

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO

Título Preliminar^(*)

Capítulo 1. Derecho

ARTÍCULO 1º. Fuentes y aplicación

Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que 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.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) inaugura su texto con un articulado que constituye la columna vertebral del instrumento legal más importante del derecho privado. Este primer artículo coloca al CCyC en su justo lugar, ser parte de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, que son los que cumplen dos funciones fundamentales: 1) sentar las bases axiológicas sobre las cuales se estructura el CCyC; 2) servir de guía para resolver los casos que se presenten mediante la aplicación de diferentes fuentes: a) leyes aplicables (el propio CCyC, en primer lugar, y las leyes complementarias) que deben, precisamente, estar en total consonancia con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que el país sea parte —ya sea que tengan jerarquía constitucional derivada, como los instrumentos que enumera el art. 75, inc. 22; que adquieran tal lugar por una mayoría especial, como lo prevé la misma normativa como aconteció en el 2014 con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), según lo establece la ley 27.044; o que no tengan tal jerarquía, pero sean ratificados por el Estado argentino—; y b) en un segundo nivel, los usos, prácticas y costumbres en las siguientes condiciones: i) cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos, ii) en situaciones no regladas legalmente; y iii) siempre que no sean contrarios a derecho.

Como bien dice el título que ostenta este primer articulado, Fuentes y aplicación, tales fuentes deben aplicarse teniéndose en cuenta la finalidad de la norma; de este modo, se recepta como uno de los principios de interpretación, el principio teleológico, cuestión que se complementa con lo dispuesto en el art. 2º. En otras palabras, el círculo referido a los principios interpretativos para resolver los casos civiles y comerciales a nivel general —y más allá de las regulaciones específicas de ciertas normativas como, por ejemplo, el art. 963 que establece un orden de prelación sobre las normas aplicables a los contratos— se cierra con lo previsto en el próximo articulado; de allí que para lo relativo a la aplicación del **derecho** —denominación que ostenta el Capítulo 1 del Título Preliminar y

(*) Comentarios a los arts. 1º a 18 elaborados por Marisa Herrera y Gustavo Caramelo.

que es más amplia que la noción de **ley** que adoptaba el Código Civil derogado (en adelante, CC)— deban analizarse de manera conjunta e integral los dos primeros articulados.

Por otra parte, cabe destacar que la norma en análisis abre el Título Preliminar, lo cual no es un dato menor: como bien se ha afirmado, “*Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas*”.⁽¹⁾

2. Interpretación

2.1. Consideraciones generales, básicas y fundamentales

La obligada perspectiva de derechos humanos ha significado una verdadera revolución en los diferentes subsistemas que integran la sociedad, cuyo eje central es la persona humana y la satisfacción de sus derechos. Uno de los sistemas sobre el que ha impactado de manera directa es el legal. Así, los instrumentos de derechos humanos —con jerarquía constitucional desde 1994— han conminado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. El Código Civil no ha estado ajeno a este movimiento, a tal punto que la célebre frase “*La ley no es el techo del ordenamiento jurídico*”, perteneciente a uno de los recordados maestros del derecho constitucional, no por casualidad,⁽²⁾ involucraba un conflicto de familia. Esto ha dado lugar al conocido “derecho civil constitucionalizado” o, en palabras de Mosset Iturraspe, a una suerte de “publicización del derecho privado”.⁽³⁾

