

DOCUMENTO DE TRABAJO PARA LA CÁTEDRA C
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO: *

NUEVAMENTE SOBRE EL DERECHO EN EL
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL¹

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

1. El dictado del Código Civil y Comercial mediante la ley 26.994 (ver Anexo I) plantea un desafío para su debida integración en el resto de la cultura jurídica y la cultura en general. Es importante que la respuesta a esta problemática sea adecuada y para ello vale emplear todas las posibilidades a nuestro alcance. Resulta significativo el movimiento que se ha suscitado para el estudio de la nueva normatividad. Habiéndose dictado el Código, decisión que en su momento no nos pareció del todo conveniente, es notorio que la innovación *recodificadora* que ahora se nos presenta es de modo notorio mayor que muchas de las otras novedades, incluso la de la reforma de la ley 17.711, y reclama un importante esfuerzo de todos los partícipes de la cultura jurídica. Hay que pagar el precio del ajuste, incluso con el incremento del *poder* de los que saben más y la debilidad de los que saben menos y la consideración del grado de “derogación orgánica” del Derecho anterior que produzca la recodificación.

2. El *Capítulo 1 del Título Preliminar*,² al que nos referimos específicamente en este documento, se remite al “*Derecho*”. Cabe preguntarse acerca

* Utilizado en diversas actividades que incluyen la Reunión Abierta efectuada conjuntamente con el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social el 28 de abril de 2015.

1 Cabe ampliar en nuestro artículo “El capítulo “Derecho” en el Código Civil y Comercial”, en “Investigación y Docencia”, 49, págs.63 y ss.

2 Dicen los Fundamentos del Anteproyecto que se ha de tener en cuenta el presupuesto

de la conveniencia de que la ley disponga qué se ha de entender por Derecho. Tal vez quepa considerar que la noción de Derecho excede lo dispuesto al respecto por la ley y hubiera sido más adecuado utilizar la denominación “Fuentes y aplicación, interpretación y deber de resolver”.

3. El *artículo 1*, referido a “*fuentes y aplicación*”, instala en la problemática de las fuentes reales de las normas, que pueden ser materiales, la realidad social misma, y *formales*, los relatos (autobiografías) de la realidad de los repartos proyectados que hacen los propios conductores (repartidores). Las fuentes formales son constituciones formales, tratados internacionales, leyes, decretos, sentencias, contratos, testamentos, etc. El Código Civil y Comercial establecido como anexo I de la Ley 26994 es una fuente formal cuya existencia viene desarrollándose y continuará desenvolviéndose en relación con las fuentes materiales, con la realidad social que el mismo capta. Hay que mantener la superación de las tendencias que afirman el origen divino o racional de las normas.

El Código Civil y Comercial se instala en clara diferencia con el espíritu “autonomizador” de subsistema casi cerrado del Derecho Privado, que imperaba hace unas décadas. Se ubica en correspondencia con la tendencia de los *neoconstitucionalismos*³ originada sobre todo a partir de la “segunda posguerra” mundial y la *constitucionalización* del Derecho Privado.⁴ Se trata del sentido de operatividad de la Constitución

de que el código civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema. (Fundamentos del Anteproyecto ... cits., <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, 10-3-2015).

3 ALEXY, Robert y otros, ed. a cargo de Miguel Carbonell, “Neoconstitucionalismo(s)”, Madrid, Trotta, 2003; miguelcarbonell.com, http://www.miguelcarbonell.com/venta/Neoconstitucionalismo_s.shtml, 8-3-2015; Neoconstitucionalismo en el siglo XXI, <http://es.slideshare.net/edergrande16/neoconstitucionalismo-en-el-siglo-xxi>, 8-3-2015.

4 Dicen los Fundamentos del Anteproyecto ... cits. “Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al aceptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada

y en nuestro caso del bloque constitucional, integrado asimismo por los tratados con jerarquía constitucional.

