



Universidad de  
**San Andrés**

**Universidad de San Andrés Departamento de Derecho**

**Trabajo de Graduación de la carrera de Abogacía**

**Los principios y la aplicación del juez en la sentencia**

**Autor: Maria Macarena Posse**

**Legajo: 25.129**

**Mentor: Amós Arturo Grajales**

**Victoria, 25 de mayo de 2018**

# Los principios y la aplicación del juez en la sentencia

## ÍNDICE

Introducción .....	3
I. Definición y concepto de principios del derecho .....	4
A. Principios desde diferentes posturas jurídicas.....	6
B. Hart.....	7
C. Dworkin.....	9
D. Alexy.....	12
E. Atienza.....	13
F. Lorenzetti.....	14
II. Incorporación de principios en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....	15
A. Marco normativo.....	16
B. Fundamentos de la reforma.....	26
C. Interpretación de la incorporación para el Presidente de la Corte Suprema de la Nación Ricardo Lorenzetti.....	28
III. Crítica a los principios incorporados en el Nuevo Código Civil y Comercial.....	31
IV. La sentencia razonablemente fundada.....	33
V. Los principios y su aplicación en la sentencia a modo de conclusión.....	37
Bibliografía .....	40

## **Introducción**

Con la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CC y C) se produce una profunda transformación del ordenamiento jurídico ya que, el eje de la reforma está dirigido esencialmente hacia la protección de los derechos, tanto los individuales como los de incidencia colectiva y a fin de lograr ese objetivo confiere a los jueces amplias facultades de discrecionalidad.

Se introduce a través del artículo 2 del CC y C un sistema de fuentes mucho más dinámico al que la mayoría de los autores denominan “diálogo de fuentes”, generando una verdadera constitucionalización del derecho privado, debido a que las leyes deben interpretarse no solo en concordancia con la Constitución Nacional (CN), sino con los tratados internacionales suscriptos por la Nación que a partir de la reforma constitucional de 1994 son de aplicación obligatoria conforme al artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna, a ello se le agrega también los denominados microsistemas, es decir las leyes que no fueron derogadas por la nueva legislación pero la integran tales como la Ley de Salud Mental, la de Concursos y Quiebras, Defensa del Consumidor, Sociedades Etc.

A su vez se da carácter de norma y por lo tanto de aplicación obligatoria para el juez a los principios y valores jurídicos, que hasta el primero de agosto de 2015 no formaban parte del plexo jurídico existente.

A su vez para tener la seguridad de que la normativa incorporada en el artículo 2º sea respetada por los jueces, el Código implementa un mecanismo de control, a través de lo dispuesto en el artículo 3º, es decir, además de la obligación de expedirse en caso, la decisión debe ser “razonablemente fundada”, y esto importa un verdadero cambio de paradigma ya que el juez que, hasta la sanción del código debía atenerse en cada controversia al frío texto de la ley y en los casos dudosos se acudía al antiguo texto del artículo 16 del Código de Vélez conforme al cual “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”. Ahora, la interpretación de la norma conforme al “espíritu de la ley” y “las leyes análogas” es dejada de lado para dar cabida a la denominada constitucionalización del derecho privado y se torna obligatoria la aplicación del artículo 2º del Código Civil y Comercial que expresa “ 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.”

Esto implica imponer a quienes deben juzgar un caso dado la obligación de fallar conforme a los nuevos estándares incorporados a la legislación vigente, que, a criterio de Grajales y Negri (2016) la argumentación jurídica es una herramienta fundamental para desarrollar con razonabilidad suficiente la nueva perfilación que se da al sistema de derecho.

El juez deja de ser un operador jurídico que solo basaba su decisión en el texto de la ley, obviando cuestiones éticas, políticas y económicas para dar paso a una nueva metodología de argumentación y razonamiento, que contemple los nuevos paradigmas recepcionados por la legislación.

En esta novel concepción de aplicación del derecho, tiene fundamental importancia la normativización, es decir la introducción como de aplicación obligatorio de los denominados “principios y valores del derecho” consagrados en el artículo 2º del Código Civil y Comercial.

#### **I. Definición y concepto de principios del derecho**

Para la Real Academia Española (2001) el principio es la base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia, otra acepción es la de norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.

Por otra parte, para Preciado Hernández (1969) “Estos son los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual”.

De acuerdo a este autor, se trata de criterios o modos de razonar que están referidos a un juicio de valor sobre cómo debe ser la conducta humana y que deben ser aceptados y seguidos por los individuos en distintas situaciones; pues revelan el comportamiento que los hombres tienen que adoptar al momento de relacionarse con otros individuos, y tal actitud debe surgir de la naturaleza misma de la persona pues el carácter de validez y rectitud de los mismos debe ser adoptado por el individuo con todos sus sentidos, con el convencimiento de que es lo correcto

Deben surgir de la naturaleza humana misma pues simbolizan aquello a lo que la persona debe aspirar para perfeccionarse como ser humano. Por ejemplo la frase que

para algunos autores puede ser considerada como definición de lo que es justicia, es decir dar a cada uno lo suyo, es el principio que señala cual es el comportamiento que las personas deben tener en sus relaciones con otros individuos. Es que para vivir en sociedad resulta necesario respetar normas de convivencia tácitas, entre las que podemos destacar el no tomar aquello que no nos pertenece, respetando de tal forma la propiedad de otro

Podemos decir entonces siguiendo a Preciado Hernandez (1969) que la obligatoriedad de estos principios no depende de que ellos estén contenidos o no en una norma expresa, sino que la misma se desprende del hecho que los principios generales del derecho delinean un forma de conducirse, que para el hombre resulta necesaria para alcanzar su perfeccionamiento como ser humano.

Para Hernandez (1969) es innecesario diferenciar entre derecho natural y derecho positivo pues ambos son obra de la razón independientemente de que el cumplimiento de éste último es controlado e impuesto por el poder público.

Hacer una enumeración de los principios generales del derecho resulta una tarea casi imposible ya que de acuerdo a los cambios que se van produciendo dentro de la sociedad, muchos de ellos pueden ir mutando, pero otros permanecen inmutables a travez de los tiempos y se perfeccionan con el devenir de las distintas controversias que puedes suscitarse entre los individuos, por el solo hecho de interrelacionarse dentro de una sociedad dada. Pero como ejemplo de ellos podemos citar la buena fé, la protección del más del más débil, la equidad, la lealtad a la palabra empeñada etc.

Negri y Grajales (2016) consideran que los principios y los derechos fundamentales se encuentran en nuestra Carta Magna, ya que la misma expresamente los menciona en el artículo 28 que dispone “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Entienden que forman parte del proceso evolutivo de las culturas jurídicos y tienen su causa u origen en un problema dado culminando en la formación de principios y su articulación con el sistema vigente.

Pero tampoco la existencia de los mismos puede ser circunscripta a la Constitución Nacional, pues muchos de ellos dimanar de otro ordenamiento que esta por encima de la Constitución y que ésta misma recepciona en el año 1994, cuando en la reforma constitucional el artículo 75 inciso 22 otorga rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos suscritos por la República Argentina.

A continuación se procede a realizar una sucinta reseña de la evolución del pensamiento jurídico que culmina con la recepción en nuestra legislación de los principios del derecho.

El Código Civil, cuya redacción se atribuye a Dalmacio Velez Sarfield, está fuertemente influenciado tanto por el Código Napoleón, como por el esbozo de Freitas. Es sabido que el ordenamiento jurídico argentino, por lo menos hasta la sanción del Código Civil y Comercial se enrolaba dentro del denominado derecho continental en contraposición a la corriente utilizada en el sistema anglosajón, o derecho consuetudinario.

Mientras el primero, positivista, imponía a los jueces la obligación de dictar sus sentencias ateniéndose al texto de la norma contenida dentro de los códigos, en el derecho consuetudinario, a la inversa lo relevante eran los precedentes jurisprudenciales dictados por otros magistrados en casos análogos.

#### **A. Principios desde diferentes posturas jurídicas**

Vigo (1968) por su parte sostiene que el ius naturalismo reconoce la existencia de ciertos principios que son constitutivos de la naturaleza y del orden humano pues representan el fundamento y la medida de lo que debe ser el derecho positivo. Pueden ser implícitos o explícitos. Entiende que existen tres tipos de principio: a) Principios jurídicos positivo sectoriales, b) principios jurídicos positivo sistemáticos p fundacionales y c) Principios ius naturales.

En relación a los primeros señala que cada norma o rama del derecho cuenta con ciertos principios reguladores que las se encuentran explicitados en propias leyes, por ejemplo la exigencia de determinada conducta que además de ser el fin de la norma tiene un alcance de principio general, por ejemplo en materia penal la pena que se impone a quien matare a otro, esta norma está fuertemente compenetrada con el principio de respeto a la vida de las personas y del propio texto del Código Penal se desprende que para esta rama del derecho el respeto por la vida y la persona son los bienes jurídicos tutelados en primer lugar, de allí el lugar que ocupa su tratamiento dentro del código de fondo.

En el mismo orden de ideas, dentro del Derecho Civil, la buena fe, la libertad de contratación y el abuso del derecho, entre otros, son principios contenidos en las normas que regulan por ejemplo la celebración de los contratos.

Respecto a los principios jurídicos positivos fundacionales, considera Vigo (1968) que sirven de base o sustento al ordenamiento jurídico en su totalidad y se los puede encontrar, según sus propias palabras, a lo largo y a lo ancho del mismo. Estos principios están contenidos en la Constitución de los distintos Estados, es por eso que, por una cuestión de jerarquía normativa los mismos están por encima de cualquier otro principio jurídico positivo sectorial. En el caso de nuestra Constitución Nacional en su primera parte contiene la declaración de derechos y garantías que la Carta Magna asegura, y los mismos deben ser respetados dentro de todo el ordenamiento jurídico como es por ejemplo el debido proceso y proceso justo constitucional consagrado por el artículo 18 CN.

En cuanto a los principios iusnaturalistas, estos trascienden al derecho debido a que están incorporados en la naturaleza humana, por ejemplo el valor justicia, pero para que este principio se haga efectivo inexorablemente requiere del derecho positivo, pues para alcanzarlo en su máxima expresión será necesario recurrir al dictado de normas que impongan el cumplimiento de determinadas conductas para garantizar el cumplimiento de la finalidad que el mismo contiene. Vigo (1968) cita como ejemplo al Preámbulo de la Constitución Nacional que menciona como uno de sus objetivos el “afianzar la justicia”.

