a que “el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy y aquí de una manera, mañana y allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de la justicia” (Radbruch, 1944, p. 36).

Es por eso que dependerá estrictamente de las bases constitucionales e ideales doctrinarios que puedan transmitirse en las normas, ya que si nos encontramos frente a normas y códigos que son muy estrictos y rigurosos, siguiendo doctrinas totalmente positivistas formalistas y constitucionalistas, deberán aceptar la idea de limitarse en la interpretación del derecho a ciertas reglas establecidas, sin poder ejercer una función más amplia de interpretación, y casi ni hablar del activismo judicial.

Ahora bien, si comprendemos el cambio social, económico y jurídico, creo que es lógico entender la necesidad de nuevas ideas doctrinarias en todos los ámbitos, sea judicial, legislativo, o ejecutivo, ya que podremos enfrentar de mejor manera el avance que se vive día a día en la sociedad, y esto trae cambios fundamentales en la convivencia de las personas, siendo correlativo al surgimiento de nuevos enfrentamientos, que se traducen en pretensiones judiciales. Si ante esta situación, nos limitamos meramente a regirnos sobre un positivismo estricto, dejaremos a mi parecer de avanzar como sociedad, ya que será una limitación cultural. Como segunda opción, podremos aceptar estos cambios, y ante la aceptación, poder volcar al ámbito jurídico, jueces que sepan interpretar estos cambios, e ir avanzando conjuntamente con la sociedad. Pero como bien dije anteriormente, la aceptación del activismo judicial, debe ser estructurada y fundamentada sobre bases constitucionales que puedan fundamentar su labor y su comportamiento frente a la norma.

CONCLUSIONES FINALES

En este trabajo final, hemos comenzado con el supuesto general de la reforma jurídica de los Códigos Civil y Comercial de Argentina, a través de la unificación de ellos, aparejando así el surgimiento del “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”.

Debo decir que como estudiante de Derecho, es esencial no olvidar que las leyes, y todo el ordenamiento jurídico de una Nación, son reflejo de las sociedades en que se aplican y que éstas cambian al impulso de las nuevas formas productivas, ya que es imposible negar el desarrollo tecnológico que vivimos día a día, que influyen directamente a las personas en sus relaciones interpersonales y económicas, es por eso que concebir una doctrina jurídica estática, inmóvil, que no da lugar a los nuevos problemas sociales, dificulta el desarrollo y retrasa el crecimiento de cada nación.

Es por eso que considero que el Derecho se hace más complejo, por el progreso permanente de los derechos fundamentales, así mismo por la concurrencia de los principios y sus relativos márgenes de indeterminación para la resolución de conflictos constitucionales.

Anteriormente, como hemos podido confirmar en el desarrollo del Capítulo I, el Derecho podía ser definido como un sistema de reglas, en el cual la subsunción era la tarea sustancial del juez, es decir hacer mecánico el proceso de aplicación de la ley ante el caso concreto. Claramente, estamos hablando del positivismo-constitucionalista que hacía hincapié el autor Hart en sus obras, pero así mismo, estos rasgos denotan la influencia directa del Derecho Romano como hemos podido confirmar, a través de la investigación realizada respecto a los orígenes doctrinarios del Código Civil de la época. Pero, igualmente creo afortunado volver a destacar la tarea de Vélez Sarsfield ante la inclusión de los Artículos 16 y 17, los cuales han dado lugar a la aceptación de la interpretación del juez cuando exista una laguna normativa clara, en donde hemos podido dar respuesta clara al interrogante planteado al inicio, respecto de los orígenes de los mismos, descubriendo así una fuente directa pero que no seguía los ideales de la época, ya que genera una solución ante la norma incompleta que no se adecuaba al caso concreto planteado ante el juez. En resumen, la adopción de los lineamientos del Código de Austria, ha sido un punto fundamental a desarrollar por parte de Vélez respecto de la interpretación del Derecho, generando en cierta medida un sistema cuasi-completo. Determino que es cuasi-incompleto porque no es total la libertad que le otorga al juez en

su afán de poder dar una respuesta clara, inmediata y precisa ante la solicitud de justicia que ha recurrido un particular, ya que siempre la base idónea que se le establece a la interpretación es partiendo desde la intención originaria que se ha tenido al momento de legislar, dejando afuera del sistema, aquéllos nuevos conflictos de derecho que surjan en la vida económica y social actual.