Esta realidad jurídica ha superado un debate auténtico, mantenido entre dos colosos de nuestra historia jurídica: Alberdi y Vélez Sarsfield. El primero le recriminaba al segundo que el CC no había tenido en cuenta —o, en palabras más coloquiales pero elocuentes, le había dado la espalda— a la Carta Magna. En este sentido, sostuvo Alberdi: “*La democracia entiende los derechos de un modo, la aristocracia de otro, y la autocracia de otro. Tomad por ejemplo el derecho relativo personal de autoridad paterna, o el derecho relativo real de sucesión hereditaria, y veréis que cada legislación civil lo entiende de diversos modos, según el principio de su régimen político y social. No puede la Constitución política ir hacia el sur, y el Código Civil hacia el norte*”; y agrega: “*La dirección debe ser común como lo es su objeto y mira. Si la democracia es la mente de la Constitución, la democracia debe ser la mente del Código Civil. No podéis cambiar el orden político sin cambiar el orden social y civil en el mismo sentido, porque lejos de ser independientes y ajenos uno de otro, son dos aspectos de un mismo hecho*”. Tal era la importancia que le otorgaba Alberdi al CC desde la perspectiva constitucional, que decía que se trataba de una “*Constitución Civil*”.

Esta disociación entre la Constitución Nacional y el CC es saldada en el CCyC, que no solo ha tenido en cuenta a la Carta Magna y a los tratados de derechos humanos que ella incorpora y eleva con jerarquía constitucional en la Reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), sino también a

(1) Lorenzetti, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en LL 2012-C, p. 581.

(2) Bidart Campos, Germán, “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)”, en LL 1997-F-145.

(3) Mosset Iturraspe, Jorge, *Derecho Civil Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

un *corpus iuris* más extenso, al que se conoce bajo el nombre de “bloque de la constitucionalidad federal”,⁽⁴⁾ que es la principal fuente o “fuente de fuentes” del CCyC.

Para comprender la dimensión, significado e implicancias de edificar un CCyC sobre la base o pilares constitucionales-convencionales, resulta ineludible apelar a dos piezas legales claves, útiles para comprender cuáles han sido las fuentes de inspiración de la legislación civil y comercial y, a la par, entender que su rumbo no podía ser otro que el que ha tomado. Ellas son: 1) el decreto 191/2011, que crea la Comisión redactora del Anteproyecto, antecedente directo del nuevo texto, y 2) los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, donde se explicitan cuáles son los “valores axiológicos” que lo sostienen y que, a la par, constituyen instrumentos básicos para su interpretación desde una obligada perspectiva integral y armónica (art. 2° CCyC).

2.1.1. El decreto 191/2011

Si bien en los considerandos de esta normativa se explicitan las razones por las cuales era necesario modificar, modernizar y *aggiornar* la legislación civil y comercial, va más allá de eso, al sentar las bases sobre las cuáles se debe llevar adelante este proceso intelectual. La evidente incompatibilidad entre derecho (CC) y sociedad es una de las tantas preocupaciones sinceras puestas de resalto en el decreto 191/2011, constituyéndose en puntapié inicial para reformar de manera integral el Código Civil y, de paso, unificarlo con el Código de Comercio, en la misma línea que lo proponían intentos reformistas anteriores como el de 1998. Aquí se esgrimen varias razones de por qué reformar la legislación civil, entre las que se destacan:

- a) *“Que el codificador previó la necesidad de incorporar las reformas que los tiempos futuros demandaran. Que durante muchos años, este proceso se realizó a través de numerosas leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los CCyC de la Nación. Que esta obra llevada a cabo a través de la mencionada legislación especial, produjo una modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los Códigos referidos”. ¿Acaso sería posible sostener que la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario —por dar uno de los tantísimos ejemplos— responde a la misma lógica interna que campeaba el Código Civil originario? Incluso no hace falta ir a un ejemplo que para algunos podría resultar un tanto extremo o, más bien, sensible, ya que involucra el principio de igualdad en razón de la orientación sexual. Tampoco la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes responde a la lógica del CC, ya que promueve el principio de autonomía progresiva, es decir, la aceptación de que, como acontece en la realidad, a medida que van adquiriendo mayor grado de madurez, los niños pueden ejercer por sí mismos determinados hechos o actos jurídicos —en especial, aquellos relacionados con sus derechos personalísimos, como los relativos al cuidado del propio cuerpo—, en el marco de un Código Civil que de manera rígida recepta un régimen de capacidad/incapacidad civil en el que las personas menores de edad son consideradas “incapaces” y, en el mejor de los casos, menores adultos (de 14 años en adelante) con severas limitaciones a la capacidad de ejercicio. Esta tensión cada vez más profunda entre el Código Civil y las legislaciones especiales, que supuestamente lo complementaban, pero que en verdad modificaban el texto civil porque se fundaban en concepciones*

(4) Este concepto es utilizado por la Corte Federal a partir del 2000 en varios precedentes como, por ejemplo, el caso “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, 03/05/2005; “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones”, 17/05/2005; y “Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía —causa N° 120/02—”, 08/08/2006, entre tantos otros.

más contemporáneas y realistas, asentadas en la doctrina de derechos humanos, fue un argumento de peso para comprender por qué la necesidad de cambiar.

- b) *“Que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas” y que “En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos”. Esta expresa mención al llamado “bloque de la constitucionalidad federal”, con el peso o relevancia que ostenta sobre todo el ordenamiento jurídico infra, no solo aparece expresamente en los Fundamentos del Anteproyecto, como se sintetizará en breve, sino que es señalado como un argumento central para la elaboración de un nuevo texto civil y comercial, que debe necesariamente estructurarse sobre los grandes avances que ha tenido el derecho privado a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos y del desarrollo jurisprudencial que se ha derivado de esta mirada, tanto en el orden nacional como internacional. En este sentido, no se puede dejar de lado todo el avance y la consolidación doctrinaria y jurisprudencial respecto del lugar que este ocupa en los ordenamientos jurídicos nacionales, la interpretación que se haga de ellos, y los aportes provenientes tanto del ámbito internacional como regional de los derechos humanos. En otras palabras, esta doble fuente suprema constitucional-convencional, constituye un bloque normativo e interpretativo de máxima jerarquía que sienta las bases y, a la vez, condiciona toda regulación o solución jurídica que se le otorgue a los conflictos sociojurídicos.*

2.1.2. Fundamentos del Anteproyecto

El Anteproyecto de reforma del CCyC es, como antecedente directo del nuevo texto civil y comercial, una pieza interpretativa de suma relevancia para desentrañar cuáles son los cimientos sobre los que el CCyC se edifica, lo que queda claramente explicitado en sus Fundamentos. Como se verá, estos son hábiles y centrales para la interpretación del primer articulado del nuevo texto normativo —que se refiere, justamente, a las Fuentes o principios del derecho privado—. Sucede que si las leyes aplicables lo deben ser “conforme” —es decir, a tono, en consonancia o en respeto— Constitución Nacional (en adelante, CN) y los tratados de derechos humanos en que el Estado sea parte, ello significa un diálogo inescindible, fluido y permanente entre el derecho constitucional-convencional y el derecho privado. En otros términos, los cambios, desarrollo y avances que acontezcan en el primero repercuten de manera directa en el segundo. De allí que el CCyC —tanto en lo relativo a sus fuentes como a su aplicación— se encuentre interpelado de manera constante y continua por la obligada perspectiva constitucional-convencional. Ello es expresado por la Comisión redactora en los Fundamentos: *“Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo”.*

Los aspectos valorativos que auspician el CCyC en su construcción y en la interpretación que de él se lleve adelante son explicitados en los Fundamentos del Anteproyecto, siendo uno de ellos, y de manera precisa, la “constitucionalización del derecho privado”, al cual se hace mención, en otros términos, en el art. 1º: *“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 reeceptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado". Se trata, nada más ni nada menos, que de un modo diferente de razonar, fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional de pensar el derecho.

Como se expondrá de manera harto sintética en el próximo apartado, referido al lugar que se le otorga a la jurisprudencia regional —en particular, a la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)—, otro de los aspectos valorativos es que el CCyC es un “Código con identidad latinoamericana”. En tal sentido, se advierte que *“Existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación. El Código Civil francés, sancionado por ley del 21 de marzo de 1804, influyó con sus criterios en los códigos de Europa (Italia, 1865; Portugal, 1867 y España, 1889) y América (Quebec, 1866; Luisiana, 1870; Perú, 1852; Chile, 1857; Argentina, 1871 y Brasil, 1917). Esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales. Sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región”*.

Otro de los pilares sobre el cual se elaboró el CCyC, y que la obligada perspectiva constitucional-convencional seguramente irá actualizando con el paso del tiempo, es ser un “Código de la igualdad”. En este sentido, se asevera: *“Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”*. A la par, se define al CCyC como un “Código basado en un paradigma no discriminatorio”, siendo que *“En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento”*.

También se reconoce una doble vertiente de los derechos, totalmente compatibles entre sí, encontrándose ambos presentes en el CCyC, ya que es un “Código de los derechos individuales y colectivos”. En tal sentido, se reconoce que *“En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El Anteproyecto da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales y es coherente con el actual derecho brasileño”*.

El último valor axiológico que cabe destacar en su carácter de principal inspirador de la gran mayoría de las modificaciones radicales que introduce el CCyC en el campo de las relaciones de familia, es que se trata de un “Código para una sociedad multicultural”.

Justamente, se reconoce que “*En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender*”. La idea de multiculturalidad se vincula con dos nociones básicas que están ínsitas y muy presentes en gran parte del CCyC: pluralismo y realidad. De allí, y siempre desde la necesaria visión sistémica, es entendible la preocupación que se manifiesta en el artículo en análisis acerca de la resolución de los casos; es decir, de los conflictos que se plantean en la sociedad.

2.2. Dinamismo constitucional-convencional

Los valores axiológicos mencionados —y los demás que también se explicitan en los Fundamentos del Anteproyecto, antecedente directo del CCyC— se fundan en principios y derechos de derechos humanos y se derivan de manera directa de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos en los que el Estado es parte. De este modo, se refuerza el diálogo expreso entre la CN y el CCyC, postura totalmente contraria a la adoptada por el CC.

Se trata de un diálogo que se fortalece, amplía y actualiza de manera constante a la luz del desarrollo jurisprudencial internacional, regional y constitucional, al interpretar de manera dinámica los diferentes casos que se van planteando en el ámbito civil y comercial, en el marco de un régimen jurídico en el que cada juez debe llevar adelante un constante control de constitucionalidad-convencionalidad de las leyes, sea a instancia de parte interesada o de oficio. Al respecto, cabe traer a colación, entre tantos, al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) del caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios” en el que se sostuvo: “*Que en diversas ocasiones posteriores la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente ‘Almonacid’. En efecto, en el caso ‘Trabajadores Cesados del Congreso’ precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana [‘Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú’, del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]*”.⁽⁵⁾

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha sido elocuente al destacar en varios precedentes cuál es el lugar que se le debe dar a la jurisprudencia regional, en especial, a la que emana de la Corte IDH que integra el mencionado “bloque de la constitucionalidad federal”. En este sentido, la CSJN en el caso “Mazzeo”, del 13/07/2007,⁽⁶⁾ ha enfatizado que “*la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

(5) CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios”, 27/11/2012, cons. 12, [en línea] <http://www.saij.gob.ar>, Id SAIJ: FA12000216.

(6) CSJN, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, 13/07/2007, [en línea] <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&fallold=1951>, consultado el 06/02/2015.

debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)", y que ello importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (cons. 20); como así también el valor de sus Recomendaciones⁽⁷⁾ y Opiniones Consultivas.

De este modo, la aludida "constitucionalización del derecho privado", además de ampliar —de manera humanizada— el horizonte del derecho privado, interpela a los operadores jurídicos a profundizar y extender el conocimiento a desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales extra civiles y comerciales, interpretando de manera permanente si la legislación infraconstitucional respeta reglas, principios y valores de derechos humanos, y a la par, cómo debe ser la labor interpretativa ante las lógicas lagunas del derecho, sobre todo ante una sociedad que cada vez es más dinámica.

2.3. Las fuentes del derecho

La primera distinción que cabe esgrimir se refiere a un cambio de denominación. Veamos: el Título I del CC se denominaba "De las leyes", en cambio el Capítulo 1 del Título Preliminar que se inaugura con el articulado en análisis se denomina "Derecho", es decir, se utiliza una noción mucho más amplia. Justamente, las fuentes del derecho no son solo las leyes; tal es así que el propio art. 1º se refiere —con ciertas limitaciones, especificidades o requisitos— a los "usos, prácticas y costumbres".

En este mismo sentido de carácter ampliatorio, Néstor Caferatta sostiene que, en su primer articulado, el CCyC establece cuáles son "*los 'mandatos de optimización', los paradigmas o modelos previos a la comprensión de la problemática, principios estructurales de la materia, que orientan la búsqueda con una inteligencia común, de soluciones adecuadas, estableciendo criterios o directrices de funcionamiento*".⁽⁸⁾

Según surge del articulado en análisis, las fuentes del derecho privado son: a) leyes aplicables (es decir, el propio CCyC y las leyes complementarias), las que deben estar en total consonancia con la CN y los tratados de derechos humanos en los que el país sea

(7) La Corte Federal en el caso "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut", 06/08/2013, afirmó: "*Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en el caso, Informe 30/97—, aun cuando en el marco del procedimiento de peticiones individuales no tienen un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte Interamericana, tienen valor para motivar acciones del Estado Argentino; otra conclusión no solo prescindiría del contexto del tratado sino que iría contra su objeto y fin, al optar por la interpretación que tiende a debilitar y quitar 'efecto útil' al sistema de peticiones individuales consagrado en los arts. 44 a 51 del Pacto, sin tener en cuenta que 'el sistema mismo de la CADH está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo' (del voto del Doctor Petracchi). La aplicación del principio de buena fe, que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y la calidad de los argumentos y la autoridad de quien emanan, llevan a considerar que los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la CADH, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno, aun cuando sólo las decisiones de la Corte Interamericana son ejecutables en los términos del art. 68 de la CADH*" (del voto del Doctor Maqueda). Ver CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut", 06/08/2013, en JA, 11/09/2013; Albanese, Susana, "El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana", AbeledoPerrot, AR/JUR/38982/2013.

(8) Caferatta, Néstor A., "Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, 17/11/2014, p. 273 y ss., AR/DOC/3833/2014.

parte —tanto los que tengan jerarquía constitucional como los de jerarquía originaria—, y los que carezcan de tal valoración normativa pero que hayan sido ratificados por el país; y b) en un segundo nivel, los usos, prácticas y costumbres en las siguientes condiciones: i) cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos, ii) en situaciones no regladas legalmente, y iii) siempre que no sean contrarios a derecho.

En lo que respecta a los usos y costumbres, cabe recordar que el art. 17 CC regulaba de manera autónoma esta cuestión en el mismo sentido que lo hace el CCyC. Así, dicha normativa disponía: “*Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente*”. Nuevamente el texto civil y comercial amplía la regulación de esta cuestión al referirse al uso, las costumbres pero también a las prácticas, es decir, se alude a tres conceptos, no a dos. Además, el texto civil y comercial alude al supuesto de leyes que se refieran a ellas (a usos, prácticas y costumbres) pero también permite y valora que los propios interesados tengan en cuenta tales usos, prácticas y costumbres, lo que puede acontecer perfectamente en el derecho de los contratos. Por último, se agrega que la relevancia en el campo jurídico de los usos, prácticas y costumbres está condicionada o sujeta a que ellos no sean contrarios a derecho; advertencia que no hacía la legislación derogada.

Cabe destacar que la versión sancionada quitó como fuente expresa del derecho a la jurisprudencia, la cual estaba prevista en la versión elaborada por la Comisión redactora que, después de la primera oración, agregaba la siguiente: “*A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso*”. Ello no significa que la jurisprudencia no sea fuente de derecho —en este caso, implícita—, sino que no está mencionada como las fuentes del derecho principales porque es cierto que la fuerza de los precedentes, a veces, es un argumento de peso para que el derecho no se dinamice sino que, por el contrario, quede rígido o estancado, con la consecuente dificultad de *aggiornar* y modernizar la legislación a través de interpretaciones que acompañen los cambios sociales. En otras palabras, la intención que tiene el CCyC es que cada caso se resuelva según la plataforma, constancias e implicancias propias. Ello no impide que se pueda apelar a la jurisprudencia como fuente inspiradora de la solución a la cual se arribe, pero se tratará de una sentencia que será fruto y resultado de la “creación” del derecho y no una mera actividad mecánica de “aplicación” o “subsunción”.

Como bien se sostiene en la doctrina, las fuentes del derecho están íntimamente relacionadas con la interpretación, vínculo que se observa en el propio art. 1º y se complementa con lo dispuesto en el art. 2º.

ARTÍCULO 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.

1. Introducción

Se ha afirmado: “*La interpretación es la actividad dirigida a obtener la significación de una norma*”.⁽⁹⁾ Fácil se concluye la importancia que tiene para el derecho —en este caso, el derecho privado— la interpretación que se hace de su plexo normativo, o que se adopta

(9) Perrachione, Mario C., “Crítica a la modificación de la interpretación y aplicación de la ley establecida en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *DJ*, 06/03/2013, p. 97, AR/DOC/5747/2012.

ante el silencio o ante la falta de éste con vistas a completarlo, para resolver los casos que se presentan.

Tal como surge del texto que observa el articulado en análisis, el CCyC no adopta un listado jerárquico con las pautas hermenéuticas. Solo por razones propias del lenguaje, se debe colocar una variable seguida de la otra, sin que a partir de esta sucesión sea hábil inferir que esconde un orden descendente.

Al regular las pautas de interpretación, se vuelve a apelar a los tratados de derechos humanos, reafirmando así la columna vertebral sobre la cual se edifica el propio CCyC y, a la par, su interpretación y consecuente aplicación. En este sentido, es coherente esta doble mención, ya que el art. 1° CCyC se ocuparía más del marco conceptual teórico y el art. 2° de la vertiente práctica que conlleva todo ordenamiento jurídico. Esto, justamente, se relaciona con la coherencia a la cual alude el articulado en análisis en su última parte; más específicamente, con que la teoría (en especial, el CCyC) y la práctica (la interpretación al resolver los casos) interactúen de modo coherente.

2. Interpretación

El CCyC da un paso cualitativo al dejar de lado como pauta de interpretación el conocido “espíritu de la ley” que regulaba el CC en su art. 14, referido a la leyes extranjeras, que afirmaba que ellas no son aplicables cuando ello “... *fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código*” (inc. 2°) y en su art. 16, que expresaba: “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”. Esta expresa alusión al “espíritu de la ley” generó varios debates doctrinarios⁽¹⁰⁾ e, incluso, el interés de la jurisprudencia constitucional, la que a lo largo de su actuación le ha dado diferentes connotaciones; entre ellas, primó la que se centra en la idea de la finalidad de las leyes o la de una interpretación teleológica por sobre la interpretación pética o estática que implicaba entender que el espíritu de la ley consistía en desentrañar la voluntad del legislador.⁽¹¹⁾ En este sentido, se ha admitido que “*Esta unión entre texto y finalidad (o letra y espíritu) de la ley es reconocida por la jurisprudencia pacífica de la CSJN, en el sentido de que adolece de vicios la interpretación literal de una norma que frustra el objetivo perseguido por la institución reglamentada*”.⁽¹²⁾ De este modo, se puede afirmar que el CCyC adhiere a la interpretación activista y no a la originalista, en la misma línea que lo hace la Corte IDH y su par, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), y, en nuestro país, la Corte Federal desde el resonado caso “Kot” en 1958.