Este mismo autor destaca que para varios doctrinarios por ejemplo Dworkin, los principios son integradores del ordenamiento jurídico y que el problema se suscita cuando, frente a principios que se contradicen, debemos determinar la prioridad que cada uno de ellos tiene al momento de su aplicación. Para el autor la mejor solución es escoger el principio mas cercano o que más se asemeja al caso, entendiendo que primero se aplican los sectoriales y en caso de no ser suficientes los sistemáticos o fundacionales, y en ausencia de ambos los ius naturalistas (Vigo, 1968).

## **B. Hart**

Hart propone una versión del positivismo que hace una distinción entre normas primarias y secundarias, ya que pertenecen a diferentes géneros lógicos. Las normas primarias son aquellas que otorgan derechos e imponen obligaciones mientras que las secundarias son aquellas que definen de que modo y quienes pueden crear, modificar o extinguir las normas primarias. Según Dworkin (1977) Hart establece que una norma puede ser obligatoria porque es aceptada o porque es válida.

Este autor propone la idea de una “regla de reconocimiento”. Esta regla hace referencia a que cuando una comunidad determinada tiene una norma que explica como se

reconoce la normativa, allí nace la idea de derecho. Una comunidad que solo tiene normas primarias, para el positivismo, no puede decirse que tengan derecho, esto es así debido a que no hay como distinguir cuáles son las normas legales. Para el positivismo es imperante para que haya derecho que se pueda hacer la distinción entre normas legales y reglas sociales.

La “regla de reconocimiento” basada en la tesis de Hart y adaptada a la opinión del Dr. Lorenzetti (2014) indica que en primer lugar, las reglas primarias son las que se usan habitualmente. En segundo lugar, estas tienen fundamento en las reglas secundarias (acuerdos constitucionales de una sociedad que permiten que ciertos cuerpos creen y apliquen leyes, y resuelvan los conflictos). Luego la dogmática es utilizada para determinar las reglas aplicables a los casos y por último la coherencia se alcanza con los principios jurídicos.

Para Hart (1980) la pretensión de que haya una conexión necesaria entre el derecho y la moral puede tener muchas variantes de importancia. Los términos necesaria y moral pueden tener muchas interpretaciones. Por lo que propone que puede existir una tesis doble, por un lado que hay ciertos principios de verdad moral o justicia y por otro que toda norma o ley que sea contraria a estos principios no pueden ser considerados derecho válido.

Los términos justo e injusto son utilizados generalmente para determinar si un derecho debe ser aplicado o no. A su vez, normalmente se entiende que la justicia y la moral son coextensivas. Este autor utiliza como ejemplo en el caso de un padre que trata con crueldad a su hijo, en este caso el padre habrá hecho algo que no es moralmente correcto, pero no se debería usar la calificación de injusto. Aquí hace una diferencia entre una crítica moral y la calificación de justo o injusto. Sería más correcto decir que justo e injusto se asimilan a equitativo y no equitativo. La aplicación de justicia contiene como principio la idea de que los individuos tienen derecho a una posición de igualdad o desigualdad, esto hace referencia a la noción de justicia como el equilibrio y a la premisa de que todos los casos que son similares tienen que ser tratados de igual forma.

Así mismo, la idea de justicia contiene dos partes importantes, por un lado, como ya mencionamos, la premisa de que todos los casos similares tienen que ser tratados de igual manera y por el otro el criterio que se utiliza para determinar que casos son similares. Las semejanzas y diferencias a tener en cuenta para la aplicación del derecho son determinadas por el derecho mismo.

A su vez, menciona los principios procesales que en Inglaterra y Estados Unidos son llamados principios de Justicia Natural, por ejemplo que nadie puede ser juez en causa propia y el derecho de todo ser humano a ser tratado con igualdad.

En su obra, Hart (2012) sostiene que en diversas situaciones de su vida social un individuo puede pretender que otra persona realice determinada actividad o se abstenga de hacerla. Cuando este deseo se pone de manifiesto de forma verbal para que la otra persona actúe como se pretende, se expresa de manera imperativa.

Cuando así nos expresamos se presume la existencia de algún tipo de autoridad para dar órdenes, por lo que podemos decir que los vocablos "orden" y "obediencia" infieren la existencia de una suerte de autoridad y respeto.

Mandar implica ejercer autoridad sobre hombres. Esta idea de mandato, muy conectada a la noción de autoridad es la más cercana a la idea de derecho pues el elemento autoridad que está ínsito en el derecho ha sido un impedimento para explicarlo de manera fácil.

Ronald Dworkin en su libro "Los derechos en serio" dedica una parte para llevar a cabo un ataque general contra el positivismo, en especial lo dedica a la versión del positivismo de H. L. A. Hart. En primer lugar el define a este sistema como un modelo de y para sistema de reglas, por lo que este modelo pasa por alto los estándares (principios) que no son normas al tener una única fuente. Sostiene que a las normas les falta una dimensión que si tienen los principios, el peso o la importancia. Entre las normas no se puede decir que una norma sea más importante que otra.

### **C. Dworkin**

Dworkin entiende que los principios son enunciados que establecen objetivos sociales, económicos, políticos etc. Y en sentido estricto son exigencias de justicia, equidad y moral que otorgan el significado de las normas del sistema a fin de brindar una solución a los casos jurídicos. En general utiliza el término "principio" para hacer referencia a los principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Concretamente en cuanto al principio entiende que es "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. (Dworkin, 1977)"

Para Dworkin (1975), el sistema jurídico además de estar integrado por normas contiene principios. También entiende que no están determinadas con precisión las condiciones de aplicación de los mismos, pero a la hora de lograr una interpretación del significado de las normas para lograr a una solución en cada caso ocupan un rol importante.

Este autor sostiene que un “modelo de y para un sistema de normas” no es suficiente para entender cuál es la realidad jurídica, esto es así ya que considera que en el derecho existen pautas o patrones de naturaleza distinta a la de las reglas, que son los principios, ellos ocupan un rol central en el razonamiento judicial.

La obligación principal de los jueces es aplicar el derecho vigente promulgado por otras instituciones, lo que implica que no deben crear leyes nuevas, pero normalmente las leyes suelen ser vagas y requieren de ser interpretadas previamente o existen casos novedosos donde ni siquiera con una interpretación pueden ser aplicadas (Dworkin, 1977). Estas situaciones equivalen, por más que no se las nombre de ese modo, a legislar por parte de los jueces.

Generalmente los casos se resuelven mediante la aplicación de la norma, pero existen en menor medida casos grises que deben ser resueltos utilizando otro tipo de fuente. Para la resolución de estos casos difíciles o grises, que él entiende como problemas de interpretación, es necesario un proceso mediante el cual se interprete utilizando las valoraciones políticas y los principios de justicia. Es decir, que la aplicación del derecho es un proceso interpretativo que no utiliza únicamente reglas, sino que también utiliza los principios.

Estos casos difíciles hacen referencia a aquellos en los cuales no se puede subsumir claramente en un litigio una norma. En esos casos por más que no haya ninguna norma aplicable que resuelva el caso, de todos modos, una de las partes tiene derecho a ganar el litigio. Aquí es donde el juez debe determinar cuáles son los derechos correspondientes a cada parte (Dworkin, 1977). En estos casos donde no hay norma que dicte una decisión, la decisión correcta se podría generarse en la directriz política o en el principio (Dworkin, 1977).

A su vez Dworkin “considera que la tesis de que las decisiones judiciales en los casos civiles, aún en los casos difíciles como el de *Spartan Steel*, son y deben ser, de manera característica, generadas por principio, no por directrices políticas (1977).”

Los principios, a diferencia de las reglas, tienen un peso lo que quiere decir que al momento de su aplicación cuando hay conflicto entre principios, se aplica el que mayor

importancia tenga. Por lo que para la solución de los casos difíciles los jueces utilizan los principios ponderando cual tiene más peso, esta aplicación se realiza mediante el razonamiento judicial.

Después de Kelsen, se considera a Hart el paradigma del positivismo jurídico. Ronald Dworkin por su parte es el emblema del no positivismo principialista. Una de sus principales obras, "Los derechos en serio", donde otros autores lo consideraron como una réplica al positivismo jurídico, "La tesis esencial del no positivismo principialista podría expresarse así: si existen principios en el derecho, entonces es inviable una concepción positivista del derecho" (Figuroa, 1999).

Ronald Dworkin elige la teoría del Derecho de Hart para criticar al positivismo jurídico. La crítica es dirigida a este autor, ya que a su entender la propuesta de Hart consistía en entender el Derecho como un conjunto de reglas, positivismo puro kelseniano. En cambio, Dworkin entendía al derecho como un ordenamiento integrado no solo por normas sino que también deben tenerse en cuenta a los principios, si bien estos no alcanzan la categoría de normas juegan un rol importante al momento de determinar el significado de las normas para arribar a una solución como se mencionó anteriormente.

Hart realiza una separación entre el derecho y la moral y señala una regla a utilizar con el fin de reconocer los enunciados pertenecientes al derecho positivo. Para Dworkin el positivismo solo consiste en unas pocas proposiciones. Por lo que realiza una fuerte crítica afirmando que cuando los juristas razonan en los casos grises o dudosos utilizan otras fuentes del derecho como los principios y valores. En conclusión, para él el modelo positivista de Hart es insuficiente para desentrañar la realidad jurídica, que es mucho más compleja (Grajales y Negri, 2014).

Como para Dworkin el derecho está compuesto principalmente de principios, según la postura positivista de Hart casi la totalidad de las normas del derecho son válidas, ya que emanan del órgano legitimado para crearlas, ya se trate de la institución a la que la Constitución le asignó tal función. Es decir, el poder legislativo o las creadas por los jueces en sus sentencias, que son de aplicación obligatoria para las partes del litigio pudiendo ser utilizadas como precedentes para casos futuros.

Por lo tanto, para Dworkin, la distinción de Hart entre regla de reconocimiento y secundarias solo adquiere relevancia para identificar las normas que conforman el ordenamiento jurídico, pero son insuficientes para reconocer cuando estamos frente a un principio del derecho.

Dworkin, sostiene que este modo de reconocer la reglas propuesto por Hart adolece de un formalismo excesivo que impide adentrarse o evaluar su contenido: “Estas normas especiales, dice Dworkin, en referencia a las reglas pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su <<pedigree>> u origen, o con la forma en que fueron adoptadas o en que evolucionaron. Estas pruebas de origen se pueden usar para distinguir las normas jurídicas válidas de las espurias..., y también de otros tipos de reglas sociales (agrupadas generalmente bajo el término de <<normas morales>>) que la comunidad sigue, pero que no impone mediante la fuerza pública” (Dworkin, 1977).