Es decir que, en respuesta al interrogante planteado, sobre la adopción que se le ha otorgado al activismo judicial en el antiguo Código Civil, puedo decir que es parcial, ya que Vélez no habla de la voluntad del juez, ni de ningún tipo de aplicación de los principios jurídicos acarreados por ellos, sino que siempre hace referencia hacia una interpretación de la ley misma en base a la intención originaria que ha tenido el legislador.

Estos puntos de partida y análisis realizados durante el desarrollo de los primeros dos capítulos, nos ha llevado a determinar que es imposible negar que actualmente el Derecho sea partícipe mayoritariamente de valores y principios, que acuden en forma conjunta con las reglas, normas jurídicas y leyes en la solución de los conflictos por parte del deber de actuación del juez. Esto es así ya que, la evolución es continua en todas las esferas que hacen a una Nación, pero esencialmente a los vínculos económicos y personales que conlleva la vida social entre los ciudadanos. Es por eso que hemos podido confirmar en el desarrollo del presente trabajo, que negar la evolución el Derecho para que se aplique a las necesidades actuales es ilógico desde cualquier órbita.

De este modo, la mejor manera de poder otorgar las óptimas soluciones ante las necesidades de justicia, queda en claro que es a través del juez en su función y deber judicial, ya que es la vía más directa para encontrarle una solución concreta ante el surgimiento de una laguna normativa.

Ante éstos parámetros que hemos podido esclarecer en el desarrollo, debo afirmar que la adopción de los nuevos paradigmas por parte del Código Civil y Comercial de la Nación en la interpretación del Derecho y el Activismo Judicial, soslayado en la incorporación de un Título Preliminar, promoviendo la prevalencia de más principios que reglas, no implica en modo alguno que las reglas desaparezcan en la resolución de controversias. Todo lo contrario, ellas van a seguir subsistiendo en la medida que van a representar, siempre, la base de definición de una controversia.

Como pudimos observar, sólo ante la insuficiencia de las reglas, concurren los principios, en donde algunas veces los conflictos serán resueltos en parte por el contenido de las reglas, y de la misma forma, en otros casos, cuando se configuran extremos sumamente complejos en un caso concreto, la resolución tendrá en cuenta los márgenes de activismo de los principios y de las herramientas interpretativas que conciernen a derechos fundamentales.

En conclusión hemos deducido en concreto que el positivismo sostiene la tesis de la separación entre el derecho y la moral, en cambio, el neo constitucionalismo plantea la tesis de la necesaria vinculación entre el derecho y la moral, pero agregando la reforma en este punto de vista, razonamientos jurídicos propios del juez, como los valores jurídicos que concurren en todo el Derecho.

En este orden de ideas, considero positivo la introducción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación respecto al Título Preliminar, soslayando nuevas bases fundamentales hacia todo el ordenamiento jurídico Argentino, otorgando validez total al “Activismo Judicial” sobre las bases de las nuevas formas de “Interpretación del Derecho”. Considero correcto diferenciarnos de un sistema normativo de puras reglas, en donde es imposible concebir que ante un caso difícil y el surgimiento de una laguna normativa, el juez deba fallar a través de un mecanismo que no da una solución justa, sino que únicamente otorga una solución pero meramente por un deber del Estado de Derecho.