El Código remite a la Constitución y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.⁵ Quizás debió incluir también en esta disposición (tal vez innecesaria, pero con relativo sentido pedagógico)⁶ a todos los tratados en los que la República sea parte: los tratados poseen siempre jerarquía superior a las leyes (artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). De cierto modo, lo dispuesto corresponde a la interpretación que antes de la reforma constitucional de 1994 se había dado al artículo 31 de la Constitución Nacional.

Las antiguas fórmulas que dicen por ejemplo “por el Código Civil más allá del Código Civil” y “más allá del Código Civil por el Código Civil”⁷ podrían ser modificadas en un sentido actual mediante la fórmula “desde la Constitución y los tratados de derechos humanos en que la República sea parte, por el Código Civil y Comercial más allá del Código Civil y Comercial”.

por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.”, Fundamentos del Anteproyecto ... cits., <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, 10-3-2015.

V. por ej. MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, “La “constitucionalización” del Derecho Privado”, en “Revista Oficial del Poder Judicial”, 1 / 2 2007, [http://www.pj.gov.pe/wps/wcm/connect/44bdcf8043eb7b8ea76ee74684c6236a/15.+Doctrina+Internacional+-+Fabricio+Mantilla+Espinoza+\(Colombia\).pdf?MOD=AJPERES&-CACHEID=44bdcf8043eb7b8ea76ee74684c6236a](http://www.pj.gov.pe/wps/wcm/connect/44bdcf8043eb7b8ea76ee74684c6236a/15.+Doctrina+Internacional+-+Fabricio+Mantilla+Espinoza+(Colombia).pdf?MOD=AJPERES&-CACHEID=44bdcf8043eb7b8ea76ee74684c6236a), 9-3-2015; ALEGRE, Marcelo, “A propósito de la reforma al Código Civil. Duguit y la constitucionalización del Derecho Privado”, en “Pensar en derecho”, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/a-proposito-de-la-reforma-al-codigo-civil.pdf>, 2-3-2015. Cabe recordar DUGUIT, León, “Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón”, trad. Carlos G. Posada, Madrid, Francisco Beltrán, 1912.

- 5 Se hace referencia a los “casos” que el Código rige. Es interesante que se incremente la conciencia de la importancia de la noción de casos. El Código rige más que lo civil y comercial.
- 6 V. no obstante: “Se ha tratado de incluir sólo aquellas definiciones que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al artículo 495 del Código Civil.” (Fundamentos del Anteproyecto ... cits., <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, 10-3-2015).
- 7 En la tradición de Ihering, Saleilles, Géný, etc. (v. GÉNY, François, “Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif”, précède d’une Préface de Raymond Saleilles, 2ª. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1919; también se puede v. por ej. CABRILLAC, Rémy, “Las codificaciones”, Flandes Indiano,

El artículo 1 se refiere a la *finalidad* de la norma. Esa finalidad es difícil de establecer, al menos porque aunque se pretenda limitarla a la finalidad de los autores es muy compleja y cambiante, El Código no habla de lagunas como en otros términos lo hace el artículo 16 del Código Civil,⁸ quizás porque se piense que abarca una plenitud emergente del conjunto del bloque constitucional.

El artículo que comentamos atiende a los *usos*, las *prácticas* y las *costumbres*. Aunque la interpretación no nos parece fácil, entendemos que los declara vinculantes tanto si son invocados por la ley o “paralelos” a la ley, en situaciones no regladas legalmente, o son invocados por las partes, correspondiendo en este caso que no sean contrarios a Derecho. Consideramos que los usos, las prácticas y las costumbres invocados por las leyes o paralelos a ellas al menos en principio no pueden ser contrarios a Derecho. En todo caso, correrían la misma suerte que las leyes.

La invocación de los usos seguidos de las prácticas adopta en parte el recorrido del artículo 17 de Vélez Sarsfield y Borda, pero en este caso tal vez haya más influencia del sentido comercial incorporado al Código. En este espacio habría que ubicar por ejemplo a la “lex mercatoria”⁹ y los códigos de buenas prácticas comerciales.¹⁰

8 Infoleg, http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_preliminar_tituloI.htm, 8-3-2015).

Consideramos que la diferenciación entre interpretación, determinación y elaboración (como asimismo de las otras tareas del funcionamiento) puede ser útil para desarrollar más claridad en el razonamiento.