#### **D. Alexy**

El autor sostiene la importancia que tiene la distinción entre reglas y principios y destaca que las reglas son normas, mandatos definitivos y se aplican por vía de la subsunción, mientras que los principios son mandatos de optimización y para su aplicación mínimamente deben darse determinadas condiciones fácticas y jurídicas.

Sostiene que además del frío texto de la ley puede haber principios que se encuentren en oposición a la misma, es por ello que los principios deben ser considerados cada uno por separado, en la inteligencia que se trata de mandatos, resultando necesario para su aplicación la ponderación de los mismos a la luz de ordenamiento jurídico en su totalidad a fin de determinar si un principio dado satisface la cuestión a dilucidar.

Según su postura, los principios son mandatos de optimización, es decir, “normas que requieren que algo se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las condiciones fácticas y jurídicas reales existentes” (Negri y Grajales, 2016)

Indica la existencia de dos tipos de principios, sustanciales y materiales, de acuerdo con cuál sea su objeto de optimización por lo que serán sustanciales cuando estén referidos la vida, libertad de expresión, el mínimo vital, y la protección del medio ambiente, y esto es lo que habrá de tenerse en cuenta al momento de su ponderación.

Por el contrario, los principios formales son decisiones legales que se adoptan sin tener en cuenta su contenido, solo se aplican para optimizar la operatividad de la norma y a criterio de Alexy éstos últimos, es decir los formales, están referidos a la dimensión real o fáctica del derecho. Positivismo jurídico puro.

Para Alexy los principios expresan deberes ideales que se aplican una vez apartado todo lo que se le pueda oponer. Su estructura lógica es una modalidad deóntica

obligatoria, que también tiene el elemento optimización. Para este autor, los casos son cerrados pero las respuestas de estos principios son abiertas, “los principios son mandatos de optimización que en el orden de los conceptos prácticos pertenecen al ámbito deontológico” (Alonso, 2014)

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Atento ello los principios son mandatos de optimización y su característica principal es que pueden ser cumplidos en diferentes grados y en la medida de las condiciones de hecho y de derecho.

Grajales y Negri (2014), en su obra Argumentación Jurídica, refieren que para Alexy un sistema de principios generales pertenecientes a un ordenamiento jurídico determinado es insuficiente para resolver cuestiones complejas ya que por un lado no son de aplicación obligatoria y por otro puede existir contradicción entre los mismos, por lo que resulta necesario acompañarlos de valoraciones, pero agregan que a criterio de este autor la ciencia jurídica no puede prescindir de las valoraciones.

A su vez Alexy señala la existencia de diversas vías a tener en cuenta por el juez al momento de resolver una cuestión compleja, en primer término el deber de ajustarse a los valores de la colectividad o de determinados grupos sociales; en segundo término debe tener en cuenta el sistema de valoraciones que brinda el ordenamiento jurídico y por último el orden de los valores a utilizar debe ser objetivo ya sea que estén dados por el sistema constitucional o por provenir del derecho natural, pero el requisito es que sean objetivamente reconocibles. Atento ello la argumentación jurídica de Alexy se analiza desde tres aspectos, uno racional, otro práctico-moral y por último el jurídico (Lorenzetti, 2014).

### **E. Atienza**

Contrariamente a Hart y Dworkin, Manuel Atienza, expresa que existen distintos tipos de sentido jurídico, refiriendo en primer término a la que denomina norma muy general, es decir las que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; luego menciona principio de norma redactado en términos particularmente vagos entendiendo como tales a aquellos en que resulta dudoso si la aplicación corresponde o no o términos vagos de abierta interpretación.; principio en el sentido de norma pragmática o directriz, la que persigue fines determinados; normas que expresan valores fundamentales del ordenamiento jurídico; principio en el sentido de normas especialmente importantes tales como con un aspecto de generalidad prácticamente

nulo; principio en el sentido de norma de elevada jerarquía como puede ser la Constitución Nacional; principio de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos, por ejemplo las dirigidas a los jueces en el artículo 2 del Código Civil y Comercial; principio en el sentido de regula iuris, que es el enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo, por ejemplo non bis in ídem (Atienza y Manero, 2001).

Atienza diferencia el concepto de norma del de principio, entendiendo que éstos últimos en sentido estricto pueden formularse como enunciados que correlacionan casos con soluciones, pero eso no quiere decir que no existan diferencias con las reglas, la diferencia radica en que los principios configuran el caso de forma abierta mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada.

Considera que los principios son menos que las reglas en el aspecto normativo pues impiden el ahorro de tiempo al momento de definir un curso de acción, ya que para su aplicación se hace imposible obviar la ponderación de puntos a favor y en contra y a su vez cuentan con menos fuerza argumental que las reglas. Desde otro punto de vista los principios son más que las reglas porque entran en juego en un mayor número de situaciones y tienen un mayor margen justificatorio.

#### **F. Lorenzetti**

Ricardo Luis Lorenzetti conceptualiza al principio como un enunciado normativo amplio que facilita la solución de un problema y orienta un comportamiento. A ello se llega mediante un razonamiento abstracto, reduciendo a una unidad la multiplicidad de hechos que ofrece la vida real (Lorenzetti, 2014).

Entiende que conforme a esta definición el principio es un enunciado, y en tal categoría asume carácter normativo, tiene una formulación abstracta y un procedimiento de identificación propio, concluyendo que tienen funciones que están direccionadas a la solución del problema y orientación de los comportamientos. Los principios son indeterminados y no tienen un supuesto de hecho por lo que no se aplica la deducción. Entiende que son guías para el razonamiento legal y buscan lograr un máximo posible de aplicación. Siempre se contraponen los principios, esto implica que hay que realizar una ponderación teniendo en cuenta cada caso.

A diferencia de la colisión entre normas, los principios no provocan exclusión, sino que uno desplaza al otro. Cada principio tiene su propio peso en cada caso en particular.

Para la aplicación de uno sobre otro no se puede aludir a la invalidez de otro. Esta colisión se resuelve mediante una ponderación. Los principios dan directivas para lograr la solución correcta.

Los principios cuentan con dos caracteres, por un lado la simplicidad y por el otro su jerarquía superior, lo que quiere decir que actúan como límite o control de todas aquellas actividades infraprincipales. Esto lleva a que sean considerados como una “arquitectura” del derecho privado.

La doctrina entiende que estos principios son normas, pero hay ciertos autores que entienden que son aquellos que comprenden las normas que no se encuentran dentro de una normativa formulada. Lorenzetti (2014) considera que “los principios se refieren a juicios estimativos que sirven para regular comportamientos”.

Para este jurista son “normas que constituyen mandatos para la realización de un valor en su nivel óptimo” (Lorenzetti, 2014). Con respecto al carácter normativo marcan un deber ser y expresan la orden de cumplir con el mandato en la mayor medida posible. Dentro de su carácter inacabado, se entiende que son normas sin terminación acabada. Son valorativos ya que receptan valores y son excesivos, es decir, si son aplicados en su totalidad provocan una colisión con demás valores y principios.

Como mandatos de optimización, en primer lugar hay que tener en cuenta que conllevan la orden de hacer algo, indican que se debe cumplir en la mayor medida de lo posible y a su vez, pueden ser cumplidos en diferentes grados. No definen totalmente la conducta.

Dentro de la Constitución y en las leyes se encuentran los valores que son utilizados para las decisiones judiciales. La argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores. La diferencia entre los principios y los valores refiere a que el valor expresa un juicio comparativo mientras que los principios son mandatos de optimización.

Dentro del Nuevo Código Civil y Comercial los artículos 1, 2 y 3, establecen guías para lograr una decisión judicial, pero lo importante que remarca Lorenzetti (2014) en este punto es que esta decisión judicial debe mantener coherencia con respecto al sistema jurídico completo, es decir con la jurisprudencia, los principios y los valores.

La función más importante para Lorenzetti que aportan los principios, mandatos de optimización, es la de guiar o dar directrices para llegar a decisiones judiciales adecuadas, “son guías para el razonamiento legal” (Lorenzetti, 2014).

## **II. Incorporación de principios en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.**

### **A. Marco normativo**

El preámbulo de nuestra Constitución Nacional que dice “Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina”. Ya nos expresa como dice Gelli (2003) “una voluntad política, construir la unión nacional, en torno a los valores, principios y normas constitucionales” y dentro de sus “objetivos restantes se constituye un programa valorativo, cuya realización depende del cumplimiento de la Constitución nacional, desarrollando sus principios”. En el artículo 19 se consagra una de las libertades más grandes, la relativa a un área de reserva personal donde no puede haber intervención estatal.

Para esta autora estos objetivos o principios son de carácter general y el alcance lo va a establecer el poder judicial teniendo en mira las políticas públicas vigentes al momento de su aplicación.

El artículo 2 del Código Civil y Comercial hace referencia a la interpretación y expresa que “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 valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Según Herrera y Caramelo (2015) esta interpretación tiene como fin, mediante los que denomina diálogo de fuentes a fin de lograr una interpretación integral aplicando además del texto rígido de la ley, integrarlo con los textos constitucionales y supraconstitucionales, además de los principios y valores jurídicos integrados al nuevo código.

Con esta incorporación se produce un cambio de paradigma y deja de lado el modo interpretativo que hacía referencia al espíritu de la ley, lo que implicaba la búsqueda de la voluntad del legislador. Se adopta una interpretación activista, incorpora para la

interpretación reglas, principios y valores para lograr una resolución coherente y que se adecúe a los tratados de derechos humanos como lo indica la letra del artículo.

Haciendo referencia a esta modificación, en el fallo "Galarza, Noelia Gisele y otros c/ Almiron, Pablo Esteban y otros s/ Daños y Perjuicios" de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el voto del Dr. De Lazzari refiere que "se ha modificado el lugar desde donde el intérprete las analiza y ello hace que -aunque las palabras sean las mismas- no sea lo mismo lo que se prescribe. Tal ocurre debido a que el paradigma decimonónico dentro del cual surgió el código velezano (donde la ley quedaba entronizada con principal y casi única fuente de los derechos) ha mutado hacia uno nuevo que amplía el concepto de norma no solo para superar la identificación de ley con legalidad sino también para incluir dentro de aquél a los principios."

De este modo el legislador lo que hace es lograr que al momento de interpretar se respeten los principios y los derechos constitucionales. De la interpretación del artículo surge que además de tener en cuenta la letra de la norma, hay que tener en cuenta la finalidad, la analogía, principios y valores del derecho, de modo tal que se logre una coherencia con respecto a los tratados de derechos humanos.

A su vez, el Dr. De Lazzari en la causa Causa "Vallejos, Margarita Rosa C/ Verkuyl, Martin Conrado s/ Nulidad de donacion" expresa que "El nuevo Código nos indica, en su art. 2, cómo se ha de interpretar la ley (y las normas, en sentido amplio): 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, y que se ha de hacerlo de un modo coherente con la totalidad del ordenamiento. Ese mandato, más allá de otras posibilidades -eventuales y atendibles, aunque excepcionales-, tiene como directos y naturales destinatarios a los jueces; a los jueces concretos y actuales, y no al juez/entelequia; a los jueces reales a los que compete resolver bajo el nuevo código y que tienen la misión de definir la ruta que ha sido señalada (pero no definitivamente trazada) por el legislador. En otras palabras: a los jueces, especiales receptores del Capítulo 1 del Título preliminar del nuevo Código, no solo nos toca reconocer ciertas fuentes jurígenas, por el art. 1, o cumplir inexcusablemente ciertos deberes, conforme el art. 3, sino que también tenemos el deber de interpretar el derecho y las leyes -cualesquiera sean: las que se consagran ahora o las del venerable legado de Vélez- a la luz de las pautas actuales: criterios gramaticales, teleológicos, analógicos, integrativos y sistemáticos han de convivir y enlazarse dialécticamente con el reconocimiento de los valores jurídicos y de los principios que (sin perjuicio de su alto grado de abstracción) los actualizan y concretan. Por decirlo con otras palabras: las

palabras de la ley nueva podrán ser exactamente las mismas que las de la ley derogada, pero ello no quiere decir que las pautas con las que tales textos han de ser interpretados sean las mismas ni que el significado de esos enunciados resulte, a la postre, siempre idéntico.”

Dentro de los fundamentos del anteproyecto se han expresado que en primer lugar la interpretación comienza con la letra de la norma y con respecto a la finalidad ya no se agota con la intención del legislador. A su vez, las leyes análogas pasaron a ser criterios interpretativos, la interpretación a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe tener armonía con las letras de la norma, con el contenido de las demás ya que todo tiene que constituir una unidad coherente integrada por sus diferentes cláusulas. Con respecto a los principios y valores jurídicos, se deben utilizar como normas de integración, la Corte ha resuelto reiteradamente utilizando los principios y también ha descalificado determinadas decisiones que han sido contrarias a los valores jurídicos.

Por otro lado, el nuevo CC y C admite la existencia de leyes especiales y complementarias, lo que se denomina micro sistemas. Lo que busca este cambio de paradigma es que exista realmente un dialogo de fuentes y que la interpretación que se realice sea realista y contemporánea.

Lorenzetti (2014) con respecto a los principios entiende que con su aplicación lo que pretende obtener es un nivel óptimo mediante un juicio de ponderación, son guías para el razonamiento legal, buscan que se cumplan lo máximo posible ya que siempre va a haber otro principio con el que se contraponen.

Rabbi-Baldi Cabanillas (2014, pp. 55 -69) dice que se deja de lado la intención del legislador para tener en consideración las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación. La finalidad principal es dar al juez facultades para recurrir a todas las fuentes disponibles del sistema y la interpretación de los mismos debe ser armónica.

En cuanto al artículo 3 refiere que “El juez debe resolver los asuntos que son sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. El principal objetivo de esta norma es la obligación que tiene el juzgador frente a sus decisiones, debe resolver mediante una decisión razonablemente fundada, es decir que la fundamentación tiene que ser razonable. Todo lo que expresa este artículo habrá de ser interpretado en el marco de todas las normas incorporados al título preliminar. Podemos entender que la razonabilidad es lo contrario a lo arbitrario. La fundamentación

razonable es un deber que tienen los jueces y que muestra coherencia con los mandatos constitucionales.

La jurisprudencia en ciertos casos demuestra que existe un derecho a tener una decisión debidamente motivada. En el caso “M., O. A. c / F., A. M. en representación de su hijo menor de edad s/ alimentos” del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes se ha decidido que “... se debe auto abastecer la motivación de las sentencias que significa que no basta para la validez de los pronunciamientos jurisdiccionales tengan fundamentos, sino que es menester que los fundamentos expuestos como decisivos estén a su vez fundados. Sin esta básica motivación no existe en puridad sentencia. Resulta así imprescindible que la sentencia explicita los argumentos de derecho o de hecho en que funda sus conclusiones decisivas, ya que, cabe reiterar, la falta de esta argumentación básica de sus fundamentos decisivos priva a los justiciables del más elemental derecho de fiscalizar el proceso reflexivo sentenciador ...”.

Podemos decir que, a partir de lo resuelto en este caso, la sentencia no solo tiene que tener los fundamentos, sino que también esos fundamentos tienen que estar fundados, no alcanza con la sola exposición de los motivos.

Con respecto a la razonabilidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” ha dicho que “la razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en una situación de extrema vulnerabilidad.” Por lo que el deber de fundamentar está estrechamente ligado con lo que se indica en el artículo 2 del CC y C en cuanto a las fuentes del derecho y pautas de interpretación.

Para Lorenzetti (2014) los tres primeros artículos buscan establecer reglas para una decisión jurídica, como debe aplicarse la ley, el hecho y que corresponda con la norma a aplicar para así dar una solución. Por lo que a la solución que se arribe tiene que tener coherencia y concordancia con la jurisprudencia y todo el sistema jurídico. Al igual que otros autores indica que cuando aparecen casos difíciles y hay dificultades con la norma se deben utilizar los principios y valores.

A su vez, Rivera (2014) expresa que la complejidad de fuentes que se incorpora en el título preliminar busca aportar materiales que contribuyan al logro de la seguridad jurídica, ya que al utilizar las reglas, principios y valores busca lograr la sentencia razonablemente fundada incorporada con la reforma. Considera que el título preliminar pretende establecer los fundamentos, pero con una amplitud mayor que los anteriores

modelos, incluye criterios respecto del alcance y el ejercicio de los bienes individuales y colectivos y dirigidos a los ciudadanos.

Rabbi- Baldi Cabanillas (2014, pp. 55 -69), menciona a Perelman que refiere que la “razonabilidad es una síntesis que combina la preocupación de la seguridad jurídica con la equidad, la búsqueda del bien común con la eficacia en la realización de los fines admitidos”. Por otro lado, en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, dentro del Título Preliminar la comisión reformadora expresa que “el requisito de la razonabilidad es un estándar de control de la decisión judicial”.

Con la reforma también se incorporaron los artículos 8, 9 y 10 que refieren a los principios fundamentales que rigen el derecho. El artículo 8 indica que “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico” en particular hace referencia a que el desconocer una norma no implica una excusa para no cumplir con una obligación. La modificación del CC y C incorporó el principio de inexcusabilidad, es decir que dejó de estar en la parte especial y paso a ser un principio general.

Hay autores que entienden que, por encontrarse la modificación en la parte general del Código, se aplica a todo el ordenamiento y no únicamente a la ley que es su principal fuente, este principio constituye la base de todo el orden social.

El artículo 9 establece que “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Este es un principio rector del derecho que siempre ha tenido un lugar relevante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Esta norma incorpora al nuevo Código Civil y Comercial el principio de buena fe que debe regular las relaciones jurídicas entre particulares. Al incorporarlo dentro del título preliminar se le otorga un lugar central dentro del derecho privado, obtiene un grado de generalización máximo dentro del plexo normativo.

Según Lorenzetti (2014) la buena fe es un principio general que funciona como un control de la sociabilidad, la cláusula contempla la buena fe como apariencia, las partes deben confiar en las situaciones tal como se las presentan y la buena fe como lealtad en las relaciones jurídicas. Este artículo tiene como fin que se adopte la buena fe como principio relativo al ejercicio de los derechos. Constituye un mandato de optimización, en cuanto ordena reglas de comportamiento cooperativo en la mayor medida posible en el caso. Es un concepto jurídico indeterminado.

Para el mismo autor, la buena fe presenta dos facetas, por un lado como apariencia y por el otro como lealtad. Como apariencia implica que las partes deben confiar en las

situaciones tal como se les presentan, el juez debe considerar la finalidad del sujeto, en cuanto a la lealtad, se relaciona a la buena fe con el comportamiento leal y honesto. Es un estándar de interpretación y tiene función correctiva del ejercicio de los derechos. Por otro lado, entiende que la buena fe es exigente de responsabilidad.

Cafferata (2014) entiende que este principio general del derecho tiene su base en el antiguo artículo 1198 del Código de Velez y califica a la buena fe como un estándar del comportamiento social, y expresa que siempre ha sido un axioma básico en el derecho comercial por ejemplo, donde el crédito es una de las principales herramientas de negociación. Según el mismo autor, citando a Mosset Iturraspe, este principio es un reflector que ilumina todo el ordenamiento jurídico, por su parte, en el mismo artículo comenta que a criterio de López es un mandato o postulado de ética social, un deber de comportamiento, de acuerdo a la moral social vigente en el momento y al ser aplicado a las relaciones jurídicas se convierte en un principio del derecho.

Considera también que el artículo 9 eleva a la categoría de norma el principio de buena fe, convirtiéndolo en eje del sistema. También se encuentra íntimamente relacionado con el abuso del derecho, regulado en el Código Civil por el artículo 1071 e incorporado al nuevo plexo jurídico en el artículo 10.

El artículo 10 del Código Civil y Comercial dispone “ El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”

El abuso del derecho implica un uso injusto del derecho, como supuestos del abuso se encuentran por un lado que sea contrario a los fines del ordenamiento jurídico y por el otro que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Algunos de los supuestos del abuso del derecho que están previstos en el CC y C están también normados en los artículos 10, 11 y 14, estos casos son el abuso del derecho que afecte derechos de otra índole, Situaciones jurídicas abusivas y el abuso de posición dominante.

El artículo 11: “Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9° y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las

disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.” Para Lorenzetti (2014), este principio influencia a todo el ordenamiento y se lo puede entender como límite interno al ejercicio de los derechos. Al momento de evaluar si existe abuso del derecho o no se analizará la realidad objetiva, la regulación legal y la incidencia en el caso.

Según este autor, los efectos del acto abusivo son despojar de toda virtualidad al acto desviado, privándolo de efectos, impedir el ejercicio de una acción judicial que se funde en el abuso y dar origen a la tutela preventiva. Con la reforma aparece como novedad que se incluye el abuso de derecho a situaciones que tienen que ver con los derechos de incidencia colectiva y las situaciones de contratos de consumo.

Dentro del código se plantean situaciones de abusivas por ejemplo en el artículo 1120 que expresa que hay situaciones de abuso cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos conexos, el artículo 11 que habla del abuso de posición dominante y el artículo 988 de cláusulas abusivas.

Por su parte, Cafferata (2014) considera que este principio se encuentra íntimamente relacionado con un nuevo paradigma incorporado a la normativa como es la protección del medio ambiente, y es recepcionado en el artículo 14 del Código Civil y Comercial: “En este Código se reconocen: ... La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”

El nuevo Código no ampara el ejercicio abusivo de los derechos del individuo, cuando por esa vía se afectan el medio ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general, limitando de esta manera el ejercicio de los derechos individuales en pos de la protección del medio ambiente y de la sociedad en general (Cafferata, 2014).

Con respecto a los derechos de incidencia colectiva: Citando a Lorenzetti, el mismo autor, comenta que se reconoce la existencia de derechos de incidencia colectiva utilizando criterios que armonicen los derechos individuales con la integridad de lo colectivo por medio de la aplicación del abuso del derecho, y que el ejercicio de esos derechos individuales sea compatible con la sustentabilidad.

La constitucionalización del derecho privado, la regulación de los de incidencia colectiva, el dialogo de fuentes configuran una modalidad utilizada por el Código para la protección del derecho ambiental, al que se considera de jerarquía constitucional por estar contemplado en el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Teniendo en cuenta la protección del medio ambiente, sobre este tema en particular se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Mendoza Silvia Beatriz y Otros c/ Estado Nacional y Otros Daños y Perjuicios” Expresando: en relación al derecho ambiental: “...tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el medio ambiente” ... “La tutela del ambiente importa el deber que cada uno de los ciudadanos tiene respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial de suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que estos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa a un bien colectivo se lo está causando a sí mismo.”

Los derechos mencionados en el parrafo precedente (que facultan a los individuos a gozar de los bienes colectivos) fueron incorporados en el Código Civil y Comercial en los artículos 240 “Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva.” y el 241 “Jurisdicción. Cualquiera sea la Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

Además de encontrarse en el Título Preliminar, la prevención del daño es la base para la construcción de la normativa con respecto a la protección del medio ambiente. A ello debe sumarse, además, otro principio incorporado al Código Civil y Comercial contemplado en el artículo 1710: “Deber de prevención del daño “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) Evitar causar un daño no justificado; b) Adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) No agravar el daño, si ya se produjo.”

E introduce a través del artículo 1711 una norma de carácter procesal facultando al posible futuro damnificado una acción a fin de prevenir la ocurrencia del daño. El artículo expresa que “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.”

En cuanto al principio de prevención del daño, si bien no se encuentra comprendido en el Título Preliminar sino en el Capítulo destinado a regular el derecho de daños, su aplicación, dado el carácter preventivo que contiene, se extiende a todo el ordenamiento, ya que este deber de no dañar dimana de la propia Constitución Nacional que en su artículo 19 dispone “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”

También la bioética es receptada por la nueva legislación como un principio que adquiere jerarquía constitucional, no solo por el deber de acatar la manda constitucional y los tratados internacionales suscriptos por la Nación, sino que antes, al no estar contemplados de manera expresa en el Código de Vélez y no teniendo el juez al momento de dictar sentencia la obligación que imponen los artículos 2 y 3 es decir acudir al referido “diálogo de fuentes”, sumado a la obligación de fundar de manera razonable sus sentencias mediante la argumentación empleada; la aplicación de la bioética era discrecional para el juez.

Ahora, se incorpora de manera inexorable la obligación de respetar a la persona humana, su voluntad, la facultad que el artículo 17 le da de disponer de su propio cuerpo, de dictar directivas médicas anticipadas, la autonomía progresiva que a partir de los 13 años se da a los menores, reforzada y ampliada al cumplir 16 años y dejando de lado el arcaico y romano concepto de ejercicio de la patria potestad, que otorgaba a los progenitores un poder absoluto sobre la vida de los menores, el reconocimiento de que la persona es capaz y que solo ella puede determinar o autorizar su internaciones por cuestiones psiquiátricas, por lo que prácticamente las figuras del tutor y curador contenidas en la vieja legislación se han convertidos en normas prácticamente obsoletas.

Estos principios incorporados al derecho privado importan, además de una verdadera revolución, por lo menos en el derecho de familia, un cambio radical en los paradigmas

existentes hasta el 1º de agosto de 2015 y su aplicación es de carácter obligatorio, no sólo porque así surge del Código Civil y Comercial, sino que por mandato constitucional el juez se ve obligado a velar por su cumplimiento, ello se desprende del artículo 75 inciso 23 de la Carta Magna que dispone que es atribución del Congreso "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...".

El Código Civil y Comercial incorpora además uno de los más importantes principios contemplados en el ordenamiento supranacional el denominado "Interés Superior del Niño". Los artículos 19 y 20 de la Convención de Derechos del niño asegura la protección de éstos contra toda forma de "abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación..." agregando que los niños solo podrán ser privados de su medio familiar cuando su "superior interés exija que no permanezcan en ese medio" debiendo garantizar "otros tipos de cuidados para esos niños".

Este principio está expresamente plasmado en el artículo 706 Inciso c) de la nueva normativa, este artículo expresa que "El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente....c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas." y se ha convertido en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y un criterio para la intervención institucional destinada a su protección.

El principio proporciona un parámetro que permite resolver las cuestiones de los menores con los adultos que los tienen bajo su cuidado y la decisión final ha de ser la que resulte de mayor beneficio para aquellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto se prioriza el de los niños, reconociendo las propias necesidades y la aceptación de los derechos de quienes no pueden ejercerlos por sí mismos (conf. C 100.587, sent del 4-11-2009; C 119.647, sent del 16-III-2016 Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San isidro, Sala I)

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires tiene dicho que en caso que involucran niños, hay que contemplar su interés superior, ello resulta un límite y una orientación respecto a la intervención jurisdiccional ya que en los asuntos concernientes a ellos , orienta y condiciona la decisión que los Tribunales adopten, por lo que aislar lo

fáctico de lo procesal y de la cuestión sustancial o de fondo, limitarlo a lo meramente técnico e instrumental, sería sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible (conf. SCBA. Ac 56.535, sent. Del 16-III-99.)

## **B. Fundamentos de la reforma**

El antecedente directo del nuevo Código Civil y Comercial es el Anteproyecto de reforma del CC y C ya que es considerado como una pieza fundamental para establecer los cimientos sobre los que se edifica el nuevo ordenamiento legal, y resultan más que idóneos para la interpretación de los primeros artículos del nuevo Código, que hacen referencia a las denominadas fuentes y principios del derecho privado.

Es que, si las leyes deben ser interpretadas conforme la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscriptos por la República Argentina, esto implica un diálogo permanente entre el derecho constitucional-convencional y el derecho privado; por lo tanto todo cambio que se suscite en el primero repercute en el segundo. Esto acarrea como consecuencia que el Código Civil y Comercial, de manera permanente deba ser interpretado desde el punto de vista constitucional convencional. Así lo expuso la Comisión reformadora en sus Fundamentos: “Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero, además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo”.

De lo expuesto se desprende que uno de los principales fundamentos de la reforma es la “constitucionalización del derecho privado”, al que se hace expresa mención en el artículo 1º del cuerpo normativo, implicando esto una profunda innovación estableciendo lo que el propio Código denomina diálogo de fuentes.

Según los autores de la reforma, esto se refleja en prácticamente todos los campos del ordenamiento jurídico: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos.

Se pretende una nueva manera de formar el razonamiento del juez, que debe fundarse más en la ponderación que en la subsunción como metodología de pensar el derecho.

Se otorga además una fundamental preponderancia a la jurisprudencia regional, en particular, a la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y la identidad latinoamericana que pretende atribuírsele al Código Civil y Comercial.

Sin dejar de lado la tradicional concepción romanista y del Código napoleón, de gran importancia en la historia jurídica argentina, se han incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana y criterios que son comunes en la región. Otro de los fundamentos de la sanción del Código Civil y Comercial es la de darle un carácter de igualdad, pues a criterio de los integrantes de la comisión redactora: “Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables” (Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, Aspectos valorativos).

Otro de los fundamentos de la sanción del nuevo plexo normativo ha sido imponer un paradigma no discriminatorio, pues históricamente el sujeto del derecho privado ha sido el hombre y esto ha mutado para concebirlo en términos igualitarios, apartándose de llano de cualquier tipo de discriminación por sexo, raza, religión o riqueza.

Esto se pone de manifiesto pues en el Código sancionado se regula sobre la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, que hasta el momento de su sanción no habían tenido cabida en la legislación derogada.

Además de los derechos individuales, se incorporan los derechos de incidencia colectiva, ya recepcionados tanto por la jurisprudencia como por la reforma constitucional de 1994, pero no incorporados al Código de Velez y esto es de significativa importancia por su íntima relación con los recursos naturales. Tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales y es coherente con el actual derecho brasileño.

Otro de los valores importantes que introduce el Código es en materia de derecho familia dando lugar a un nuevo modelo que nace de una sociedad multicultural, El último valor axiológico que cabe destacar en su carácter de principal inspirador de la gran mayoría

de las modificaciones radicales que introduce el CC y C en el campo de las relaciones de familia, es que se trata de un “Código para una sociedad multicultural”.

En el comentario al Título Preliminar, los autores de la reforma refieren que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se reconoce que “En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”.

La idea de multiculturalidad se vincula con dos nociones básicas que están ínsitas y muy presentes en gran parte del CC y C: pluralismo y realidad. De allí, y siempre desde la necesaria visión sistémica, es entendible la preocupación que se manifiesta en el artículo en análisis acerca de la resolución de los casos; es decir, de los conflictos que se plantean en la sociedad.

### **C. Interpretación de la incorporación para el Presidente de la Corte Suprema de la Nación Ricardo Lorenzetti**

El presidente de la Corte Suprema de la Nación integró como presidente la Comisión Reformadora junto a las Doctoras Elena Highton y Aida Kemelmajer de Carlucci. Por esta razón es importante tener en cuenta cual es su visión con respecto a las modificaciones incorporadas en el nuevo CC y C.

Para autores como Cafferatta (2014) el cambio de paradigma que implica el nuevo Código Civil y Comercial comprende que la interpretación debe hacerse conforme a los tratados en los que la Argentina sea parte y la Constitución Nacional. Por otro lado, Lorenzetti (2014) “la proposición metodológica central, es que el Código defina los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento”, es decir que la base de este Código es la persona y por esta razón se tienen en cuenta e incorporan los valores y principios.

Estos “mandatos de optimización” lo que hacen es aportar directrices y criterios para lograr soluciones adecuadas. Dan respuesta a reclamos realizados durante largo tiempo por parte de la doctrina en cuanto incorpora estos principios que armonizan el derecho público con el derecho privado. Tal como lo indica Lorenzetti (2014) el nuevo Código” toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la Constitucionalización del derecho privado”.

Esta incorporación produce como consecuencia que como las normas deben ser interpretadas en concordancia con la Constitución y los tratados no se pueden restringir los derechos reconocidos por los mismos.

Como expresa Mosset Iturraspe (2011) “el derecho Civil se beneficia con la influencia del Derecho Constitucional, que se resumen básicamente, en “la idea del dialogo entre la Constitución y los Tratados, por un lado, y el Código Civil, los microsistemas y las decisiones judiciales, por el otro, para compadecer los principios y las reglas que vienen a disciplinar institutos como los contratos, la propiedad, la familia o la reparación de daños”. Por lo que entiende que este dialogo de fuentes es fructífero y enriquecedor.

El artículo 2 propone más claramente la imposición hacia los jueces del aplicar el dialogo de fuentes, realizar un análisis completo de todo el ordenamiento teniendo en cuenta la Constitución, sus principios y los tratados internacionales suscriptos por la Nación

En relación al Título Preliminar, sostiene el prestigioso jurista que el mismo debe ser concebido como la puerta de entrada al Código Civil y Comercial, pues a su entender comprende artículos de un importante significado valorativo de aplicación a todos los casos que se regulan y que por tal razón resulta de gran utilidad en el campo de la de la aplicación e interpretación del derecho pues da un lineamiento a seguir cuyo enfoque es una argumentación jurídica razonable dentro del plexo normativo aplicable.

Lorenzetti (2014) entiende que el Código Civil y Comercial distingue el derecho de la ley y consideró esto como un cambio fundamental respecto a la tradición anterior que sólo hacía mención de la ley, debiendo el juez aplicarla exegéticamente, por el contrario, con la sanción de la nueva normativa el juez no debe recurrir solo a la ley sino además a todas las demás fuentes, conjuntamente con los preceptos constitucionales y los tratados internacionales, completando su razonamiento con los principios y valores, y por ello se incluye un título relativo al derecho y otro referido a la ley. Esto implica que el título preliminar aplica su contenido a otras cuestiones tales como la obligación de decidir, las fuentes y reglas de interpretación, regulándose la ley como fuente formal

principal, contemplándose además principios referidos al derecho subjetivo, la buena fe, el abuso del derecho, el abuso de posición dominante, fraude a la ley, renuncia de la ley, ignorancia o error de la ley.

En su comentario al artículo 2º del Código Civil y Comercial Lorenzetti (2014) explica que en el Código de Velez los principios tenían un carácter supletorio, pero ahora en la nueva normativa tienen además una función de integración y control axiológico.

Para el Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación los principios son normas abiertas, que obligan a cumplir un mandato en la medida que esto sea posible y compatible con otros principios y entiende que son mandatos de optimización y para su aplicación se busca un nivel óptimo utilizando un juicio de ponderación, lo que implica realizar comparaciones, establecer el peso de cada principio y aplicar el de mayor correspondencia con el caso concreto, su aplicación se subsume a los hechos de la controversia, siendo imposible para el juez apartarse de la misma, de lo contrario es pasible de una sanción. En caso de existir dos normas que se contradicen entre si aplicables al caso, estamos en presencia de lo que se denomina antinomia y si se tratase de reglas de distinta jerarquía, prevalece la de mayor, esto puede suscitarse por ejemplo entre el Código de tránsito y una Ordenanza municipal, es por ello que a las reglas se aplica la deducción y cuando hay conflicto la antinomia.

Los principios para Lorenzetti (2014) son indeterminados, no están pensados para un supuesto de hecho puntual, por lo tanto, al no haber un supuesto de hecho no se aplica la deducción, pues “los principios son guías de razonamiento legal” y se aplican siempre y cuando no exista otro con el que se contraponen. La colisión entre principios es una ponderación porque en cada caso habrá que determinar de qué modo se mide la importancia de cada uno de ellos.

Por su parte, el autor, en su obra Teoría de la Decisión Judicial expresa que los principios son indeterminados ya que no tienen un supuesto de hecho específico como ocurre cuando estamos en presencia de una norma, por lo que podría entenderse que son de carácter genérico. Por tal razón para su aplicación no se aplica la deducción -o como él lo denomina “subsumir el hecho en el derecho”.

Entiende entonces que son “guías de razonamiento legal, y ordenan que se apliquen lo máximo posible”, y que siempre habrá otro principio opuesto al que se pretende utilizar, pero este posible choque entre principios no es una opción, sino que corresponde al juzgador definir la importancia que cada uno de ellos tiene para el caso dado.

Sostiene que hay una gran discrepancia al momento de conceptualizar cuales son reglas y principios, pero que lo que importa en primer término es establecer si el concepto es determinado o abierto, ya que en el primer caso el legislador define con precisión la conducta obligada, en el segundo, es decir principio, ya que tiene un carácter indeterminado, es el juez que va aplicarlo el que tiene el deber de concretizar. Cuando se trata de reglas a priori debe distinguirse la coherencia de la misma, en cambio con los principios, dado que son de carácter abierto, se plantean serios problemas de argumentación.

Lorenzetti (2014) entiende también que existen “principios jurídicos estructurantes”, ya que cambian el paradigma de análisis de una controversia ventilada en un pleito y argumenta que esto se da esencialmente en cuestiones de derecho ambiental, pues en este tema se producen cambios importantes en la forma de analizar el derecho vigente. Argumenta que hay un principio jurídico, tutela del ambiente, que impone la obligación de pensar diferente, “pasando de un paradigma “antropocéntrico” a otro “geocéntrico”. Lo que a su entender modifica el modo de interpretar el ordenamiento jurídico pues lo fundamental esta protección del medio ambiente.

### **III. Crítica a los principios incorporados en el Nuevo Código Civil y Comercial**

En su obra interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial, Amós Arturo Grajales y Nicolás Jorge Negri señalan que la Comisión reformadora tuvo por finalidad establecer una teoría de las fuentes del derecho, interpretación jurídica de la aplicación e interpretación del derecho. Se preguntan los autores si la regulación de estos temas es materia de un Código civil y Comercial, ya que las fuentes del derecho y la interpretación jurídica tienen base en una cuestión constitucional, son temas que tiene estrecha relación con la asignación o distribución de poderes y competencias.

Estos autores plantean que si el código no es más que una ley y cualquier otra ley posterior puede modificarlo o declararlo invalido por control de constitucionalidad o convencionalidad, como es posible que este abordando estos temas. Sugieren que los códigos tienen que regular las materias que le son propias y no contener cuestiones relacionadas con la interpretación o el sistema de fuentes. Aseguran que las materias regladas en el título preliminar sobrepasan el derecho civil y comercial e invaden el ámbito de otras disciplinas.

La cuestión de las fuentes es un tema de derecho constitucional pues son cuestiones relacionadas con la asignación y distribución de poderes o competencias y el ordenamiento jurídico. Reitera entonces que, si el Código Civil y Comercial es simplemente una ley que puede ser modificada por una ley posterior o puede ser declarada inválida por el control de constitucionalidad o convencionalidad, resulta impropio su tratamiento dentro del mismo plexo normativo.

La respuesta dada por Negri y Grajales a esto es que es que los códigos, históricamente en sus títulos preliminares, son un resabio de la codificación francesa, que entendían al código como una ley fundamental o derecho común. Calificada doctrina entiende que los códigos se limitan a regular materias que le son propias y no deben contener preceptos que aludan a fuentes o interpretación y a criterio por ejemplo de Vigo, el título preliminar de la nueva normativa excede el derecho civil y comercial, e invade cuestiones propias de otras disciplinas (Negri y Grajales, 2016).

Otra opinión importante es la formulada por Carlos Ghersi formula ("Inconstitucionalidad de la Ley 26.944 del Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos relativos a leyes de orden público.") serias críticas al Código reformado, pues entiende que hay un desconocimiento metodológico sino también de los legisladores que aprobaron la ley, haciendo hincapié en una falta total de entendimiento de la lógica jurídica, lo que a su juicio es de suma gravedad tanto para jueces como para abogados, en la inteligencia que crea inseguridad jurídica.

Sostiene que se ha avanzado en materias y contenidos que contaban con una regulación propia como por ejemplo la Ley de Contrato de Trabajo, la ley de Defensa del Consumidor o la Ley de Derechos del Paciente, todas ellas de orden público, mientras que el propio Código Civil y Comercial, es decir las normas que contiene no lo son. El autor tacha lo referido en el punto precedente de inconstitucional y contrario a los Pactos, Tratados y Convenciones Internacionales, a las que adhiriera la Argentina y a su criterio, prácticamente desconocidas por los legisladores.

Al momento de definir que se entiende por orden público cita al filósofo Oñate (1968), quien a entender de Ghersi da los presupuestos que debe contener una norma de orden público "el fin de la ley es proponer, mandar una cierta acción u omisión que se exige imperativamente, un cierto comportamiento, y propone un plus, modificar lo existente y proponer un nuevo valor."

En relación a la Ley de Derechos del Paciente, señala que para la misma el paciente es un sujeto vulnerable y por tal motivo correspondía el dictado de una norma con un importante contenido protectorio, que no pudiera ser fácilmente derogada por intereses corporativos contrarios. (Ley 26.569 de Derechos del Paciente).

A su entender, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora impropia e inconstitucionalmente, modificando una ley de orden público, y hace expresa referencia al contenido del artículo 59 que hace referencia al consentimiento que debe prestar el paciente, es decir, su contenido en el sentido que debe ser informado para actos médicos (sobre lo que ya había dispuesto la Ley de Derechos del Paciente). Y entiendo sobre este punto que existe un manifiesto desconocimiento del legislador que no comprenden que se trata de situaciones totalmente distintas, pues uno habla de actos de investigación en salud y el otro del derecho a la información, que hay protocolos distintos, lo que además de resultar un claro desconocimiento de la aplicación del derecho a la salud, acarrea confusiones tanto en los médicos como clínicas, hospitales y pacientes. A su entender todo aquello que modifique la ley de orden público, reduciendo los derechos del paciente es inconstitucional.

El autor considera que “sin sustento filosófico, metodológico y valorativo e incluso de pragmática sociológica, - son mejor dicho - pretenden modificarlas, lo cual sostenemos es inconstitucional y no resiste el control de convencionalidad que los Magistrados – concedores del derecho- deben aplicar de oficio, así por ejemplo, y especialmente en el caso de la regulación de la franquicia – entre otros – con la Ley de Contrato de Trabajo de orden público y las acciones contra el franquiciante del trabajador del Franquiciado., que poseía en los arts. 30 / 1 LCT.-”

En relación a la ley Defensa del consumidor, cita a Borda, quien en la reforma de la Ley 17.711, en el artículo 954 otorga un plus de protección al minusvalido. de poder dando pie a la revisión de un acto jurídico que evidencia una desproporcionada asimetría económica en las prestaciones. Relata que la Ley 24.240, a su criterio, es la más completa de la historia jurídica argentina ya que unificó todo el derecho al amparo de la denominada sociedad de consumo, un ejemplo de ello es que el 95% de los daños y los contratos son protegidos por esta ley.

#### **IV. La sentencia razonablemente fundada**

Esta exigencia para el juzgador surge del artículo 3º del C C y C que impone al juez la obligación de tomar una decisión en el caso que se somete a su jurisdicción mediante

el dictado de una sentencia, la cual de manera obligatoria de estar razonablemente fundada, conforme la manda contenida en el artículo 2º del mismo texto legal.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone en su artículo 171 “Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.” De este precepto constitucional se desprende que toda decisión emanada de un tribunal colegiado o unipersonal que no se encuentre debidamente fundada es pasible de ser declarada nula, ya que estaría violando un requerimiento impuesto por la propia Constitución.

La fundamentación de una sentencia puede no tener fin si tenemos un criterio o límite para determinar la validez formal de los argumentos. A su vez si no existe este criterio cualquier solución a la que lleguen los jueces podría ser cuestionada apuntando a sus argumentos.

Señala Lorenzetti (2014) que normalmente la validez de los argumentos es formal, lo que implica es que se debe identificar la norma a aplicar, en base a los criterios del supuesto de hecho, subsunción de la norma y solución de los problemas de antinomia. Cuando se trata de una cuestión compleja hay que recurrir a los principios para cubrir los espacios abiertos que dejan los preceptos jurídicos indeterminados. Hace la distinción entre la validez formal y material, la formal entiende que se debe seguir la cadena lógica que se aplica desde la norma especial a la general y el bloque de constitucionalidad y el material refiere a la aceptabilidad que tiene base en los principios jurídicos reconocidos.

La argumentación jurídica planteada por Dworkin (1975) a partir de los casos difíciles aborda la fundamentación de las premisas normativas de los argumentos jurídicos, la llamada justificación externa. Plantea la idea de una única respuesta correcta para cada caso. La interpretación en estos casos obtiene el significado de reconstruir el sistema jurídico en base al caso a resolver. Esto tiene por finalidad lograr una mejor argumentación para todo el sistema jurídico. Estas etapas son: en primer término, se identifican las reglas, normas y principios, la segunda es la etapa interpretativa propiamente dicha en la cual se buscan los argumentos para los elementos identificados en la primera etapa y por último la tercera etapa busca establecer la teoría a utilizar, su significado y cuál es la solución única para resolver el caso.

Como indican Grajales y Negri (2016) la finalidad de todo este proceso es lograr una coherencia a toda la estructura intelectual o conocimiento práctico. A su vez la base de esta teoría del derecho es la justicia con sus valores y principios, que Dworkin reclama, especialmente con respecto a la luz ética o práctica argumentativa de la igualdad.

Estos autores mencionan, a su vez, que para Dworkin “el derecho es una práctica humana desarrollada en el marco institucional, cuyo significado ha de ser comprendido mediante la capacitación de los principios morales y políticos que subyacen en dicha práctica y que la justifican”.

Los jueces tienen que aplicar la ley que otros poderes del Estado crearon y no pueden crear nuevas normas, ya que les está vedado legislar, dado que sólo es facultad del Congreso de la Nación, dentro del Estado de derecho. Esto es un ideal pero en la realidad las normas se presentan a veces con cierta vaguedad y tienen que ser interpretadas antes de poder aplicarlas.

Pero existen determinados casos en los que los jueces por más que reinterpreten las normas no pueden tomar una decisión razonada y ante tal situación particular tiene que “crear leyes nuevas”, o aplicar soluciones para un caso dado. Cuando los jueces “crean normas”, mediante el dictado de una sentencia que por ejemplo declara de inconstitucionalidad de una ley, actúan como una legislatura suplente, tienen que crear estas normas con argumentos y evidencia como si fuese la legislatura la que estuviese legislando. Cuando el caso es difícil la norma creada tiene que ser fundada en políticas o principios.

Se puede entender que las nuevas leyes que crean los jueces están marcadas por la tradición legal pero siempre son personales y originales (Dworkin, 1975).

Siguiendo a Porras (2014) cuando se habla de la sentencia razonablemente fundada, la misma debe ser dictada conforme a la razón y debe contener argumentos que permitan entender el razonamiento que llevó al juez a emitir tal decisión. Esto se denomina principio de razonabilidad y su aplicación es obligatoria tanto porque así lo estipula la Constitución como la jurisprudencia; y ahora así lo impone el nuevo Código de fondo en su artículo 3º, ya que cuando la sentencia carece de razonabilidad puede ser cazada por vía del recurso pertinente.

Entendiendo que lo razonable es lo contrario a lo arbitrario, es necesario en las resoluciones expresar los motivos por los cuales la norma es adecuada para el caso y que guarda coherencia con el resto del sistema jurídico, los principios, valores jurídicos

y fines perseguidos. Es decir que la aplicación de la norma y solución del caso tienen que adecuarse a los fines perseguidos por la norma. Cuando hablamos de razonabilidad también, hay que tener en cuenta las libertades y los derechos individuales, por lo que es un modo de dar las garantías mínimas.

Para Porras (2014) el artículo 2 del mismo título preliminar se encuentra amarrado al artículo 3 y esas pautas interpretativas “constituyen diques de contención para que el fallo judicial sea una decisión razonablemente fundada. A su vez, entiende que este artículo reafirma la “doctrina de la arbitrariedad, que tiende a resguardar la garantía de defensa en juicio y el debido proceso (art. 18, Constitución Nacional), exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente y de las circunstancias efectivamente comprobadas en la causa”.

Hubo cantidad de casos en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales provinciales abrieron instancias extraordinarias en casos en los que las sentencias tenían defectos de fundamentación idónea suficiente (carecer de sustento legal) entendida como una grave violación al artículo 18 de la Constitución Nacional que contiene las garantías del debido proceso. Esos casos dan muestra de la relación que hay entre lo resuelto por el juez y la garantía constitucional mencionada.

Entre los casos que dan lugar a esta violación constitucional se encuentran: el tratamiento inadecuado a la controversia resuelta, error lógico, falta de una resolución que resulte razonada y la falta de fundamentos entre otros.

Alsina (1961) entiende que la motivación de la sentencia comprende tres partes “la reconstrucción de los hechos, la determinación de la norma aplicable, y el examen de los requisitos para la procedencia de la acción del fallo. Pero hay otros autores que entienden que hay una diferencia entre fundar la sentencia y darle una motivación.

Para Lorenzetti (2014) en aquellos casos donde hay situaciones en las cuales es difícil establecer que ley es la aplicable hay que utilizar el dialogo de fuentes. Mediante el dialogo de fuentes se busca armonizar las leyes, la constitución, las costumbres y los tratados.

La argumentación es básicamente hacer llegar al interlocutor un argumento o razón para que considere correcta la conclusión a la que se ha llegado. A partir de todo lo mencionado previamente, es indispensable entender a este “estándar” de “razonablemente fundada” como un control para la decisión judicial, ya que considerando lo expresado en el mencionado artículo 2 del nuevo CC y C, hay que tener

en cuenta todo el conjunto de fuentes incluyendo los principios y valores. Es por esto, que, si tenemos analizamos el contenido del Título Preliminar, el juez tiene el deber de dictar una sentencia que contenga fundamentos y que a su vez esa solución debe estar en armonía con todo el ordenamiento jurídico. El deber de explicar por qué a los hechos del caso se le aplica determinada norma y fundamentar porque su decisión es acorde al derecho. Es decir, es una exigencia de mayor justificación de las decisiones.

La exigencia de la razonabilidad hace referencia a la necesidad de una fundamentación o argumentación de la postura que se toma al momento de resolver. También podemos entender que lo exigido por el artículo 3 tiene estrecha relación con las garantías constitucionales.

Por otro lado, en aquellos casos donde puede haber más de una solución, la razonabilidad, juega un rol central en cuanto a que la solución correcta será la que encuentre armonía con los principios y valores jurídicos, y se tiene que poder comprender por qué se optó por esa solución (las razones). También es importante que el juez al momento de dictar sentencia tenga en cuenta el contexto social y actual.

#### **V. Los principios y su aplicación en la sentencia a modo de conclusión**

De lo hasta aquí reseñado con la sanción del Código Civil y Comercial se otorga al Juez un nuevo rol e impone la obligación de desempeñar su actividad de manera distinta a como venía desarrollándose hasta la entrada en vigencia de la nueva normativa.

Si bien el artículo 16 del Código facultaba al juzgador en los casos dudosos a recurrir a leyes análogas y en caso de existir una laguna en el derecho recién acudir a las fuentes, los principios y valores, ahora por disponerlos así los artículos 2 y 3 del CC y C, no solo en los casos que aceptan soluciones ambiguas sino también en aquellos que el texto de ley aplicable es muy claro. Quien tiene a su cargo la tarea de emitir un veredicto debe realizar una actividad intelectual tal que permita que su decisión contemple, no sólo el frío texto de la regla jurídica aplicable a la solución de la cuestión sometida a su jurisdicción, sino que debe desprenderse de la misma el razonamiento que lo indujo a tomar tal decisión y los argumentos utilizados deben ser coherentes con la regla aplicada.