Queda claro en el desarrollo de la jurisprudencia, esencialmente en el fallo “Saguir y Dyb” que es imposible concebir un derecho tan estricto, estructurado, e inflexible, ya que termina perjudicando el desarrollo efectivo de la sociedad, porque como podemos observar día a día no estamos frente a desarrollos económicos y sociales inmóviles, sino que nos encontramos con una evolución permanente que requiere la adaptación del Derecho para que éste sea efectivo.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- AZAR, Aldo M. (2002). *Propuestas de Metodología Jurídica*. Córdoba: Advocatus.
- BARBAROSCH, E. (2012). *La Ley*. Recuperado el 30 de Octubre de 2015, de www.laleyonline.com.ar.
- BAYÓN, J. C. (1996). Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional. *Jueces para la Democracia*, 42-49.
- BERGALLI, R. (1994). Protagonismo judicial y representatividad política. *Doxa*, 439-443.
- BOBBIO, N. (1994). *Liberalismo y democracia*. México: FCE.
- CAMELO, G. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Gustavo Caramelo; Marisa Herrera. - 1ª ed.-*. Buenos Aires: Infojus.
- CÓRDOBA, M. (s/f). Recuperado el 15 de Enero de 2016, de <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/da-cordoba-comprension-derecho-familia-ULTIMA-Y-PRoXIMA-EVOLUCION-DEL-DERECHO-DE-FAMILIA-S1.pdf>
- LAJE, A. (2012). *La Ley*. Recuperado el 29 de Octubre de 2015, de www.laleyonline.com.
- LLUIS Y NAVAS, J. (s/f). Recuperado el 20 de Enero de 2016, de www.acaderc.org.ar/doctrina
- LÓPEZ DESIMONI, J. (2006), Recuperado el 03 de Marzo de 2016, de <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt2006/01-Sociales/2006-S-072.pdf>.
- LÓPEZ MESA, M. J. (2013). *La Ley*. Recuperado el 30 de Octubre de 2015, de www.laleyonline.com.ar.
- LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, KEMELMAJER DE CARLUCCI, (2012). *Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación*. Argentina: Congreso de la Nación Argentina.
- MASCIOTRA, M. (2013). *La Ley*. Recuperado el 30 de Octubre de 2015, de www.laleyonline.com.ar.

- PRIETO SANCHIS, L. (2001). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Publicado en anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
- RADBRUCH, Gustav (1944). *"Arbitrariedad legal y derecho suprallegal"*. México D.F: Lea.
- RIVERA, J. C. (2014). *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, comentado por especialistas, Julio César Rivera (dir.), Graciela Medina (coord.)*. Buenos Aires: La Ley.
- ROJAS AMANDI, V. M. (s.f). *El Concepto de derecho de Ronald Dworkin*. México: UNAM.
- TAGLE, M. V. (2005). *Derecho Privado. Parte General 1/1ª ed.-2ª reimp.* Córdoba: Alveroni Ediciones.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1995). *El Derecho dúctil*. Madrid: Trotta.
- ZENTNER, Diego (s/f) Recuperado el 12 de Enero de 2016, de http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/900/Bases_constitucionales_Zentner.pdf?sequence=1.

Legislación

- Constitución de la Nación Argentina. (Sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994).
- Código Civil de la Nación (1869) redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield. Ley 340. Reformas al Código Civil de la Nación (Ley 17.711).
- Código Civil y Comercial de la Nación (2014). Ley 26.994.
- Ley 21.541.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Jurisprudencia

- C.S.J.N., “Saguir y Dib, Claudia Graciela”, Fallos 302:1284 (1980).
- C.S.J.N., “Municipalidad de Olavarría c/ Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 312:957 (2004).
- C.S.J.N., “Provincia de Buenos Aires c/ Telefónica de Argentina S.A”, Fallos 331:1234 (2008).
- C.S.J.N., “Arias Alejo Fernando c/ Instituto Nacional de Reaseguros”, Fallos 330:4936 (2007).

- C.S.J.N., “Stegur Amelia Adela c/ Estado Nacional”, Fallos 330:3426 (2007).
- C.S.J.N., “Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento modelo Terrabusi S.A”, Fallos 330:1855 (2007).
- C.S.J.N., “Díaz Cabral Marcelo Gonzalo y otros c/ Estado Nacional (Min. De Justicia)”, Fallos 329:2890 (2006).
- C.S.J.N., “Banco Central de la República Argentina c/ Banco Patricios S.A.”, Fallos 329:2876 (2006).
- C.S.J.N., “RHE Corporación Financiera Internacional c/Aragón, Luis Alberto Facundo”, Fallos 330:2892 (2007).
- C.S.J.N., “Provincia de Santa Cruz c/ Estado Nacional”, Fallos 320:495 (1997) consid. Del voto del Dr. Gustavo A. Bossert.
- C.S.J.N., “Obra Social PEPT c/ Provincia de Catamarca”, Fallo 331:1262 (2008).

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista	Peruzotti Francis Gianni
DNI	35.024.877
Título y subtítulo	<i>Cambio de paradigma respecto a las "Reglas de interpretación y aplicación del derecho" y el "Activismo Judicial" en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.</i>
Correo electrónico	francisgianni@hotmail.com
Unidad Académica	Universidad Siglo 21
Datos de edición:	Gaudi 06/05/2016 Independencia 1036, Córdoba Cp: 5000

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis	SI
Publicación parcial	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

—

Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____

_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado