



El razonamiento jurídico en dos nuevos códigos de Argentina y Brasil: Del juez como “boca de la ley” y el método de la subsunción hacia al juez del Derecho y la ponderación

Amós A. Grajales*

El autor es doctor en Ciencias Jurídicas por la UNLP; Máster en Gestión de Negocios por la UCES, Abogado por la UNLP. Profesor de Cátedra en la Universidad de San Andrés y Profesor Adjunto ordinario en la UNLP.

Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur (Montesquieu, De L'esprit des lois).

“... los jueces no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes” (trad. de M. Blásquez y P. de Vega).

I. Introducción

Dos importantes códigos, con diferencia de escasos meses, fueron sancionados en la región de América del Sur. No se trata de cualquier clase de códigos: son el Código Civil y Comercial de la Argentina y el Código Procesal Civil de Brasil, que entran en vigencia casi al mismo tiempo.

Ambos Códigos no son meras actualizaciones o modificaciones legislativas, sino que constituyen la recepción de una nueva concepción del Derecho¹ y de una apuesta a una nueva *praxis* jurídica, dado que se procura pasar de un modelo de laboratorio “catedrático” a una práctica realista del derecho. En ambos casos, el centro de atención gira en torno a la función jurisdiccional y a la forma de resolver los conflictos de acuerdo los elementos y estructura de los ordenamientos jurídicos (normas y principios).

Se puede decir que existe una meta-significación de las palabras empleadas en los nuevos Códigos, cuyas implicancias no se vislumbran a primera vista del

¹ Por concepción del derecho se entiende un conjunto de respuestas con cierto grado de articulación a una serie de cuestiones básicas en relación con el derecho: a) cuáles son sus componentes básicos; b) qué se entiende por derecho válido y cómo se trazan los límites entre el derecho y el no derecho; c) qué relación guarda el derecho con la moral y con el poder; d) qué funciones cumple el derecho, qué objetivos y valores deben -o pueden- alcanzarse con él; e) cómo puede conocerse el derecho, de qué manera se puede construir el conocimiento jurídico; f) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del derecho; etc. (Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, 2ª ed. Ariel, Madrid, 2007, pp. 19-20).



articulado, puesto que trasuntan en un plano que se dirige al nervio mismo del sistema jurídico y que se escapan de una lectura superficial. Me refiero a las fuentes del derecho y a la manera en que debe ser aplicado por los operadores jurídicos y, de modo particular, a la forma que deben cumplir los jueces en el dictado de las sentencias tanto en Brasil como en Argentina².

Con la entrada en vigencia de ambos daremos una “vuelta la página” a más de dos siglos de cómo concebir y entender el fenómeno jurídico en la Región. Ello se debe, en gran medida, a la incorporación de una serie de elementos o componentes que se presentan y se exigen de una manera totalmente novedosa: la interpretación y aplicación de las normas a partir y desde los principios y valores jurídicos de una forma coherente con el ordenamiento (arts. 1 a 3, Código Civil y Comercial de Argentina y el 489 del Código Procesal Civil de Brasil), ello por cuanto ocupan un lugar preponderante en el método adoptado.

Por ello, el cambio no es de aquellos que puedan entenderse como *intra* sistémicos, sino que claramente modifican las bases sobre las que se sostiene el propio sistema o, mejor dicho, cambia lo que entendemos que resulta ser ese sistema mismo. Lo que hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial argentino se entendía por Derecho, lo que hasta ese momento se entendía cuál era la función

² Al respecto, José María Castán Suárez expone que los codificadores, atentos a las ideas europeas y sensibles a las influencias del iusnaturalismo racionalista y del positivismo, eludieron frecuentemente reflejar en los nuevos textos legales las concepciones fundamentales de la Escuela española del Derecho natural, aunque las conocieran bien por la sólida formación jurídica que tenían los principales de entre ellos. Todo así contribuía a la preterición del Derecho natural clásico: la crítica ilustrada al Derecho Común hispanoamericano, la crítica local contra las leyes hispánicas e indianas, la influencia del positivismo francés y de la Codificación francesa y, en términos generales, la difundida tentación de imitar a Francia y a los Estados Unidos de América. Bajo esas presiones trabajaron los codificadores civiles iberoamericanos. Entre ellos tienen especial importancia tres: Andrés Bello, Dalmacio Vélez Sársfield y Virgilio Teixeira de Freitas (“Las bases iusnaturalistas del derecho privado hispanoamericano”, publicado en el sitio web de la Academia de Córdoba (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/filosofia-del-derecho>)).

La Comisión reformadora del nuevo Código argentino –al referirse a la necesidad de contemplar un Título Preliminar- expusieron que el mismo responde a la necesidad de que “los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo”, de modo que se garantice la “seguridad jurídica” sin resignar “la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores” (“Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, punto III.1, párr. 4°).

Ricardo Lorenzetti, uno de los presidentes del Anteproyecto, señaló -en la presentación del Proyecto- que el nuevo Código es “un sistema complejo [en el que] existe una relación ineludible de la norma codificada con la constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta establece un diálogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado (artículos 1, 2 y 3). Se trata de directivas para la decisión judicial, que debe comenzar por el método deductivo, someterse al control de precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento, y dar explicaciones suficientemente razonables” (Código Civil y Comercial de la Nación, ed. La Ley, 2012, p. IV).



del juez, mutó. Lo que antes era la subsunción referida a la ley –simplicidad y sumisión- hoy es además y, principalmente, ponderación relativa al derecho con todas sus fuentes y componentes –complejidad y decisión-, y con la necesidad expresar los fundamentos o razones que justifican el fallo judicial (arts. 2 y 3, Cód. argentino; 489, Cód. brasileño).

De ahí, entonces, que se puede avizora una mutación de la función jurisdiccional desde la concepción decimonónica del juez como boca inanimada de la ley hacia un juez como llamado a adoptar una solución constructiva del derecho.

II. Repasemos de dónde venimos en el caso argentino

La Argentina –aun sin saberlo- enfrenta un cambio de paradigma jurídico no esperado con antelación. La impronta iuspositivista en el ámbito vernáculo caló hondo en nuestra cultura jurídica. Al punto tal, que más allá del ámbito de la filosofía del derecho en el país, donde se han advertido corrientes analíticas, trialistas o críticas, por solo mencionar algunas, la prédica de tales concepciones del derecho no ha podido trasvasar los muros sólidos e inexpugnables del círculo iusfilosófico.

Las ramas del Derecho y principalmente la civil y comercial se han mantenido incólumes, fieles a la más rancia tradición iuspositivista.

Es precisamente esa base iuspositivista la que sostuvo la codificación civil en territorio argentino influenciado decididamente por el proceso codificador americano y la codificación francesa.

Refería el profesor Borda en el año 1968 y en momentos de la reforma de la ley 17.711 del viejo Código Civil, *“su filosofía –la del Código- era la del siglo XIX: liberal, individualista, positivista... El liberalismo positivista confundió ley con Derecho, se interesó más por la seguridad que por la justicia. Hizo del respeto de la libre voluntad un dogma”*³.

Llamativa es la reflexión del propio Borda cuando en el mismo artículo citado sostiene: *“modernizado el Código en sus esencias, corregidos sus defectos*

³ Borda, Guillermo, “La Ley 17.711 de reformas al Código Civil”, revista EL Derecho, t. 27, 1969, p. 921.



*más notorios ¿Qué sentido tiene ya una reforma total? ¿Una mera razón técnica jurídica justificaría el salto en el vacío que es un nuevo Código Civil?*⁴.

Aún desde la perspectiva en que el renombrado Borda efectuaba las preguntas (la cual era su defensa a la reforma introducida por la ley 17.711 al viejo Código) los interrogantes son altamente valiosos en nuestro tiempo y enfrentados al cambio de Código producido.

Y frente a tales interrogantes la respuesta es que precisamente aquí sí, los mentores de este nuevo Código Civil y Comercial primero y los legisladores luego han considerado necesario el cambio *in totum* del Código Civil y han derogado el Código de Comercio, porque lo que han cambiado es la ideología que lo sostiene y la concepción del derecho dentro del cual se explica. Los cambios en las instituciones reguladas son un reflejo del cambio ideológico y no una causa del mismo.

Podrán decir algunos que el cambio –como opinaba Borda- resulta un “salto al vacío”. Podrán decir otros, que cada vez que se cambia drásticamente de modelo teórico o de paradigma –en términos kuhnianos-,⁵ para los sostenedores del viejo modelo o paradigma, lo nuevo es un definitivo y peligroso salto al vacío.

Lo cierto es que si algo ha cambiado en este nuevo código es la visión de que el Derecho ya no es identificable exclusivamente con la ley y ello cambia la sustancia misma de lo que significa el Código como regla del derecho que organiza la familia, la sociedad y las relaciones entre las personas. Pero a su vez implica que la nueva regla de derecho se involucre directamente con el hacer de los jueces y con el modo de dictar sus sentencias. Así el nuevo Código enfrenta desde una nueva concepción los problemas del Derecho. En las páginas siguientes intentaré justificar mi osada afirmación.

Ahora bien, debe ser reconocido que la visión iuspositivista que ha tenido preeminencia entorno al Código Civil tiene más que ver con la significación del Código, su aplicación y la postura en reconocer al mismo como el cuerpo sistemático que constituye el Derecho (por lo menos en el ámbito civil) que con una efectiva adscripción de su autor a las posturas iuspositivistas de la época y menos

⁴ Idem, p. 923.

⁵ Como lo explicaré más adelante en el texto.



aún a posturas iuspositivistas que ni siquiera existían en la época (por caso la postura kelseniana sobre el Derecho)⁶.

Pero aún admitiendo que Vélez Sarsfield por convicción en algunos aspectos de las teorías del Derecho Natural⁷ y por imposibilidad temporal, no fuese un cultor del positivismo jurídico kelseniano; su obra fue sin dudas el producto de una época influenciada por corrientes de pensamiento jurídico y filosófico de la segunda mitad del siglo XIX. Al respecto, el conocido profesor cordobés, Moisset de Espanés, reflexiona del siguiente modo: “Si quisiéramos tipificar al siglo XIX podríamos utilizar tres rótulos: liberalismo, positivismo, individualismo; y Vélez inmerso en ese ambiente no escapó al influjo de tales orientaciones que aparecen, sin dudas, reflejadas en su obra”⁸.

No obstante ello, lo cierto es que, lo que sustenta sin dudarlo, la idea de que el Código Civil argentino vigente hasta este año fuera la columna de la concepción positivista del derecho que durante al menos los últimos 134 años de historia jurídica en el país se ha mantenido, es el hecho de identificar al mismo con la expresión totalizadora del Derecho, al mismo tiempo de focalizar como método interpretativo de sus normas, la una pauta exegética incommovible a pesar de los años para descifrar el sentido de la ley. Y tal idea exegética está claramente presente en el viejo Código. La ley y la voluntad del legislador para desentrañar su sentido ha sido una idea fuerza que impregnó el Código Civil y se ha mantenido incólume. En ello una clara postura positivista para enfrentar el fenómeno jurídico.

Veremos cómo a partir del artículo 2° del nuevo Código Civil y Comercial esa idea rectora se desmorona inevitablemente.

III. Ahora hablemos de los Jueces y nuestro viejo Código Civil.

Nuestro modelo nace de la codificación francesa y de la desconfianza que tenían en el nuevo régimen hacia a los jueces que, en su gran mayoría, provenían del anterior gobierno. Desconfianza que –en mayor o en menor medida- se mantuvo durante mucho y que le dio un perfil determinado a la forma de aplicar el derecho

⁶ Ver el interesante trabajo del profesor Pedro León: “Ideologías atribuidas al legislador”, revista La Ley, t. 135, p. 1307 y ss.

⁷ Ibidem.

⁸ Moisset de Espanés, Luis, “Cambio social y cambio legislativo”, Anuario de derecho civil, Ministerio de Justicia de España, vol. 33, N° 1, 1980, pp. 105-124.



y en el empleo de las fuentes (la ley). Muchos de los principios generales que seguimos a rajatabla parten de aquella base fáctica. El modelo desconfía de los jueces y, por tanto, solo se le permite hablar a través de su sentencia. Pero no para hablar libremente sino para pronunciar las palabras de la ley que, precisamente, no es, ni debe ser hecha por él. Es la ley el fundamento primero y último de su decisión. Partirá de ella para pensar una solución y volverá a ella para justificar la misma. Todos los demás elementos que puedan utilizar solo sirven para confirmar que eligió la norma correcta, pues en esa corrección está la justicia para el caso.

La Revolución francesa combinando los aportes ideológicos de Hobbes, Rousseau y Montesquieu concluye en un modelo de magistratura que actuará aplicando la ley a situaciones particulares, logrando una solución correcta y sin apartarse de la voluntad del legislador expresada en la letra de la ley que aplica. Posteriormente y para garantizar este modelo surge la institución de la casación y a partir del Código Civil francés de 1804 el principio del *non liquet*, que sitúa al juez en la obligación inexcusable de fallar o decidir todos los casos que se le presenten⁹. A ello se añade el tipo penal del desacato, precisamente que reprime al magistrado que no aplica la ley.

Este modelo de proceso decimonónico es fiel reflejo del modo en fue concebida la función política del juez a partir de la revolución francesa. El juez sólo era la "boca de la ley" (Montesquieu), la función de las sentencias era sólo "declarativa" del Derecho, no admitiéndose que el juez diera órdenes. Este modo

⁹ Cfr. arts. 10 y 11 del Decreto del 16-19 de agosto de 1790. Calamandrei, Piero, *La casación civil*, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956, traducción de N. Alcalá-Zamora, v. I, 2, p. 29 y ss.

Como explica Bobbio (*El positivismo jurídico*, ed. Debate, Madrid, 1993, p. 46): corresponde tener en cuenta que antes de la formación del Estado moderno, el juez –en la resolución de las controversias- no estaba obligado a escoger exclusivamente normas emanadas del órgano legislativo del Estado, sino que tenía una relativa libertad de elección en la determinación de la norma a aplicar; podía deducirla de las reglas consuetudinarias, o bien de las elaboradas por los juristas, o bien podía resolver el caso en cuestión a través de criterios equitativos, obteniendo la regla a aplicar mediante principios de la razón natural. Todas estas reglas estaban en el mismo plano, entre todas ellas el juez podía extraer las normas a aplicar, y, por tanto, era todas a la vez “fuentes del derecho”. Esto permitía hablar a los juristas de dos especies de Derecho, natural y positivo, en cuanto el juez podía obtener la norma tanto de reglas preexistentes en la sociedad (Derecho positivo) cuanto de principios equitativos y de la razón (Derecho natural).

Sin embargo, con el advenimiento del Estado moderno, el juez, de órgano libre de la sociedad pasa a ser órgano del Estado, mejor dicho, pasa a ser un auténtico funcionario del Estado. Por ello, según el análisis de Ehrlich en su obra *La lógica del jurista*, este hecho transforma al juez en titular de uno de los poderes estatales, el judicial, subordinado al legislativo; e impone al mismo juez la resolución de las controversias únicamente a través de las reglas emanadas del órgano legislativo o puedan ser reconocidas de alguna forma por parte del Estado (normas consuetudinarias).



de ver las cosas subordinaba al Poder Judicial al Legislativo y favorecía una visión estática y legalista del derecho¹⁰.

Claramente la del juez, en la concepción que ha predominado durante los siglos XIX y XX en nuestros países de raíz latina, es una tarea aplicadora de Derecho o la manera que desde la Teoría Pura del Derecho enseñaba Kelsen como “la faz *dinámica* del Derecho”¹¹ que alude a la tarea de interpretación y aplicación de la ley.

En este aspecto, en la tradición jurídica argentina poco nos hemos apartado de los instrumentos metodológicos brindados por el positivismo formalista de la Escuela de la Exégesis, la Jurisprudencia Analítica de Austin y la Jurisprudencia de Conceptos, así como por la “Teoría General del Derecho”¹², más allá que desde hace varias décadas se ha resaltado la insuficiencia de los instrumentos brindados por estas posturas jurídicas¹³.

A modo de ejemplo –y reconocimiento- la postura de García Amado quien aclara: “*Denominaré positivista a la teoría de la interpretación que aquí presento. Y es obligado puntualizar de inmediato que el positivismo del que participo es del tipo del que defendiera en el siglo XX un autor como Hart. No tiene ninguna relación, por tanto, con el ingenuo formalismo y el optimismo ciego de gran parte del positivismo decimonónico, como el de la escuela de la exégesis*”.

“*Este positivismo decimonónico se basaba en una visión completamente idealizada del sistema jurídico, según la cual dicho sistema goza de tres maravillosas virtudes: es completo, es decir, no tiene lagunas; es coherente, lo que implica que no se dan en su seno antinomias; y es claro, lo que supone que sus normas o bien se contienen en enunciados que raramente plantean oscuridades o indeterminaciones semánticas y sintácticas (escuela de la exégesis, en Francia) o bien tales normas existen independientemente de su concreta enunciación, en un mundo de entidades ideales o conceptos puros que en su seno abrigan la plena prefiguración de cualquier institución jurídica (jurisprudencia de conceptos, en*

¹⁰ Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Mulino, 1976, pp. 287/291.

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 15 ed., Porrúa, México, 2007, traducción de R. Vernengo, pp. 83 y 349 y ss.

¹² Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, ed. Barcanova, Barcelona, 1985, pp. 196/207. Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, ed. Astrea, Buenos Aires, pp. 295-299 y 303-305.

¹³ Cfr. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducido por E. Gimbernat Ordeig, ed. Ariel, Barcelona, 1966, pp. 51 y ss.; 98 a 156. Ello más allá de los problemas que plantea el positivismo jurídico en el modo de abordar el tratamiento del concepto de derecho y sus resultados.



Alemania). Ese positivismo ingenuo y metafísico cayó en el más absoluto descrédito teórico con el paso del siglo XIX al siglo XX, por obra de la contundente crítica de corrientes como la escuela de derecho libre, la jurisprudencia de intereses, el realismo jurídico, etc., y muy particularmente de autores como Jhering (en su segunda época), Gény, Heck, Kantorowicz, Fuchs, Ehrlich, Ross, etc. Y Kelsen, no lo olvidemos, que desde su positivismo fustigó con saña la teoría de la interpretación y aplicación del derecho propia de las mencionadas doctrinas decimonónicas. Es fácil comprobarlo contrastando las tesis de aquellos con el capítulo último de la kelseniana Teoría pura del derecho en cualquiera de sus ediciones¹⁴.

No se me escapa así, que desde aquellas posturas decimonónicas hasta nuestros días, un mar de posiciones positivistas en materia de interpretación de normas, ha trastocado el original sentido de lo que pudo entenderse como un formalismo positivista, durante el siglo XX.

Así pues, no hay que perder de vista que lo primero que debemos considerar al estudiar cualquier fenómeno relacionado con el derecho es que el mismo parte de una previa concepción del derecho. Dicha concepción es la que determina lo que finalmente entendamos del fenómeno.

Lo cierto es que, a pesar de las modificaciones sustanciales en lo que se entiende por positivismo en materia de interpretación de normas, la concepción del derecho que se mantiene como predominantemente hasta nuestros días en nuestro país –como en tantos otros-, es la que sostiene que la tarea del juez está asociada exclusivamente a la de un aplicador de normas. En nuestras “escuelas de derecho”, “facultades”, verdaderas factorías de abogados, lo que ha predominado es la enseñanza de un formalismo legalista, de una lógica formal en la tarea aplicadora del derecho que tiene como eje fundamental el “silogismo judicial” como único procedimiento lógico en la tarea de juzgar¹⁵.

Pero lo dicho también se imbrica en una concepción formalista de la ciencia jurídica, la que se configura según el modelo de las ciencias lógico-

¹⁴ García Amado, Juan Antonio, “Interpretar, Argumentar, Decidir”, publicado en *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal*, José Hurtado Pozo (director), año 2005, ed, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p. 31 y ss.

¹⁵ Böhmer, Martín, *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, ed. Gedisa, Barcelona, 1999.



formales: su tarea consiste en organizar lógica y sistemáticamente las normas jurídicas, a fin de facilitar su aplicación, de forma tal que la misma aparezca también como una simple operación lógica: la conclusión es el resultado de una serie de deducciones, donde los aspectos éticos, políticos, sociológicos, económicos, etcétera, no deben ser tenidos en cuenta. Por mucho que pueda haber avanzado la ciencia del Derecho la concepción del Derecho en nuestro país no se apartó mucho de esa visión maniquea de la tarea jurídica y menos aún de la tarea jurisdiccional que ella implica.

Tal concepción tuvo su razón de ser en una serie de circunstancias socio-políticas: la constitución del Estado moderno que monopoliza la producción y sanción del Derecho; la difusión de modelos de organización social de carácter burocrático; la ascensión al poder de grupos sociales –la clase burguesa- interesados en exaltar el valor de la previsibilidad y seguridad del Derecho; etcétera¹⁶.

En efecto, entre los principales postulados de esta concepción se mencionan el racionalismo, la teoría política sobre la separación de poderes y el residuo de la desconfianza hacia discrecionalidad –muchas veces arbitrariedad- de que habían gozado los tribunales del Antiguo Régimen en el Derecho francés¹⁷.

Todo ello hizo que se intentase presentar el mecanismo de la aplicación judicial del Derecho como el resultado de un silogismo, una simple subsunción: la base del dogma de la división de poderes conlleva una visión de la función judicial como una tarea meramente mecanicista: el juez –decía Montesquieu- no es más que la boca muerta que pronuncia las palabras de la ley (*la bouche qui prononce les paroles de loi*)¹⁸.

¹⁶ Weber, Max, *Economía y sociedad*, traducción de J. Medina Echevarría y otros, ed. Fondo Cultura Económica, México, 1964.

¹⁷ Latorre, Ángel, *Introducción al Derecho*, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 1974, pp. 90-91, n. 37. El razonamiento sería el siguiente –dice Latorre- la premisa mayor está constituida por la norma abstracta y general aplicable al caso concreto sometido a juicio; la premisa menor, por los hechos de este caso, y la conclusión se obtiene subsumiendo ese hecho concreto en la norma general de la premisa mayor. Supongamos –añade como ejemplo- un caso de homicidio: el que matare a un hombre será condenado como reo de homicidio a la pena de reclusión menor (premisa mayor); es así que A ha matado a B (premisa menor), luego A debe ser condenado a la pena de reclusión menor (conclusión derivada de la subsunción de la premisa menor en la mayor). La misión de los tribunales es aplicar el Derecho a los hechos. Son principios generalmente admitidos que el Derecho es conocido por el juez, en tanto que los hechos deben ser alegados y probados por las partes. Tal concepción se refleja en diversos aforismos forenses que aún se citan: *iura novit curia; da mihi factum dabo tibi ius*.

¹⁸ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Libro XI, Capítulo VI. En la traducción de M. Blásquez y P. de Vega, ed. Sarpe, Madrid, 1984 –cedida por ed. Tecnos, Madrid-, se dice que “... los jueces no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres



La doctrina mecanicista del Derecho, que hace prevalecer en la actividad del jurista el elemento declarativo sobre el productivo o creativo del Derecho, precisó de dos postulados dogmáticos: la plenitud y la coherencia del ordenamiento jurídico; se necesita que el ordenamiento legal ofrezca una respuesta unívoca para todos los problemas que puedan plantearse y que no haya contradicciones ni ambigüedades, de forma tal que el intérprete no realice ninguna “aportación personal” en la resolución del caso (Bobbio)¹⁹.

Ahora bien tal postura original lejos de ser abandonada de raíz por la dogmática y la educación jurídica vernácula y en mayor medida por la judicatura, dando paso a versiones más próximas como la del positivismo contemporáneo y con ello admitir, lo que el formalismo jurídico y la visión exegética negaban: una mayor discrecionalidad del juez a la hora de interpretar y aplicar el derecho; han permanecido perennes en la cultura jurídica de nuestro país. Y asimismo ello debería estar acompañando por una mayor preocupación por la justificación de las decisiones (Vigo)²⁰.

Hoy en día, sin embargo, una somera investigación de la problemática de la decisión judicial (la sentencia dictada en un proceso jurisdiccional), permite observar la cada vez mayor influencia de nuevas concepciones del derecho, tales como el *constitucionalismo democrático* y que se caracteriza por la necesidad de legitimar la función de sentenciar –especialmente- las decisiones emanadas de los órganos judiciales encargados de resolver los conflictos mediante un razonamiento justificatorio, esto es, la argumentación jurídica²¹.

Así a modo de primera reflexión sobre el particular, en el caso Argentino, más allá de fallos señeros de nuestro máximo Tribunal²² y de otros

inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes” (t. 1, p. 175). En la versión castellana de N. Estevanez, ed. Albatros, Buenos Aires, 1942, t. 1, Libro Undécimo, Capítulo VI, se dice que las sentencias no deben “... otra cosa que un texto preciso de la ley” (p. 211); es más, sostiene que: “De los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es casi nulo” (p. 214).

¹⁹ García Amado suma una tercera característica: es claro.

²⁰ Vigo, Rodolfo L., “La matriz de la decisión judicial”, revista La Ley (Argentina), t. 2013-C, p. 1275; idem, “Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional”, Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley (Argentina), 2010 (febrero), t. 2010-A, p. 1165.

²¹ Grajales, Amós A. y Negri, Nicolás J., *Argumentación Jurídica*, ed. Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 4 y ss.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), autos “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, sent. del 13/03/2012; idem, “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, publicado en *Fallos*: 316:479 (1993); idem, “Simón”, publicado en *Fallos*: 328:2056



máximos Tribunales provinciales. A modo de ejemplo de uno de estos fallos podemos recordar toda una definición sobre el derecho en boca de quien a la postre sería el redactor del nuevo Código Civil y Comercial. Leamos lo que nos dice el doctor Lorenzetti en el histórico fallo “Simon”²³: “El derecho es un sistema de reglas y de principios y estos últimos permiten una apertura hacia las consideraciones morales del derecho (Lon Fuller, "The morality of law", New Haven, Yale University Press, 1969). Las proposiciones normativas exhiben una pretensión de verdad o corrección que las vincula con la visión ética del derecho, lo cual, en el campo de los derechos humanos, permite una conciliación de su tutela con la aplicación de los principios republicanos (Jürgen Habermas, "Derechos humanos y Soberanía popular. Concepción liberal y republicana", en "Derechos y Libertades", número 3, Madrid, Universidad Carlos III, 1994). Esta pretensión de fundamentabilidad ética de la legislación ha llevado a sostener que el legislador puede dictar una ley que revela una insoportable contradicción con la justicia, y que el ciudadano no debe obedecer (Robert Alexy, "La decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín", en Revista "Doxa", Alicante, 1997)”.

Es decir que no podemos afirmar que no existiera un rumbo jurisprudencial a nivel de los tribunales superiores tendiente a romper con la vieja y anquilosada tradición iuspositivista, pero lo cierto es que la Magistratura en general ha rehuído de avanzar sobre la base de estas posturas.

IV. ¿Un salto al vacío?

Expuestos, sintéticamente, los orígenes y los por qué de nuestro modelo, la siguiente cuestión a elucidar es la compleja situación que nos trae el nuevo Código Civil y Comercial dada, fundamentalmente, por la nueva concepción del derecho y, en particular, la de saber cómo, desde aquel modelo lógico-formal decimonónico, podemos dar el paso –o “salto”- hacia el nuevo modelo pergeñado por el legislador bajo un nuevo paradigma principialista, con diálogo de fuentes, presentando una constitucionalización del derecho privado, abierto a un contexto

²³ Ver nota 23.



multicultural y, particularmente, todos estos temas encomendados o dirigidos a ser dilucidados mediante la función judicial.

La cultura jurídica asentada sobre las bases del viejo modelo, con una normativa más o menos acorde a dicho sistema, necesariamente ha de cambiar. Implica que debe cambiarse la matriz de las facultades de derecho, profesores, investigadores, etcétera, que enseñaban o explicaban una forma de entender la realidad jurídica bajo el prisma del paradigma decimonónico. Hoy el Derecho es por imperio de lo dispuesto en la propia norma, otro Derecho. Más parecido a la definición de Lorenzetti en el caso “Simón” que al inveterado “conjunto de normas jurídicas positivas” de otros tiempos. Los nuevos operadores jurídicos deberán formarse entendiendo este profundo cambio.

Es un desafío que vengo advirtiendo. Pero debemos implementar los instrumentos y organismos necesarios para dar el siguiente paso, puesto que de lo contrario podría entenderse al nuevo Código efectivamente como un “salto al vacío”.

El legislador argentino -en un breve artículo- impone un nuevo modo de pensar el derecho. Y se lo impone principalmente a un operador jurídico: el juez. Quien ya no podrá ser el mismo.

Si se acompaña este cambio legislativo (de paradigma) con una nueva forma de enseñar y de aprender el derecho, el producto de ese proceso será beneficioso no solo para los operadores jurídicos sino también para sus destinatarios: la sociedad y sus ciudadanos en sentido amplio.

Indudablemente que en el Código la figura del juez ha sido puesta como piedra basal para la decisión de los casos contemplados en el nuevo ordenamiento (arts. 1 y 3). Y en este nuevo sistema la ley les ha dado una nueva tarea; les obliga a una tarea interpretativa mucho más ardua. El artículo 2 dispone “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”.

La norma les pide (repárese en su temprana ubicación, que no es casualidad) que renuncien lisa y llanamente al modelo clásico decimonónico que se ha practicado durante toda la vigencia del Código anterior y que se ha enseñado



durante tanto tiempo en nuestro territorio patrio, y que asuman una nueva concepción y, con ello, una nueva técnica para interpretar y aplicar el derecho²⁴.

Más allá de modelos, la función jurisdiccional es aquella tarea que desempeñan los tribunales y que importa, en su esencia, la autoridad y potestad de discernir el derecho –decir el derecho “*iuris dictio*”- en los casos concretos que se les plantean y tomar las providencias necesarias para hacerlo cumplir. Pues bien, esa tarea a partir de agosto de este año tiene un nuevo manual de instrucciones que indica como debe ser hecha.

V. El indispensable análisis de los elementos que incorpora el artículo 2° del Código a la vida jurídica.

Es posible aceptar que nada nuevo se incorpora al horizonte jurídico en el artículo. No hay ideas inéditas en él, pero sí esas ideas toman una nueva dimensión e importancia al momento de juzgar.

En la tarea de interpretar las normas se ha dado al juzgador una serie de instrumentos conceptuales que debe utilizar. Precisamente los instrumentos que otorga el artículo 2° del Código civil y Comercial son los que demuestran que el modo mecánico, de mera aplicación de la norma ha muerto.

Según Tarello, Bobbio y Taruffo -entre otros-, para el modelo positivista formalista toda norma tiene un significado intrínseco, implícito, pero objetivamente dado. En razón de ello, la actividad del intérprete se ciñe a individualizar y hacer explícito ese significado, y si hay un problema interpretativo, es decir, existen diversas interpretaciones posibles acerca del mismo enunciado normativo, el problema se resuelve individualizando este significado y descartando los otros, que por consecuencia resultan erróneos (de este modo, el método interpretativo es el lógico-deductivo, el que excluye elecciones discrecionales por

²⁴ Al respecto, resulta inevitable recordar aquí aquello del Fiscal prusiano Julius Von Kirchman “Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”, más allá de su criticada visión del Derecho, en nuestro caso un poco más de tres palabras cuanto menos han convertido en obsoleta una forma de entender la función del Juez, en el acotado campo de la materia civil y comercial (von Kirchmann, Julius, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1969, conferencia pronunciada en la Juristische Gesellschaft zu Berlin en 1847 y publicada en 1848; versión en castellano: «El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho», trad. Werner Goldschmidt, en el volumen *La Ciencia del Derecho* -con textos de Savigny, Kirchmann, Zitelmann y Kantorowicz-, Losada, Buenos Aires, 1949).



parte del intérprete). Precisamente ese modelo deviene insuficiente frente a la pluralidad de fuentes y la operatividad de principios y valores jurídicos, tal como ha sido previsto en el artículo 2° del nuevo Código.

Lo que considero una modificación sustancial en el modo de entender la interpretación normativa del propio Código es la incorporación en el texto del artículo de la obligación (deber) de recurrir a los Tratados sobre Derechos Humanos (y a los derechos y bienes allí amparados), y a la necesidad de interpretarlos de manera acorde con los principios y a los valores en concordancia con el resto del ordenamiento jurídico.

Se impone a partir del nuevo Código otra actitud y otra postura frente a la interpretación. Desde una concepción analítica (que tuvo bastante recepción por los teóricos del derecho en la argentina), podrá decirse que las palabras de los artículos tendrán un significado construido por el intérprete. Así, interpretar un enunciado normativo no significará describir lo que ello significa, sino más bien *adscribir* a aquél un significado, de modo tal que éste ya no está más “dado” ni siquiera implícitamente por la norma, sino que es creado por el intérprete, quien lo elige entre distintos significados posibles, partiendo del mismo enunciado, con base a decisiones y a directivas de interpretación (Hart, Carrió)²⁵.

Continuando ese punto de vista analítico, podrá sostenerse que esa construcción del significado no estará simplemente influida por los Tratados de Derechos Humanos, los principios y los valores que se encuentran vigentes en la comunidad, sino que estará determinada por estos mismos derechos, bienes e intereses implicados en esos principios y valores jurídicos.

Es decir que en la tarea de desentrañar el significado de las palabras de un artículo, más allá de su mero significado lexicográfico, las palabras tomarán otra dimensión significativa a la luz dimensión valorativa, teleológica y sistemática que se hallen en ciernes en el caso a resolver. Y esas dimensiones, a su vez, deberán articularse con la dimensión normativa, pues es la norma positiva la que de alguna manera determinará el necesario contraste interpretativo a la luz de esos elementos extra normativos.

²⁵ Cfr. Taruffo, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil*, traducción de Juan Monroy Palacios y Juan Monroy Gálvez, ed. Palestra, Lima, 2006, pp. 106-107.



Hay entonces en todo este nuevo paradigma una indisimulable transferencia de funciones y tareas al juez (con fuerte carga axiológica) y, por ende, una inevitable mutación de los rasgos que lo caracterizaban (no sé si al estilo dworkiniano, pero sí de un perfil que exige una serie de cualidades y aptitudes diferentes al del juez decimonónico que pueden ser resumidas en la actividad y técnica de la “ponderación”, al mejor estilo de Robert Alexy).

El sentido de la norma ya no será descubierto en elementos propios de la norma o en las palabras que le legislador hubiera podido dejar a la posterioridad en la exposición de motivos de las leyes o en otros textos contemporáneos a ella. Poco importa ya lo que ha querido decir el legislador sino intentar otorgar un significado de las palabras de la norma que sea compatible con los principios y valores de la comunidad y con los Tratados de Derechos Humanos suscriptos por el país.

Es importante reiterarlo, el artículo 2 del Código es un salto a la discrecionalidad y a la creación por parte del Juez. Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los Tratados de Derechos Humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad (Nino)²⁶. Si la norma fue creada con anterioridad a un Tratado de Derechos Humanos, poco importa lo que quiso el legislador si ello no es compatible con esas nuevas normas supranacionales.

¿Cómo resulta compatible la interpretación acorde a las palabras de la ley o a las leyes análogas si ellas no resultan compatibles con principios o valores o con los tratados de Derechos Humanos?

Sin dudas la incorporación de los elementos mencionados en el artículo entierra definitivamente la impronta exegética que aún hoy perdura en las aulas universitarias y en los estrados tribunales. Existe así una inevitable transferencia temporal de significados al imponerse la idea de que el significado de la norma es mutable y actualizado permanentemente por parte de los intérpretes en función de los elementos interpretativos que se le han otorgado y que huelga decir son eminentemente mutables.

²⁶ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, ed. Paidós, Buenos Aires, 1984; idem, *Derecho Moral y Política: una revisión de la teoría general del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1994; *Algunos Modelos Metodológicos de “Ciencia Jurídica”*, 2ª ed., Fontamara, México D.F., 1995.



Nadie ya puede sostener que lo que entendíamos por Derechos Humanos a comienzos del siglo XX sea idéntico a lo que entendemos hoy y seguramente lo que entendemos hoy será completamente diferente a los del mañana. Tal ejercicio podemos repetirlo tanto con los principios como con los valores. Algo así como 10.000 años de civilización humana son muestra acabada de dicha mutabilidad.

Así la norma ya no siempre dirá lo mismo y el encargado final de decir lo nuevo que ella tiene para decir, será el juez.

La inclusión de los principios y los valores merece una breve reflexión sobre qué es lo que puede interpretarse por ellos.

Al plantearse la necesidad de incorporar principios y valores a la praxis del Derecho, tal como sostienen algunas de las Teorías de la Argumentación, y con ello la necesidad de la ponderación (v.gr., las de Alexy y Dworkin, entre otras), la labor del juez no puede ser ya reducida a una pura lógica deductiva en la que se excluye a cualquier consideración o referencia de índole histórica, sociológica, valorativa, o de cualquier otra índole²⁷.

VI. Pero ¿que entendemos por principios?

El artículo 2º del nuevo Código Civil y Comercial nos remite a considerar los principios al momento de interpretar las normas. En primer lugar y solo para recordarlo esos principios no se encuentran positivizados. No hay cuerpo normativo al que recurrir para su aplicación. Menos aún resulta un *numerus clausus* invariable. Por el contrario su existencia debe ser asumida como presente en la conciencia de los jueces. Introducir los principios como un instrumento para discernir la correcta interpretación de las normas dice mucho más de lo que a simple vista puede parecer. Observemos el salto teórico que se propone con ellos.

El modelo decimonónico como hemos visto contemplaba -como elemento típico del Derecho- a la “norma jurídica”, la que definía autoritativamente un supuesto o hipótesis fáctica a la que se le imputaban ciertas consecuencias o efectos jurídicos. Esta visión normativista, sostenida plenamente por Kelsen y en menor medida por Hart, fue cuestionada luego por autores como Dworkin y Alexy,

²⁷ Massini, Carlos I., *Sobre el realismo jurídico*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 116.



proponiendo la introducción de los “principios”. El principio, como es sabido, no implica recurrir a un derecho “concentrado” en una hipótesis y su consecuencia, sino que constituyen más bien “mandatos de optimización”, en tanto que exigen la mejor conducta posible según las probabilidades fácticas y jurídicas. El profesor alemán sostiene que los principios son mandatos de optimización, puesto que ordenan que se realice algo en la mejor medida posible, y pueden ser cumplidos en diversos grados. Los principios receptan pues valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos y la relación con las reglas²⁸.

Es cierto que los principios gozan de la calidad de ser los preceptos más amplios dentro del derecho y que pretenden concretizar en la mejor medida de lo posible ciertos valores primordiales, pero el problema es saber dónde encontrarlos. Se puede entender que ciertos principios logran ser plasmados en los cuerpos normativos constitucionales y en los pertinentes cuerpos normativos supranacionales.

Tomemos por caso uno de los principios más difundidos: el principio *pro homine*.

Tal como nos enseña Mónica Pinto, una de las más prestigiosas juristas del país en la temática, el *principio pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo

²⁸ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Gidesa, Barcelona, 2004, p. 161 y ss. Este autor nos dice que: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos. En este sentido, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Su aplicación es una cuestión de todo o nada. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho” (op. cit., p. 162).



fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre²⁹.

Esta pauta se encuentra consagrada positivamente. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos.

Ahora bien, así como este principio está lo suficientemente aceptado y difundido, también se encuentra lo suficientemente positivizado como para que no existan dudas de su existencia y aplicabilidad³⁰. Pero si es que acepto como criterio interpretativo la aplicación de principios, tales como el mentado principio *pro homine*, qué impide que otros principios pretendan ser aplicados aun sin ser positivizados. El artículo 2° impone su utilización al otorgarles una función de integración y control axiológico tal como surge de las palabras del Código comentado dirigido por el propio doctor Lorenzetti que en ese aspecto sigue a Bobbio³¹.

Su utilización genera nuevas preguntas frente a las cuales las respuestas se diversifican según los autores que consideremos, entre las que más preocupan a los operadores del derecho está la de saber ¿cuál es el límite y extensión de los mismos a la hora de aplicarlos para desentrañar el sentido de una norma de acuerdo al imperativo legislado en el artículo 2° del nuevo Código Civil y Comercial?

Ninguna de esas preguntas podrá responderse al menos parcialmente sin un salto conceptual. Sin dudas para entender el modelo de los

²⁹ Pinto, Mónica, El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, publicación electrónica del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata; www.derechoshumanos.unlp.edu.ar.

³⁰ Por ejemplo, el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29 del Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³¹ Lorenzetti, Ricardo L. (director), *Código Civil y Comercial Comentado*, t. I, ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, p. 33, que cita a Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho*, ed., Temis, Bogotá, 1987, p. 239.



principios debe asumirse ese salto conceptual que nos permita entenderlos y aceptarlos como tales, aun sin que los mismos puedan ser advertidos en las normas positivas. Sin ese salto resulta imposible tornar aplicable el artículo mencionado.

Así lo que hasta hace poco era reservado a los ámbitos académicos de la Teoría Constitucional, la Teoría General del Derecho y a la Filosofía del Derecho e ignorado por tantos otros doctrinarios más atados a la tradición codificadora, hoy es una realidad viviente. Ronald Dworkin y Robert Alexy -entre otros-, aun sin saberlo han tomado una vigencia insospechada para ellos –y muchos de nosotros- a partir de la vigencia del nuevo Código. Difícil explicar que significa el artículo 2º del código sin recurrir inevitablemente a ellos. Alexy afirma que Dworkin contrapone al modelo de reglas del sistema jurídico, un modelo de principios. Sostiene que no se diferencian únicamente por el hecho que los principios son más generales que las normas, sino que existe una distinción cualitativa. Dworkin establece que las reglas son aplicables en la forma “todo o nada”, pero en cambio los principios no. Una regla es válida y se aceptan las consecuencias jurídicas, o, no es válida, y entonces no cuenta para nada en la decisión. En cambio, los principios tienen una dimensión de peso que se muestra en las colisiones entre principios. Se da un valor decisorio al principio que en el caso de la colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor.

En este derrotero, la interpretación y el caso a interpretar se unen también de modo inevitable. Precisamente la norma se interpreta teniendo en cuenta principios que a su vez son “pesados” y a la prioridad de uno sobre otro en el caso concreto. Lo que hoy -y en el caso concreto- resulta la prioridad de un principio por sobre otro y por tanto determina que la norma interpretada signifique *x*, mañana y frente a otro caso concreto se puede configurar que el principio que tuvo prioridad en su momento ya no la tenga y por tanto la misma norma puede ser interpretada para que signifique *y*.

Ante un conflicto entre reglas, puede verse que existe una contradicción. En el caso de los principios que deben ser utilizados para interpretar las normas, el término más aceptable es el de “tensión”, la prioridad entre ellos es circunstanciada y por tanto mutable, la prioridad otorgada en esas circunstancias no torna invalido el principio situacionalmente vencido.



El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que, según Alexy, “los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser solo o cumplidas o incumplidas”³².

Alexy concibe a los derechos constitucionales como principios y los principios como mandatos de optimización que ordenan que algo deba realizarse en la mayor medida. Cuando se producen conflictos entre derechos, estos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, que vendría a ser el principio último del ordenamiento jurídico. En otras palabras, este principio consta de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

La ley de ponderación del autor se formula de la siguiente manera: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Y se concreta mediante tres variables. En primer lugar, el grado de afectación de los principios en el caso concreto, en segundo lugar el peso abstracto de los principios relevantes y en tercer lugar, la seguridad de las apreciaciones empíricas.

Para el caso concreto del artículo 2º del Código Civil y Comercial se impuso al momento de interpretar las normas un mecanismo nuevo para los jueces: el de la ponderación.

El juez deberá decir el derecho, su interpretación correcta, pero necesariamente en sus palabras estará asumiendo una tarea en la que la ponderación de los principios habrá sido previa. Las palabras de la ley tendrán el significado –y no otro- que el que sea compatible con los principios que conoce el Juez y que

³² Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Gidesa, Barcelona, 2004, p. 161 y ss.



forman parte su conciencia jurídica y de allí la trascendencia de los mismos en la nueva realidad jurídica que se avecina.

VII. ¿Y por “valores”?

El Código refiere livianamente a los valores como instrumento necesario a la hora de interpretar las normas. Pero lo cierto es que para la ciencia jurídica la pregunta sobre qué son los valores no ha sido de las más sencilla y aun continua vigente aun cuando desde antaño la preguntamos³³.

Ya hemos dicho que se abandona con el nuevo Código la pura lógica deductiva en la que se excluye a cualquier consideración o referencia de índole histórica, sociológica, valorativa, o de cualquier otra índole³⁴.

Los valores toman dimensión normativa en el nuevo Código y con ello se plasma lo que sostuviera Helmut Coing respecto a que la aplicación de la ley no puede proceder nunca de modo exclusivo en la forma de la inferencia puramente lógica, subsumiendo una determinada actividad vital bajo los conceptos generales de la ley. “*La aplicación de la ley es más bien siempre valoración de los hechos según los juicios de valor contenidos en el derecho...La decisión depende de una valoración de intereses. Para aplicar determinada norma a un hecho no basta pues con que el hecho pueda ser situado sin dificultad bajo los conceptos generales de la norma; además, el juicio de valor del que ha partido el orden jurídico tiene que ser adecuado al hecho y estar pensado para el caso en cuestión*”³⁵.

Así los “valores jurídicos”, a diferencia de los principios que constituyen mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización y, en tanto mandatos, ellos pertenecen al ámbito *deontológico* (es decir del deber), los valores tienen que ser incluidos en el campo *axiológico*, ya que se tratan de

³³ Ortega y Gasset, José, *¿Qué son los valores? Una introducción a la Estimativa*, Revista de Occidente, Madrid, 1923.

³⁴ Massini, Carlos I., *Sobre el realismo jurídico*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 116.

³⁵ Coing, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1961, p. 274. A ello añade que: “La posibilidad de subsunción lógica bajo la norma no puede pasar de ser más que un primer punto de apoyo o de partida. Si la subsunción es posible, hay que tener en cuenta la norma para la decisión; pero sólo hay que aplicarla si también interesa al caso por su sentido, esto es, por los valores y finalidades en que descansa. Decidir jurídicamente no significa sin más subsumir, pero tampoco significa decidir libremente, sino decidir según las ideas y los objetivos morales del derecho. La ciencia jurídica tiene por tanto que elaborar y destacar claramente esas ideas y esos objetivos”. Hay otra edición de este libro: Asde Ediciones Previas, Córdoba, Argentina, 1995 (p. 272).



conceptos que se caracterizan no por ser un mandato -o deber ser-, sino por lo bueno³⁶.

Sin embargo, la aplicación de criterios de valoración entre los cuales hay que sopesar, responde a la aplicación de *principios*. Así, pues, la diferencia estructural entre reglas y principios se da también en el nivel axiológico. A los principios corresponden los criterios de valoración; a las reglas, las reglas de valoración³⁷. La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente³⁸.

Aun siendo éticos los valores hacia los que apunta el derecho y en los cuales debe éste inspirarse, tales valores orientadores de lo jurídico son diversos de los valores pura y estrictamente morales³⁹.

Cuando la norma del artículo 2º refiere a los valores claramente está conectando el Derecho con la moral. Dos mundos que para la matriz iuspositivista de la mayoría nuestras Universidades se encontraban irremediabilmente separados desde las enseñanzas kelsenianas que calaran profundo en el ámbito latinoamericano. Lo cierto es que esa matriz iuspositivista con marcado escepticismo ético no ha sido el único modelo teórico desde donde analizar el fenómeno y aún dentro de las teorías positivistas se ha reconocido la relación existente entre derecho y moral. La necesidad de justificar las decisiones y de que las normas utilizadas sean interpretadas a la luz de ciertos valores es algo innegable en nuestros días.

Precisamente al incluir la cuestión de los valores en la propia norma que establece los parámetros de interpretación normativa de todo el código cuanto menos se ha dejado plasmado que el legislador reniega del positivismo

³⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, trad. Garzón Vales, Madrid, 1993, pp. 139-140.

³⁷ Alexy, op. cit., pp. 144-145.

³⁸ Alexy, op. cit., p. 147.

³⁹ Recaséns Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 19ª ed., Porrúa, México, 2008, p. 172.



excluyente (excluyente de la consideración de los valores en relación al derecho) y se ha inclinado por un positivismo incluyente⁴⁰.

El artículo 2° nos dice más de lo que parece. En el advierto un reconocimiento expreso del constitucionalismo democrático al estilo europeo. Al incorporar desde la tradición del *civil law* un amplio catálogo de valores fundamentales que deben ser seriamente tomados en consideración por los jueces a la hora de resolver los casos. El nuevo paradigma constitucionalista que admite el legislador del nuevo Código resulta incompatible con una aplicación mecánica de las normas y obliga al intérprete a realizar constantes ponderaciones para poder concretar tales valores de forma que afecten a las circunstancias del caso⁴¹.

El legislador ha abierto la puerta a la utilización para la resolución de conflictos de criterios no fundados en su sistema autoritativo de fuentes tradicionales (la doctrina, la jurisprudencia, la ley), sino en consideraciones basadas en juicios de valor.

¿Pero a qué valores se refiere la norma? Entiendo que a valores jurídicos entendidos estos como valores sociales objetivos colectivos o valores de la conducta humana intersubjetiva (en la terminología de Cossio)⁴², es decir, aquellos que importan siempre una relación de sujeto a sujeto. En consecuencia son valores bilaterales. Son valores que vinculan voluntades. Nada mejor que recordar a Recaséns Siches para identificar algunos de ellos, reconociendo que no existe un conjunto de ellos cerrado e inamovible.

Recaséns Siches en su “estimativa jurídica” nos refiere a “la dignidad humana” libertad seguridad paz social solidaridad bien común, utilidad común (cultural económica sanitaria), justicia. He mencionado solo algunos para demostrar que la referencia es a un mundo laxo de valores y no taxativo, cuyas definiciones a su vez son más laxas.

Unida a esa laxitud en el universo de valores relacionados con el Derecho y por tanto con la interpretación de las normas a partir del artículo 2° se encuentra el hecho de que no existen un rango jerárquico determinado entre los valores o cuanto menos los autores que estudian el tema no se han puesto de acuerdo

⁴⁰ Rodenas, Angela, “¿Qué queda del positivismo?”, revista *Doxa*, 23, 2003, p. 417.

⁴¹ Idem, p. 419.

⁴² Para mayor profundidad puede leerse de su autoría “Teoría de la verdad jurídica” y “La valoración jurídica y la ciencia del Derecho”.



con tal rango. A pesar del esfuerzo del mencionado Recaséns Siches por establecer el rango jerárquico entre ellos, debe admitirse que es un tema discutido desde antaño desde Rickert, Scheler, pasando por Stern, Hessen y Hartmann hasta nuestros días en el ámbito jurídico con Dworkin, Rawls, Nino, Alexy, Atienza y Raz por solo nombrar algunos.

Con la referencia a los valores el código ha abierto lo que para muchos resultará una caja de pandora.

VIII. Un elemento final: la coherencia.

El legislador no se ha limitado a incorporar los elementos que indicara, sino que a su vez y a modo de integración de las pautas agrega “... de modo coherente con el ordenamiento jurídico” (art. 2° del Código argentino).

Nuevamente aquí las pocas palabras reseñadas, “*de modo coherente con el ordenamiento jurídico*”, dicen mucho más de lo que parecen.

La coherencia pretendida ya no es la del modelo decimonónico del derecho. Porque como hemos visto, el derecho ya no es un sistema cerrado de normas, o por lo menos, si así lo es, sus normas ya no dicen lo que quiso decir el legislador sino aquello que, el juez, de acuerdo a principios y valores comunitarios (que asumimos que él conoce o reconoce, le haga decir.

Hay así una mutación del original sentido sobre la idea de “sistema jurídico” y con ello también una mutación de la idea de coherencia. Considero que así el sentido del término *coherente* que se incluye en el artículo tiene un nuevo contexto para la utilización del argumento sistemático que se ha incorporado. Originariamente esa coherencia se asoció a una visión sistemática del derecho de tipo cerrada. La interpretación sistemática fue pensada sobre una base que precisamente ahora con la incorporación de otros elementos, a los que hemos hecho referencia, se ha abandonado.

No debemos olvidar que la interpretación sistemática está directamente asociada a la idea tradicional de sistema y esta a su vez engarzada a la noción positivista del derecho⁴³.

⁴³ El positivismo jurídico afirma la teoría de la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico: a) la característica de la coherencia excluye que en un mismo ordenamiento jurídico puedan coexistir simultáneamente dos normas antinómicas (contradictorias o contrarias), porque se considera implícito en él el principio según el cual una de las dos normas, o ambas, no son válidas; b) con el



El Código ha reconocido la existencia de un conjunto sistemático de normas que dan sentido a las que individualmente lo componen. Por ello precisamente habla de coherencia con el ordenamiento, pero al reconocer también la existencia de principios y valores que terminan influyendo en que es lo que el sistema normativo finalmente dice, ha abandonado la original lógica kelseniana sobre sistema cerrado de normas para entender que dentro del sistema quedan incluidos ciertos principios —en la terminología dworkiniana o alexiana⁴⁴— que le dan otro sentido a la interpretación normativa.

Podemos afirmar que en el caso se ha abandonado aquí la fantasía proveniente de la tradición racionalista de los siglos XVII y XVIII sobre el “legislador racional” que concebido un sistema jurídico pleno y cerrado y a su vez coherente por sí solo (el legislador racional ha resuelto todos los casos jurídicamente relevantes, siendo tarea del juez descubrir su regulación entre los enunciados explícitamente dictados) ha terminado, a pesar de que nuestra cultura jurídica y nuestras escuelas de derecho demoren en anunciar su muerte. Lo cerrado ha dejado paso a lo abierto del sistema, lo coherente a la pretensión de coherencia⁴⁵.

Es entonces desde la plataforma de una nueva concepción de sistema jurídico que puede pensarse el argumento *ad coherentia*. No ya desde pensar que un enunciado dentro del sistema posee una coherencia con el resto de los enunciados porque el sistema en sí mismo y de por sí resulta coherente al ser dictado por un legislador que pensamos racional, sino porque la interpretación de las normas debe propender a lograr esa coherencia. La coherencia en este sentido es una característica deseable del sistema y para la cual el intérprete debe trabajar. Inclusive hay quienes llegan a postular que la coherencia no es propia de las normas del sistema sino que resulta otorgada al sistema por los principios, lo que Pérez Bermejo denomina "coherentismo" y que se aproxima bastante a una idea del

requisito de la plenitud el positivismo jurídico afirma que a partir de las normas explícita o implícitamente contenidas en un ordenamiento, el juez puede siempre recabar una *regula decidendi* para resolver cualquier caso que se plantee: el positivismo jurídico excluye que existan lagunas en el derecho” (Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, ed. Debate, Madrid, 1993, p. 142).

⁴⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, traducción Garzón Valdes, Madrid, 1993.

⁴⁵ Atienza Manuel y Ruiz Manero Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en *Isonomía*, n. 27 (octubre 2007), México, pp. 7-28.



sistema jurídico abierto con indispensable injerencia del juez para lograr la coherencia⁴⁶.

Es en este sentido que la tarea interpretativa debe propender a la coherencia del texto de la norma tendiendo a intentar encontrar en la norma particular una coherencia con su contexto, no sólo normativo sino no normativo que de algún modo integra también el sistema.

La utilización de este criterio debe ir, pues, acompañado del otorgamiento de un sentido al sistema de normas. Sentido que puede advertirse a partir de la aplicación de ciertos principios. Sólo a efectos de mencionar uno de indispensable trascendencia, el principio *pro homine*, que establece que debe interpretarse el derecho de la manera "más favorable" al hombre.

¿Coherencia con qué? Si como hemos visto para interpretar el sentido de las normas del Código civil deberemos recurrir a su compatibilidad con los tratados internacionales de Derechos Humanos y con los principios y valores. Debe abandonarse la visión clásica de la coherencia del sistema, pues ella plantea que para interpretar una ley es importante tener en cuenta el orden brindado en el propio texto legislativo, puesto que éste intenta ser un reflejo de su voluntad, que se caracteriza principalmente por su racionalidad y, por ende, por su coherencia, y que en razón de las conexiones existentes entre las normas entre sí dentro de un ordenamiento dado, éste conforma un sistema jurídico⁴⁷. Es decir que la visión tradicional piensa en una coherencia dentro de la idea que ha tenido el legislador al legislar el cuerpo y no una coherencia del ordenamiento en conexión con los principios y valores de la comunidad. Entonces se está de acuerdo con la coherencia que pretendió el legislador o se está de acuerdo con la coherencia del ordenamiento con los principios y valores de la comunidad vigentes al momento de interpretar. Podrá existir la posibilidad que la voluntad del legislador coincida con esos principios y valores, pero a medida que el acto legislativo y el momento de interpretar se distancien por imperio del tiempo las probabilidades de que lo que haya querido decir el legislador y lo que sea coherente con los principios y valores vigentes sea diferente.

⁴⁶ Giovanni Battista Ratti, "La coherentización de los sistemas jurídicos", Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, n° 15/2007.

⁴⁷ Iturralde Sesma, Victoria, "El Derecho como sistema: análisis de tres perspectivas", Anuario de Filosofía del Derecho, 2007, v. 24, pp. 345-364.