En estos argumentos, es obligatorio tener en mira al dictar su sentencia los principios que introduce el nuevo Código Civil y Comercial y 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, y

esto debe realiarse de manera concordante con el ordenamiento jurídico todo y los destinatarios naturales de las reglas vertidas en los artículos 1,2 y 3 del nuevo código de fondo no son otros que los jueces, entendiendo como tal a un juez actual, conciente de la realidad económica y social que lo rodea, quie debe dejar de lado toda ficción jurídica, ya que habrá de resolver bajo el nuevo código y su misión es la de definir la ruta señalada por el legislador. Estos son los principales destinatarios del Capítulo 1 del Título preliminar del nuevo Código, los que le imponen, además de reconocer las fuentes jurídicas, el deber de interpretar el derecho y las leyes –se trate del Código de Vélez o del nuevo CCy C- teniendo en mira las exigencias de la vida, la que habrá de integrarse con pauta actuales. Es decir que, independientemente de la redacción de la norma, los criterios para su aplicación variarán de acuerdo a cada caso nada mas y nada menos que por la obligación que pesa sobre el juzgador de interpretar la ley en concordancia con los principios, el derecho constitucionanl y supraconstitucionanl, incorporado por la nueva legislación como directiva dirigida directamente al iudicante.

El nuevo artículo 2 le otorga discrecionalidad al juez y la posibilidad de crear. Ya no tiene que aplicar unicamente la norma sino buscar en base a todas las fuentes mencionadas en este artículo la interpretación adecuada. Tiene que realizar una ponderación de principios ante cualquier situación para lograr una decisión adecuada.

En su argumentación, además de narrar los hechos, merituar los medios probatorios de que lo llevaron a resolver, tiene la obligación de verificar previamente si esa resolución es acorde no solo a la norma que aplica sino que debe además fundarla en las normas constitucionales y supra constitucionales que avalan la decisión tomada y los principios del derecho que ha tenido en cuenta al momento de tomar su decisión.

En el desarrollo de su sentencia el juez debe exponer las razones por las cuales adoptó la decisión y a tal fin debe desarrollar un argumento de tal fuerza que convenza a aquel a quien va destinada la sentencia de que la solución dada al caso es la correcta.

Por lo tanto los argumentos desarrollados tienen que ser coherentes, debe observarse y entenderse que existe concordancia entre el caso dado y la solución adoptada, que hay una verdadera motivación por la cual el juez adoptó ese criterio, y esta habrá de ser razonada y argumentada de manera tal que de la misma se desprenda que ha existido una verdadera y racional ponderación del principios y que se ha realizado una optimización criteriosa de los mismos.

Podemos decir entonces que, siendo abligatorio el Título I Capítulo 1º, se ha producido una importante modificación y la misma radica en el lugar desde donde el juez realiza

su análisis lo que importa que aunque no varíen los vocablos utilizados su significado y lo que prescribe ya no sea lo mismo. Esto es consecuencia de un cambio de paradigma pues ya no se aplica solo el texto de norma como ocurría a la luz del Código de Velez Sarfield, sino que el concepto de derecho o regla aplicable se amplía para incluir dentro del mismo a los principios.

La intención del legislador es que el juzgador funde su decisión y sus fundamentos en los principios y derechos constitucionales conjuntamente con la norma, además de su finalidad y los valores del derecho, incorporando de manera coherente los tratados sobre derechos humanos

Esto es así, debido a que, frente a la constitucionalización del derecho privado incorporada por el C C y C el juez no puede dictar su fallo sin tener en cuenta el contexto social, es decir que efectos va a tener su resolución y si la misma puede o no afectar derechos de terceros que a la luz de del artículo 2 puedan afectar ya sea derechos individuales o de incidencia colectiva, que deben ser respetados por el solo hecho de haber recepcionado la legislación los principios del derecho que deben ser tenido en cuenta a momento de decidir.

Este “nuevo juez”, al que podríamos denominar “constitucional” no puede abstraerse del contexto social, político y económico en que tendrá injerencia su resolución y si la misma puede afectar o no de manera directa o transversal otros derechos y garantías amparados por la Constitución Nacional y los tratados Internacionales, por ejemplo el interés superior del niño en un litigio donde haya menores.

El Código Civil y Comercial, a su vez, recoge dentro de su normativa creaciones de la jurisprudencia que fueron elaborándose en casos complejos, en los que la aplicación de la letra de la ley resultaba ajena al valor justicia. Viene al caso recordar un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en que de oficio se declaró la inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil que solo confería legitimación para reclamar indemnización por daño moral al damnificado directo, ampliando la misma y otorgando una compensación a los padres del menor que debían por el resto de vida del mismo otorgarle cuidados especiales a raíz de las secuelas sufridas por una mala praxis médica.

Esta ampliación de la legitimación para reclamar por este rubro fue receptada en la nueva normativa contituyendo esto un ejemplo de la incorporación al Código de fondo de las distintas doctrinas sentadas por los más altos tribunales de la República.

Si bien para Dworkin la casi totalidad de los casos sometidos a decisión judicial pueden resolverse con la simple aplicación de la ley, mientras que una pequeña parte restante, es decir los casos “difíciles” habrán de decidirse teniendo en cuenta los principios y valores, opino que en la actualidad, el margen de situaciones judicializadas en que la solución a adoptarse debe ser mirada teniendo en cuenta no solo el contenido de la norma se ha ampliado notablemente.

La protección del más débil, el abuso del derecho, el abuso de posición dominante, la defensa del consumidor, el interés superior del niño, la facultad de disponer del propio cuerpo, en suma la protección de los derechos humanos y aquellos de incidencia colectiva entre los que se encuentran el derecho a un ambiente sano, son principios que deben ser tenidos en casi todos en cuenta en todo tipo de proceso, por lo que el razonamiento del juez no puede ser ajeno a estos y tiene que estar incluidos, razonados, argumentados y aplicados o no en cada decisión judicial.

Por más que tengamos en cuenta todas estas modificaciones, tal como menciona Grajales (2016), también hay que tener en cuenta que la visión general y lo que se enseña en las facultades de derecho, sigue teniendo la lógica formal del “silogismo judicial”, la idea de que la principal función de los jueces es la aplicación de las normas. Es por esto que para que este cambio de paradigma se produzca, a su vez, tiene que cambiar en primer lugar el modo de enseñanza en las universidades y facultades.

Como la mayoría de la doctrina ha señalado en oportunidad de entrar en vigencia el Código Civil y Comercial, solo el paso del tiempo y las decisiones a dictarse en los distintos procesos determinarán si quienes hoy tienen a su cargo la posibilidad de impartir justicia, están a la altura de éstos cambios, hasta entonces simplemente hay que permanecer a la expectativa de que se cumpla con la finalidad que estos nuevos tiempos exigen.

## Bibliografía

- Alsina, H. (1961). Derecho Procesal. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar.
- Alonso, J. (2014). La estructura Logica de los principios de Robert Alexy. Un analisis critico. *Revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*. 10.
- Alterini, J. (2015). Código Civil y Comercial Comentado: tratado exegético. Buenos Aires: La Ley.
- Atienza, M. (2013). Curso de argumentación jurídica. Madrid: Editorial Trotta.
- Atienza, M. (2003). Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho (pp. 101 – 120). Alicante: Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante.
- Atienza, M. (1990). Para una teoría de la argumentación jurídica. *Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho*.
- Bazan, J. L. y Madrid, L. (1991). Racionalidad y razonabilidad en el derecho. *Revista chilena de derecho*.
- Cafferatta, N. (Noviembre, 2014). Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de : <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina388.pdf>
- Cafferatta, N. (2015). La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial. Thomson Reuters. Recuperado de: <http://thomsonreuterslatam.com/2015/04/nuevo-codigo-civil-la-cuestion-ambiental-en-el-codigo-civil-y-comercial/>
- Calamandrei, P. (1997). Elogio de los jueces. Buenos Aires: Librería El Foro.
- Douglas Price, J. (2012). La decisión judicial. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Dworkin, R. (1977). Los derechos en serio. España: Editorial Ariel.

- Dworkin, R. (Abril de 1975). Hard Cases. Harvard Law Review. Recuperado de: <http://legacydirs.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/dworkin-1975-hard-cases.pdf>
- Figueroa, A. (1998). Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Flah, L. (noviembre 2014). La incorporación de la bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial.
- Gelli, M. A. (2003). Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada segunda edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Ghersi, C. Inconstitucionalidad de la Ley 26.944 del Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos relativos a leyes de orden público. Recuperado de: <http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=31428&n=Inconstitucionalidad%20de%20la%20Ley%2026.944%20-%20para%20web.pdf>
- Grajales, A. y Negri, N. (24 de abril de 2013). Ronald Myles Dworkin y la teoría de la argumentación jurídica. Abeledo Perrot.
- Grajales, A. y Negri, N. (2014). Argumentación Jurídica. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Grajales, A. (2016). Ponderación y razonamiento jurídico a la luz de los nuevos Códigos en Argentina y Brasil. El juez como “la boca de los principios”. De la susunción a la ponderación. En García Amado, J. A. (Ed.). *Razonar sobre derechos*. España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Hart, H. L. A. (1980). El concepto de derecho, Segunda Edición. México: Editorial Nacional.
- Hart, H. L. A. (2012). El concepto de derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hernández, P. (1969). El artículo 14 constitucional y los principios generales del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 75 – 76.
- Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo I. Buenos Aires: Infojus.

- Lorenzetti, Ricardo. (2014). Código Civil y Comercial Comentado. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. (2014). Teoría de la Decisión Judicial. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Martinez Martinez, F. (2004). Teorías de la argumentacion juridica: una vision retrospectiva de tres autores. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 8.
- Mosset Iturraspe, J. (2011). Derecho Civil Constitucional. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Negri, Nicolas y Grajales, Amos. (2016). Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial. Buenos Aires: Astrea.
- Peczenik, A. (2001). Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Porras, A. R. (Diciembre de 2014). Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad. LL Gran Cuyo.
- Redondo, M. C. (2012). Razones y normas. Bogotá: Hermenéutica y raciocinio jurídico.
- Rivera, J. y Medina, G. (2014). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Buenos Aires: La Ley.
- Vazquez Ferreyra, R. (11 de noviembre de 2015). La función preventiva de la responsabilidad civil. La Ley.
- Vigo, R. (1968). Los principios generales del derecho. Recuperado de: <http://justicia365.esy.es/wordpress/wp-content/uploads/2017/05/Vigo-Rodolfo.pdf>