9 Lex Mercatoria, compilación Dr. R. M. Castrogiovanni, <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/lexmerc.pdf>, 7-3-2015; LABARIEGA VILLANUEVA, “La moderna lex mercatoria y el comercio internacional”, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/26/dtr/dtr3.pdf>, 6-3-2015.

10 Es posible v. Código de Buenas Prácticas Comerciales, “El decálogo que lo integra, ha sido diseñado tomando como punto de referencia las normas ISO 26000 sobre Responsabilidad Social Empresaria y IRAM 9900 sobre Buenas Prácticas Empresariales, la Ley 24.240, Ley 22.802, Ley 25.326, Carta del Ciudadano, la Constitución Nacional y Provincial.”, <http://www.camcomcba.com.ar/sites/default/files/CODIGO%20DE%20BUENAS%20PRACTICAS%20COMERCIALES.pdf>, 7-3-2015; Impulsan código de buenas prácticas comerciales, Portal de noticias, Gobierno de la Provincia de Córdoba, <http://prensa.cba.gov.ar/economia/impulsan-codigo-de-buenas-practicas-comerciales/>, 7-3-2015.

Se puede ampliar en nuestro artículo “El Código Civil argentino y las fuentes del Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, 15, págs. 37 y ss., <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/412/321>, 7-3-2015.

4. El artículo 2 considera la *interpretación*. Se atiende aquí, parcialmente, al complejo proceso de *funcionamiento* de las normas que a nuestro parecer incluye tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis.¹¹ Además ha de tener en cuenta el funcionamiento formal y el conjetural.¹² Se hace referencia básica a las *palabras* de la ley y se continúa atendiendo, nuevamente, a sus finalidades. A continuación se consideran las *leyes análogas*.¹³ Una nítida distinción entre la interpretación y la elaboración de las normas llevaría a considerar a la analogía en este último ámbito, como lo hace con bastante claridad el artículo 16 del Código Civil. Sin embargo, aquí se atiende a un conjunto donde parece que

-
- 11 Cabe ampliar en nuestros trabajos “El complejo del funcionamiento de las normas”, en “Investigación ...”, 40, págs. 43 y ss., Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd40_4.pdf, 20-3-2015; “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, 2008-B, págs. 782 y ss.
 - 12 Es posible ampliar en nuestro libro “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, 7-3-2014.
 - 13 La referencia a la analogía se apoya en gran medida a la racionalidad, que es una tradición occidental (donde se llega a sostener que Dios es racional), de modo distinto a lo que se ha sostenido en el voluntarismo occidental y parece imperar en el Islam (cabe c. por ej. MORADO, Guillermo Juan, “Islam, razón y religión”, La puerta de Damasco, <http://infocatolica.com/blog/puertadedamascophp/1408221101-islam-razon-y-religion>, 8-3-2015; incluso v. por ej. las dificultades de la analogía en ESTEVEZ BRASA, Teresa M., “Derecho Civil Musulmán”, Bs. As., Depalma, 1981, págs. 161 y ss.; Ley Islámica - Aún hoy en día la Analogía es rechazada por los grupos ortodoxos como los wahabí, predominante en Arabia Saudita, no obstante, otros sectores del Islam moderno reclaman el derecho del jurista a formarse su propia opinión en los casos a resolver. -, EcuRed, http://www.ecured.cu/index.php/Ley_Isl%C3%A1mica#La_analog.C3.Ada, 10-3-2015; FERNÁNDEZ, Yusuf, “El Islam y las escuelas jurídicas”, <http://www.libreria-mundoarabe.com/Boletines/n%BA43%20Nov.06/IslamEscuelasJuridicas.html>, 10-3-2015; VILLOTA COULLAUT, Román, “La evolución jurídica en el Islam” - Si el hecho a resolver no tiene antecedentes (o sí, pero la solución no es aceptada por el ulema que lo tiene que solventar), como además no se le puede aplicar la analogía de otro caso parecido, tienen que dictar una nueva resolución o fatwa partiendo de la nada y apoyándose únicamente en la regla sagrada, el Corán.-, Libertadmovil.com, <http://www.libertaddigital.com/otros/revista/articulos/31042247.htm>, 10-3-2015; GALERA, José Antonio, “Diálogo sobre el Islam”, Madrid, Palabra, 2006, págs. 72/3). La palabra analogía tiene un recorrido etimológico que encuentra raíces romanas y griegas.

se considera que no hay lagunas o se entiende que éstas no han de recibir atención semejante.

Una vez más el Capítulo se remite a los tratados de derechos humanos. Desde cierto punto de vista la ausencia de referencia a la Constitución podría ser inadmisibile¹⁴ si no fuera que ésta fue considerada en el artículo 1. En este sentido, nuevamente parece haber imperado un criterio pedagógico relativamente aceptable. Tal vez, sin embargo, el Código se inscriba en una tendencia que entiende que los derechos humanos, de referencia internacional, prevalecen sobre las Constituciones Nacionales.¹⁵

Se hace remisión importante a los *principios*,¹⁶ mandatos de optimización a ser ponderados que han adquirido especial relevancia en el pensamiento actual. De ser elementos de determinación y elaboración los principios han pasado a ser también referencias de interpretación. Es significativa no sólo la atención a los principios, de mayor alcance tridimensional,¹⁷ sino también a los *valores*. Al final importa la consideración de la *coherencia*, que adquiere un significado lógico relevante, a nuestro parecer, de cierto modo excesivo. La llamada “pirámide” normativa¹⁸ recibe aquí destacada relevancia.

5. El *artículo 3* atiende al *deber de resolver*, Se considera aquí, en sentido positivo, lo que el artículo 15 del Código Civil establece enérgicamente con referencia negativa: la prohibición de no resolver. Queda expuesta, de modo interesante, la ubicación en la problemática de la *jurisdicción*.¹⁹

14 En negación por contraste.

15 Ver nota 2

16 Cabe c. por ej. ESSER, Josef, “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado”, trad. E. Valenti Fiol, 1961; ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del derecho”, trad. José M. Seña, 2ª. ed., Barcelona, Gedisa, 1997, págs. 161 y ss.; DWOR-KIN, Ronald, “Los derechos en serio”, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, págs. 72 y ss. Se puede ampliar en nuestro artículo “Bases de la integración trialista para la ponderación de los principios”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, 29, págs. 9/25.

17 Cabe c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, “La conjetura ...”cit.

18 Es decir, el “escalonamiento” kelseniano.

19 Es posible ampliar en nuestro trabajo “Filosofía de la Jurisdicción - Con especial refe-

Resultan planteadas las tensiones de la *decisión*²⁰ y de la necesidad de resolver y se expresa con energía el deber de *razonabilidad*,²¹ que es distinta de la racionalidad. La razonabilidad como posibilidad de ser efectivamente razonado convoca como destinatarios a los distintos sectores de la sociedad, de ciertos modos, más específicamente las partes, sus patrocinantes y representantes, los otros órganos jurisdiccionales, etc. Son importantes la *adecuación multidireccional* del lenguaje y la comunicación en general. A medida que se “sabe” menos qué hay que adjudicar son más relevantes la legitimidad de los conductores y el diálogo entre las partes, los jueces y el resto de la sociedad. El Derecho se vale de conceptos relativamente propios, pero éstos han de formar parte del sistema de comunicación social. La comprensión por el conjunto de la sociedad es un requerimiento de la *república*²² en integración con la *democracia*.²³

rencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1092/996>, 10-3-2015.

- 20 Se puede ampliar en nuestro trabajo “El ámbito de la decisión jurídica (La construcción del caso)”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 24, págs. 65 y ss., Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/570/470>, 10-4-2015.
- 21 Cabe recordar por ej. RECASÉNS SICHES, Luis, “Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable””, México, Fondo de Cultura Económica, 1971; DAVID, Pedro R., “Espacio y relación existencial en el Derecho y “logos de lo razonable””, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1055/11.pdf>, 7-3-2015. También se puede v. la línea a la que pertenece ATIENZA, Manuel, “Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica”, 3ª. reimp., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, Biblioteca Jurídica Virtual, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=710>, 7-3-2015; “Para una razonable definición de «razonable»”, en “Doxa”, 4 (1987), págs. 189 y ss., <http://hdl.handle.net/10045/10909>, 7-3-2015, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/doxa-4/>, 7-3-2015. Es posible ampliar en nuestro artículo “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en “Investigación ...” cit., 33, págs. 9 y ss.
- 22 No solo como división de poderes sino como res publica, cosa común. Es importante que las sentencias logren fuerza de convicción en la sociedad (cabe recordar por ej. COSSIO, Carlos, “El Derecho en el Derecho Judicial”, 2ª. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1959, págs. 113 y ss, esp. págs. 146 y ss.).
- 23 La integración de la república y la democracia es uno de los requerimientos más importantes que ha de satisfacer la Argentina en este tiempo.

Se muestra así un “*sistema material*” en que los jueces deben resolver por autointegración o heterointegración,²⁴ donde formalmente les corresponde el “poder residual”. Sin embargo, importa atender a que, siempre, cada uno hace lo que quiere dentro de lo que puede y ha de querer y poder lo valioso.

Es relevante que el código pueda atender, como en parte ya lo hace, a los desafíos de una *nueva era*, signada por enormes cambios científicos, técnicos y morales. *Nuevas ramas* jurídicas han de entrar en profunda relación con el Derecho Civil y Comercial: el Derecho de la Salud, de la Ciencia y la Técnica, del Arte, de la Educación, de Menores y Adolescentes, de la Ancianidad, Ambiental, etc.²⁵ Será necesario adecuar otras ramas, como el Derecho Procesal.²⁶

6. En cierto sentido, el legislador ha limitado su desempeño refiriéndolo más a la tarea de los *jueces*²⁷ mucho depende de lo que éstos, dentro de lo que puedan, quieran asumir. Los jueces quedan facultados a producir importantes “desfraccionamientos”²⁸ de la justicia que, como tales, pueden producir cierta “*anarquía*” e “*inseguridad*”.²⁹ Un resguardo contra posibles desvíos es la invocación de la co-

Lo expuesto tiene cierta afinidad pero también importantes diferencias con manifestaciones de los partidos homónimos estadounidenses (es posible v. por ej. Republican National Committee, <https://www.gop.com/>, 20-3-2015; Republican Platform, <https://www.gop.com/platform/>, 20-3-2015; Democratic National Committee, <http://www.democrats.org/>, 20-3-2015; Demócratas y Republicanos, todo lo que hay que saber, Taringa, <http://m.taringa.net/posts/noticias/11867909/Democratas-y-Republicanos-todo-lo-que-hay-que-saber.html>, 18-3-2015).

24 Ahora en la penumbra.

25 Es posible ampliar en nuestro trabajo “Nuevas ramas jurídicas en un mundo nuevo”, en “La Ley”, 2011-A, págs. 841 y ss.

26 Dada la amplitud de posibilidades de desenvolvimiento a la actividad de los jueces que brinda el nuevo Código, “hacia arriba” remitiéndolos a fuentes superiores y “hacia abajo” por reiteradas referencias a las circunstancias de los casos, la nueva fuente influye de manera importante en el equilibrio de poderes. Mucho depende de quiénes serán los jueces.

27 Y de la influencia que logre obtener la doctrina.

En cuanto al incremento del poder de los jueces, es posible v. por ej. CHAUMET, Mario - MEROI, Andrea, “Es el derecho un juego de los jueces?”, en “La Ley”, 2008-D, págs. 717 y ss.

28 Apertura a nuevas consideraciones.

29 Los Fundamentos del Anteproyecto dicen, no obstante, que es un “Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales. En tanto se trata de la unificación del derecho civil y comercial, también se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles.”, Fundamentos del Anteproyecto ... cits.,

herencia del ordenamiento. Al fin el Código, como siempre ocurre en el Derecho, será lo que los jueces³⁰ y al fin el conjunto de la sociedad lo *hagan ser*.

Se trata, en suma, de una pieza de una *estrategia* de país que debe ser planteada y realizada con acierto.³¹ Como lo muestra, por ejemplo, el *integrativismo trialista*,³² cada uno de nosotros será parte de la vida del Código y el Código vivirá en nosotros.³³

<http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, 10-3-2015.

30 Cabe recordar ROSS, Alf, “Sobre el derecho y la justicia”, trad. Genaro R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1963 (dice incluso, por ejemplo, que el Derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares. Por lo tanto, para hallar los hechos que condicionan la vigencia de las normas debemos atender exclusivamente a la aplicación judicial del Derecho, y no al Derecho en acción entre individuos particulares – págs. 61/2).

31 Quizás el debate estratégico anterior al Código debió ser mayor.

32 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico cabe c. v. gr. GOLDSCHMIDT, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958 (2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1986); “Justicia y verdad”, Buenos Aires, La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Buenos Aires, Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/961/794>, 20-3-2015; “Metodología Dikelógica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1003/883>, 20-3-2015; “Estudios Jurídicos del Bicentenario”, Rosario, UNR Editora, 2010, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/EstudiosJuridicosdelBicentenario.pdf> “Distribuciones y repartos en el mundo jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones ... cit., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 20-3-2015; “Estudios Jurídicos del Bicentenario”, Rosario, UNR Editora, 2010, Centro de Investigaciones ... cit., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/EstudiosJuridicosdelBicentenario.pdf>, 20-3-2015; “Bases del pensamiento jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones ... cit., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 20-3-2015; “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, t. 2008-B, págs. 782 y ss.; Centro de Investigaciones ... cit., <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 20-3-2015; Facultad de Derecho Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, <http://www.cartapacio.edu.ar/>, 20-3-2015; Libros de Integrativismo Trialista, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/index>, 20-3-2015.

33 Una nueva legislación influye en el conjunto de la legislación, la actividad judicial (in-

cluyendo, por ejemplo, la tarea de los abogados), la administración, la investigación, la docencia, etc. A su vez es influida por el resto de estos despliegues. Los jueces y los abogados del Código Civil y Comercial tendrán que ser muy distintos de los que aplican los Códigos Civil y de Comercio (sin perjuicio de la necesidad de confirmar las informaciones, en cuanto a los debates al respecto cabe c. por ej. MERLO, Milton, “Código Civil desnuda dualidad en la Corte”, en “El Ciudadano”, 9 abril 2015, <http://www.elciudadanoweb.com/codigo-civil-desnuda-dualidad-en-la-corte/>, 10-4-2015; Justicia Legítima, <http://justicialegitima.org/>, 10-4-2015; “Julio Bárbaro: Justicia Legítima es una degradación”, en “Perfil”, 27/02/2015, Perfil.com, <http://www.perfil.com/politica/Julio-Barbaro-Justicia-Legitima-es-una-degradacion-20150227-0011.html>, 10-4-2015).

ANEXO I

TITULO PRELIMINAR

CAPITULO 1

Derecho

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

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

ARTICULO 3º.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.
8-3-2015.

Dicen los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación:

“4. El derecho

El propósito de este Capítulo no es dar una definición del derecho ni de sus fuentes, lo que sería impropio de un código, sino fijar reglas claras para la decisión. En tal sentido, se consideran las fuentes y se establece el requisito de la razonabilidad de las decisiones como un estándar de control de la decisión judicial.

El Código Civil vigente dispone la obligación de juzgar (artículo 15) y las directivas en caso de insuficiencia de la ley (artículo 16). Los proyectos de 1987 y de 1993 se limitaron a reformar el artículo 16. El Proyecto de 1998 regula el deber de resolver, y los usos y costumbres (artículos 5 y 6) El anteproyecto que se presenta se basa en las siguientes consideraciones:

4. 1. Las fuentes:

Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes.

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

De todos modos, queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *última ratio* del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645, entre otros).

Además, el anteproyecto regula el valor de la costumbre contemplando los casos en que la ley se refiera a ella o en ausencia de regulación.

4.2. Reglas de interpretación

A fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, se incorpora un artí-

culo relacionado con reglas de interpretación.

De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación.

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

Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto.

También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico.

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.

4.3. Obligación de decidir razonablemente

Finalmente, se regula la obligación de decidir, dirigida a los jueces, conforme con la tradición en nuestro Código Civil. Se agrega que la decisión debe ser razonablemente fundada, expresión que se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Esta disposición se aplica extensivamente a todos los que deben decidir casos con obligación de fundarlos.” (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, 12-3-2015).

Es posible v. por ej. Código Civil y Comercial de la Nación, <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales/>, 20-3-2015; ZANNONI, Eduardo A. y otros, “Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente”, Bs. As., Astrea, 2015.

Llama la atención que los Fundamentos se refieran correctamente, en general, a los tratados en que el país sea parte y el Código reduzca la remisión a los tratados *de derechos humanos* en los que la República sea parte. Parece que el Código adopta una posición reductora tal vez motivada por compromisos económicos, pero en ese caso “inconstitucional” (art. 75 inc. 22 de la CN). Quizás, en otro sentido, el artículo se inscriba en un “monismo con primacía del Derecho Internacional” limitado a la superioridad de los tratados de derechos humanos, pero entonces estaría en discordancia con el artículo 1.

ANEXO II

Como sucede siempre en el Derecho, el Código Civil y Comercial es una propuesta compleja, con diversas posibilidades de éxito o fracaso. También con diferentes posibilidades de aproximaciones esclarecedoras.

Cabe decir, por ejemplo, que hay que saber:

a) En qué medida están dadas las *condiciones históricas* que, con terminologías en parte hoy en desuso, se debatieron en la polémica brillante entre Thibaut y Savigny;

b) Cómo se desenvolverá el Código en un país como la Argentina, de “*contrato social*” a menudo claudicante, v. gr. por las tensiones entre los sectores más “hispanico tradicional” y más “anglofrancés”; peronista y antiperonista; kirchnerista y antikirchnerista; feudal, burgués y proletario, etc.

c) Si la construcción *técnica* ha dado forma a bases de la *ciencia*;

d) Si lo que se ha construido *normativamente* corresponde a las bases de la *realidad social* y de los *valores* pretendidos;

e) Si las *tácticas* de esta codificación son piezas de una *estrategia valiosa*;

f) Si se ha atendido a los *límites* de la realidad, en que cada uno hace lo que quiere dentro de lo que puede y ha de querer y poder lo que se considere valioso;

g) Si todos quienes han acompañado y acompañen el proyecto llegan a una *coincidencia mínima* real o hay desacuerdos relevantes ocultos;

h) Si se ha atendido a las bases *empíricas*, de más referencia aristotélica, o se han tomado senderos *idealistas* platonizantes,

De cierto modo puede decirse que, aunque con importantes diferencias grupales internas, el modelo de país pensado por Alberdi, Mitre, Vélez Sarsfield y Sarmiento referido a la cultura anglofrancesa y su proyección norteamericana y plasmado en el Código Civil de 1869, entregó (quizás “donó”) a los inmigrantes un país potencialmente maravilloso. Sin embargo, parece que ese modelo no pudo hacerse realidad. Es más, la evolución de las ideas hace que quizás la estrategia liberal de entonces ya no sea sustentable. Es necesario resolver cuál o cuáles son los modelos ahora sustentables, y en ese marco vale entender el Código Civil y Comercial. Hay que decidir cuál o cuáles han de ser los modelos de un país de cuya grandeza jurídica y humana *nosotros* somos responsables.