Es decir que si se incorporan las ideas de que las normas individualmente dirán lo que sea coherente con los principios y valores y con los dictados de los Tratados de Derechos Humanos, el todo que conforman las mismas (el ordenamiento) también deberá guardar esa consistencia. Debemos entender entonces que la coherencia del sistema es una pretensión y no una realidad. La coherencia de antaño asociada a la posibilidad que tenía el legislador racional de elaborar ordenamientos totalmente coherentes ha quedado sepultada a la luz de las modernas teorías del derecho y por ello la coherencia que parece pretender el artículo 2 del Código Civil y Comercial presupone una previa coherencia interna del ordenamiento como un todo y una coherencia externa del mismo con el bloque constitucional en el que se encuentran los derechos humanos positivizados, los principios y los valores. No hay de este modo coherencia del ordenamiento si este no es consistente con ese plexo de elementos normativos y extra normativos.

IX. Una indispensable conexión: El artículo 3° del Código Civil y Comercial.

Como si no bastara como para afirmar que el modelo decimonónico del derecho ha entrado en crisis con las palabras del artículo 2° el legislador, no casualmente, a continuación enuncia en el *artículo 3°: Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.*

El código se ha introducido en la teoría de la decisión judicial. Así la decisión judicial implicará una doble tarea: o solo la de buscar la solución del caso planteado a la luz del ordenamiento jurídico y de acuerdo a las pautas interpretativas que impone el artículo 2° bajo análisis sino también la de justificar ante las partes, ante los tribunales superiores y en definitiva ante la sociedad (la comunidad jurídica en el lenguaje perlamaniiano), el fallo adoptado. Es así que otorgar una decisión razonablemente fundada implica justificar. En este sentido, justificar significa dar las razones por las cuales se decidió de una manera determinada y no de otra. Por lo tanto, en todo proceso de aplicación del derecho se desarrollan ambas tareas, la de elaboración y la de exposición de la decisión, la de búsqueda y justificación de la decisión; pero para el modelo decimonónico que abandonamos con este Código la tarea se centra en la aplicación del Derecho como subsunción. Es decir, sólo se preocupa por la *exposición*, y no por la *justificación*



de la decisión judicial. No desarrolla ni explora las cuestiones relacionadas con la elaboración y la búsqueda de la conclusión que deriva en la toma de la decisión judicial. De allí la crítica de los autores de las teorías de la argumentación jurídica⁴⁸.

El Código pone en evidencia lo que las Teorías de la argumentación desde Perelman pasando por Aarnio y llegando a Alexy han venido sosteniendo, en las controversias judiciales donde se presenta de forma patente la necesidad de adoptar soluciones justas, pero que no se sustenten en la arbitrariedad o discrecionalidad de los operadores. Para lo cual es menester contar con un razonamiento justificatorio que legitime la función jurisdiccional y nos conduzca a soluciones o respuestas razonables.

Incorpora el Código que las decisiones deben ser “razonablemente” fundadas. Pero en qué consiste esa “razonabilidad”. La razonabilidad implica toda una definición de nuestro nuevo Código. Por detrás del término se debe considerar una definida toma de posición respecto a lo que resulta ser juzgar, para quienes se lo hace y que implica.

La razonabilidad de una decisión consiste en la posibilidad de aceptación racional por parte del auditorio al cual va dirigida⁴⁹. Y consiente al mismo tiempo que no hay una única respuesta posible sino varias dentro de las cuales alguna de ellas es más razonable, es decir aceptable. Siguiendo este criterio si supusiéramos –como durante siglos se ha hecho- de que hay una única respuesta verdadera a los casos la tarea de la judicatura implicaría encontrar una verdad “*demonstrable*”. Si hay demostración entonces no hay razonabilidad y por tanto no hay sentencia razonablemente fundada., sino una demostración suficiente.

Si se admite la razonabilidad no se admite la necesidad de las conclusiones. Si uno admite una sentencia razonablemente fundada está admitiendo un discurso práctico dirigido a que un cierto grupo de sujetos denominado auditorio “acepte” ese discurso como suficiente para admitir la decisión.

Nuevamente aquí pocas palabras en el Código Civil y Comercial para abrir un nuevo mundo para los operadores jurídicos que continúan atados al

⁴⁸ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 45-46 y 252. De Asís Roig, Rafael, *Jueces y normas*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 98-99.

⁴⁹ Wintgens, Luc J., “Retórica, razonabilidad y ética: un ensayo sobre Perelman”, revista *Doxa*, n° 14, 1993, pp. 195-206.



viejo modelo decimonónico. Evaluar desde este punto de vista el nuevo Código bajo los parámetros del antiguo modelo se convierte así en una empresa prácticamente imposible.

X. ¿Y la ponderación?

Ciertamente no hay referencia a la ponderación en la letra del Código. La palabra huelga por su ausencia, pero sobrevuela el sentido que el Código impone.

Si la tarea interpretativa debe ser hecha a la luz de principios y valores. Los cuales no aparecen identificados, más se supone su identificación racional, como decidir la prioridad entre ellos en caso de que varios valores o varios principios se encuentren en pugna al momento de interpretar uno de los 2671 artículos que componen el Código Civil y Comercial.

El juez como boca de la ley le ha dado paso al juez que es (o será) boca de los principios y en definitiva boca de los valores existentes en la sociedad.

Llama a todos aquellos que tengan que adoptar decisiones críticas en la cuestión —de colisión de principios—, a desarrollar un delicado juicio de ponderación o razonabilidad, el Juez debe ponderar razonablemente.

Entiendo que la idea de la tesis alexiana sobre ponderación impregna el espíritu del nuevo código civil y comercial. Tal idea proviene de una experiencia previa de los autores del Código. Es indudablemente un Código Civil y Comercial hecho por jueces constitucionales y ello es toda una definición. El Código no proviene de la academia sino de la experiencia jurisdiccional. De jueces o ex jueces, que como hemos advertido en sus sentencias, ya incorporaran los postulados del Constitucionalismo democrático. Asimismo por la impronta de ser el argentino un sistema de control difuso de constitucionalidad, los académicos (y jueces a la vez) no son cualquier juez sino jueces de los que podemos llamar “constitucionales”.

Así la práctica jurisprudencial de los altos tribunales de justicia de este país ha tenido pautas interpretativas propias de un razonamiento judicial más complejo. Es advertible que la idea de los “principios” está asumida en dichos Tribunales y tales ideas han migrado al Código. No era extraño para los autores para aplicar principios constitucionales hacer uso a las ideas de la ponderación, la



proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro homine*, etcétera.

La constitucionalización de valores y su ponderación y aplicación a casos concretos de modo razonable y justificado ha estado incorporado a la Corte Suprema de Justicia de Argentina cuanto menos desde su última composición. Además los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con valores que están constitucionalizados y que requiere una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos en forma justificada y razonable.

Es así que la influencia de la teoría de los principios y la correspondiente técnica de ponderación de Robert Alexy⁵⁰, en la redacción del Código. Pero al mismo tiempo la de las ideas y los textos de Luigi Ferrajoli, de Ronald Dworkin, y de nuestro Carlos Santiago Nino como base filosófica de esta nueva configuración del Derecho que nos plantea el legislador.

Ahora bien, contextualizando el nuevo Código es posible afirmar que el mismo impone desde su tarea interpretativa hacia sus normas que la misma se realice de un modo compatible con “los principios y valores jurídicos”. Claramente para interpretar entonces el contenido normativo se impone la consideración de otros factores extra normativos. El mismo autor del Código comentado así lo admite⁵¹.

XI. Pero hablemos del caso brasileño y su nuevo Código Procesal Civil.

A poco de dar lectura al Código Procesal Civil de Brasil de 2015⁵² advertimos que los cambios son diversos y profundos en los aspectos procesales, pero este trabajo se centra en los aspectos que denoten un cambio en la concepción del Derecho asumida por la legislación. Así pueden advertirse cambios en la subordinación del procedimiento a las necesidades del derecho material o sustantivo, estableciéndose de ese modo un concepto de competencia justa, es decir, de jurisdicción con estricta *función de protección* de los derechos materiales. En

⁵⁰ Ver nota 29 p. 417 y ss.

⁵¹ Ver nota 32.

⁵² La Presidenta de la República Federativa del Brasil sancionó el texto del nuevo Código Procesal Civil, aprobado como ley ordinaria nº 13.105, del 16 de marzo de 2015. De este modo, la nueva ley entrará en vigencia un año tras la publicación oficial, es decir, el 15 de marzo de 2016. Este es el primer Código Procesal brasileño sancionado dentro de un régimen democrático.



este punto se advierte ya una ruptura del sistema jurídico brasileño, con cierta visión formalista, mecanicista y positivista del proceso que aún impregnaba el llamado Código Buzaid.

El Código se inserta en la idea de dotar de mayor instrumentalidad y ductilidad al procedimiento. Y para ello otorga mayores prerrogativas para el juez. Especialmente aquellas que se ejercen en el proceso: dirigir el proceso, instruir el mismo y decidir la causa como su libre convicción motivada⁵³

Y es en este último tema la “la libre convicción motivada donde se expresa más claramente el cambio de visión jurídica del nuevo Código. Su art. 489 es una clara muestra de que los cambios en el modelo del Derecho han trasvasado los modelos teóricos y se han corporizado en el cuerpo normativo de nuestra Región.

Leamos tan solo el artículo que he mencionado: “*Art. 489 del Código Procesal Civil de la República Federativa de Brasil: São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso*

⁵³ Feliciano, Guilherme Guimarães, “Novo Código de Processo Civil e prerrogativas da magistratura (especialmente na Justiça do Trabalho)”, Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17356>>. Acesso em: 20 jul. 2015.



em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

El art. 489 del Código que tomo por caso cambiará más que el mero papel o registro electrónico donde se asiente la sentencia, su extensión o su forma, cambiará al operador jurídico que la redacte y a los operadores jurídicos que tengan interés directo o indirecto en ella. O mejor dicho: ellos deberán cambiar si pretenden ejercer su profesión o función de acuerdo a la normativa vigente.

El anterior sistema procesal brasileño partía de una pauta rectora. Una clara pauta iuspositivista: Se necesita que el ordenamiento legal ofrezca una respuesta unívoca para todos los problemas que puedan plantearse y que no haya contradicciones ni ambigüedades, de forma tal que el intérprete no realice ninguna “aportación personal” en la resolución del caso. Hoy esa visión en manos del legislador brasileño que ha redactado el Código procesal civil parece haberse morigerado o diluido a tal grado que en su terminología y en las tareas encomendadas al juez (al art. 489 me remito) parece receptar parte de las nuevas tendencias respecto a la investigación de la problemática de la decisión judicial (la sentencia dictada en un proceso jurisdiccional), receptando algunas ideas de concepciones como la del Estado de Derecho Constitucional-Democrático (mal llamado neoconstitucionalismo) que campea nuestros días y que se caracteriza por la necesidad de legitimar la función de sentenciar –especialmente- las decisiones emanadas de los órganos judiciales encargados de resolver los conflictos mediante un razonamiento justificatorio, esto es, la argumentación jurídica.

Un Código procesal preocupado por la faz justificadora de la sentencia es un Código que se acerca a las preocupaciones de las teorías de la Argumentación jurídica. Parece ser que la crítica desde lo teórico se ha hecho realidad legislativa en el nuevo Código procesal civil brasileño donde dentro de la tarea del juez se encuentra claramente impuesta la tarea justificadora de sus decisiones. A partir del art. 489 del Código la argumentación de las decisiones judiciales y la justificación racional de la aplicación del derecho a los casos



concretos son una realidad. Así el art. 489 del segundo, en pocas palabras han echado por tierra o cuanto menos puesto en severa crisis lo que pensábamos era la función del juez bajo el viejo modelo decimonónico

Difícil disociar la tarea que el art. 489 le encarga al juez de una idea de sistema abierto a los principios y los valores. La idea de la justificación de las teorías de la argumentación jurídica conlleva aceptar esta apertura. Es decir que es difícil entender la tarea justificadora y argumentativa sino es asociada a una nueva matriz conceptual de lo que debe entenderse por derecho. Y esa idea de “nueva matriz” da título a este humilde capítulo que escribo. Podemos pensar en un incipiente nuevo paradigma (si se me permite reducir el término “paradigma” a una particular rama de la ciencia).

XII. ¿Conclusión?

Las Teorías de la Argumentación Jurídica como elaboraciones científicas para dar respuestas a una realidad más compleja, no sólo en el plano normativo por la aceptación e incorporación de principios y valores -debido a la crisis y retirada del positivismo formalista, sino también por los avances en el plano de la lingüística -fruto de los aportes de la analítica-; en el plano fáctico -por las dificultades nacidas para la comprobación y validación de las pruebas en el proceso- y, principalmente, en el plano lógico por el cambio de objeto y método operado en el Derecho. En mi opinión, parte sustancial de lo que animan a los Códigos referidos es entendida desde esta concepción del Derecho.

Ninguna duda cabe que sus textos se destierra la idea que la gran mayoría de los jueces que en nuestros países han mantenido hasta hoy sobre el modo en el que deciden y dictan sus sentencias.

Pero así como en mi opinión tales Códigos nacen a la sombra o bajo el paraguas de la concepción de la teorías de la argumentación (y principalmente de las ideas alexianas) tienen elementos propios de otros modelos que conviven en nuestros días con aquellas teorías tal como la hermenéutica jurídica como filosofía trascendental que se apoya en la doctrina del arte de comprender (Schleiermacher) o en las condiciones de la posibilidad de comprensión de sentido



en general (Gadamer);⁵⁴ la teoría de los *general principles of law*, iniciado ya por Josef Esser y desarrollado más acabadamente por Dworkin y Alexy, en la que los principios no se reducen a los principios generales del Derecho ni a otros principios particulares contenidos en las normas positivas o deducibles de ellas, sino que comprenden también los diferentes tipos de juicios valorativos que se forman en el proceso de elaboración de la decisión jurisprudencial (no se extraen sólo de las normas, sino también de la sociedad y de las políticas públicas)⁵⁵ Algo de ellas se puede leer por ejemplo en el artículo 2º del Código Civil y Comercial argentino.

El jurista –decía Kaufmann- y el Juez –sostengo aquí- que cierre sus ojos ante las limitaciones y las imperfecciones del derecho, y ante su naturaleza dudosa y cuestionable, que es tal como se presenta ante nosotros, se abandonará a su imperio y, por tanto, será presa de las desgracias e injusticias que de ello resulta. Kaufmann considera que tal actitud se presenta tanto en el jurista positivista como el iusnaturalista. El primero sólo tiene en cuenta la ley, cerrándose ante todo posible elemento supra legal del derecho y volviéndose impotente respecto de cualquier proceso de perversión del derecho (v.gr., el nazismo). Por su parte, el iusnaturalista presta escasa atención a la ley positiva, apoyándose en normas que vienen dadas de antemano; pero dado que este tipo de normas no pueden hacerse patentes al conocimiento de una forma clara, el resultado que se obtiene es el de la inseguridad jurídica y la arbitrariedad⁵⁶.

En el art. 2 –junto con el deber consagrado en el art. 3 del Código Civil y Comercial argentino- se ha abierto una puerta a un juez creador de

⁵⁴ La hermenéutica excede el alcance de una mera teoría; es más bien una teoría general o matriz (Kuhn). La hermenéutica propone un modelo de relacionarse con el mundo y con el derecho. El conocimiento no es considerado como algo objetivo, una relación sujeto-objeto (el que conoce-reconoce el objeto en su pura objetividad, es decir, una conocimiento “reflejo” del objeto en la conciencia); el conocimiento es –a la vez- objetivo-subjetivo, fundado en el fenómeno de la comprensión: la aplicación del derecho no es meramente un acto pasivo de subsunción sino un acto conformador en el que entra el operador del derecho, el jurista; todo derecho es algo relacional; se encuentra en las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas. Además, la hermenéutica solo se concibe un sistema abierto y dentro de este sólo intersubjetividad (Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, traducción de L. Villar Borda y A. Montoya, ed. Universidad del Externado, Bogotá, 1999, pp. 98-101).

⁵⁵ Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho* privado, traducción de E. Valentí, ed. Bosch, 1961, Barcelona, pp. 19, 117 y 124. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción de M. Guastavino, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, pp. 77-80, 134-145 y 158-171. Alexy, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica”, en *El concepto y la validez del Derecho*, traducción de J. Malem Seña, ed. Gidesa, Barcelona, 1994, pp. 161-174.

⁵⁶ Kaufmann, Arthur y Hassemmer, Winfried, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, traducción, G. Robles Morchón, ed. Debate, 1992, Madrid, pp. 40-41.



soluciones a partir de interpretar normas con instrumentos que hasta hace poco le estaban vedados y hoy se tornan obligatorios y prioritarios.

Así sostengo que las modificaciones legislativas que observamos están ocurriendo en nuestros países obedecen a una incipiente nueva matriz disciplinar capaz de articular un conjunto coherente de respuestas y de servir como marco de referencia a la comunidad de los pensadores en un determinado momento temporal. Kuhn acuñó el término “paradigmas” para designar a estas teorías matrices⁵⁷.

En definitiva, considero que es imposible entender el nuevo Código procesal civil brasileño omitiendo la crisis del viejo paradigma y el surgimiento de uno nuevo donde el juez se convierte en un nuevo operador jurídico, de mayor injerencia en la creación de soluciones para los conflictos que se le presentan y en donde esas soluciones se entienden como soluciones problemáticas en el sentido de que frente a un mismo caso existen más de una respuesta correcta, la cual siempre deberá ser justificada lo suficiente como para convencer que es la mejor entre las demás y esa justificación deberá tener en cuenta elementos extra normativos que le den fuerza para dotarla de convicción. Pocas palabras en los arts. 2º y 3º del Código de Argentina y en el art. del Código Procesal Civil de Brasil para grandes cambios que se avecinan en el modo de entender el derecho.

Los Tratados de Derechos humanos, el estudio de la axiología jurídica y de la hermenéutica, de la justificación de las sentencias y las reglas para las mismas; de la lógica dialéctica y lo plausible dejan de ser materia de juristas puertas adentro de nuestras Universidades e Institutos de Investigación y se transforman en necesidades básicas para el ejercicio de la judicatura y de la

⁵⁷ Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1986, pp. 34 y 279-280.

Kuhn pensó que su esquema de revoluciones se aplicaba a las ciencias naturales, y todos sus ejemplos se refieren a la física, química, biología, y ciencias similares. En un principio, parecería ser que no es pertinente vincular su teoría del cambio de paradigmas con los cambios de opiniones en las ciencias sociales, y menos en el Derecho. Que hay un paradigma significa que hay un método científico que todos comparten, que hay una forma de coleccionar datos, de áreas de exploración, de conceptos comunes, etc. Pensamos, sin embargo, que las ciencias sociales tienen algo de estas tareas y, a grandes rasgos, también pueden darse paradigmas y, en alguna medida, revoluciones –en el sentido de Kuhn- en el que un modelo teórico es sustituido por otro.

Es más, como señala Ariel Barbero, en libros posteriores al famoso “La Estructura de las Revoluciones Científicas”, Kuhn dejó abierta la pregunta acerca de si algunas ciencias sociales no estaban adquiriendo al menos una parte de un paradigma. Él no tenía una respuesta, y no ingresó en la cuestión.



abogacía en general. Es tiempo de pensar nuevas currículos del Derecho para entender estos cambios.