El CCyC adopta en materia de interpretación reglas, principios y valores, siendo todos ellos hábiles para arribar a una resolución coherente con todo el ordenamiento jurídico

(10) Para una síntesis más reciente sobre el desarrollo que se ha generado en torno a esta pauta hermenéutica, ver Azar, Aldo M., “Del espíritu de la ley a los fines de la ley: concepto, evolución del concepto y alcance de la regla de interpretación legal”, en *DJ*, 22/10/2014, p. 1, AR/DOC/3849/2014.

(11) Sostuvo la CSJN en un fallo de 2004: “*es propio de la tarea judicial indagar sobre el espíritu de las leyes más que guiarse por el rigor de las palabras con que ellas están concebidas (Fallos: 308:1664), procurando que la norma armonice con el ordenamiento jurídico restante y los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:2075 y 324:2153) y evitando que su aplicación a un caso concreto derive en agraviantes desigualdades entre situaciones personales sustancialmente idénticas (Fallos 311:1937 y 323:2117)*”. Ver CSJN, “Municipalidad de Olavarría c/ Poder Ejecutivo Nacional”, 27/05/2004, en LL, AR/JUR/6290/2004.

(12) CSJN, “Municipalidad de Olavarría c/ Poder Ejecutivo Nacional”, fallo cit.

—que debe estar en consonancia siempre con los tratados de derechos humanos—. En este sentido, se afirma: “*Se trata de una interpretación ‘adecuadora’ que ‘constituye uno de los tipos más importante de interpretación sistemática’. Tiene lugar siempre que se adapta el significado de una disposición al significado establecido (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior (...) Este modo interpretativo se basa en la asunción tácita de que el legislador respeta los principios generales del derecho y las disposiciones constitucionales y no pretende derogarlos*”.⁽¹³⁾

Sucede que tanto las pautas de interpretación que expone el art. 2° como los principios y valores jurídicos —no morales: estos quedan fuera de la legislación civil y comercial por aplicación de lo normado por el art. 19 CN, es decir, por quedar reservadas a Dios (al que cada uno crea o a ninguno, según las creencias de cada persona) y “*exentas de la autoridad de los magistrados*”— en definitiva son, como alude el mismo articulado, fuentes del derecho y, a la par, condicionan la interpretación a la luz de tales fuentes.⁽¹⁴⁾

En este contexto más amplio que recepta el CCyC no solo se reconocen pautas clásicas, como los términos o las palabras que se utilizan (ello, por ejemplo, es de suma relevancia en el campo de los derechos de los contratos), sino también la finalidad (interpretación teleológica), la analogía y, de manera más general, los principios y valores jurídicos que sí deben tener coherencia entre ellos; tal objetivo se logra siempre que se esté en consonancia con las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos.

Si bien del texto no surge un orden de prelación expreso en las pautas de interpretación que se mencionan en el artículo en análisis, lo cierto es que es evidente que si un caso está contemplado de manera expresa en el CCyC o en leyes complementarias, son estas las que se aplican, reservándose la interpretación por analogía para cuando ocurre un vacío o una laguna legislativa.

En los Fundamentos del Anteproyecto, la Comisión explicita varias cuestiones referidas a las reglas de interpretación que se regulan en el articulado en análisis —en conexión, coherencia y consonancia con el art. 1° CCyC—. Básicamente se sostiene: 1) siguiendo la postura doctrinaria mayoritaria, “*la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley*”; 2) teniendo en cuenta la finalidad de la ley, se deja de lado toda referencia a la intención del legislador por lo cual: “*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*”; 3) las leyes análogas “*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*”; 4) se hace expresa referencia al ordenamiento jurídico, superándose así “*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*”; y 5) se alude a los principios y valores jurídicos —conceptos jurídicos indeterminados— “*los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente*

(13) Perrachione, Mario C., *op. cit.*, p. 97.

(14) Mosset Iturraspe, Jorge, “Capítulo VI”, en *Derecho Civil Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

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”.

Una arista que vale la pena resaltar, y que incide en la cuestión de la interpretación, se refiere al fenómeno de la “descodificación”. El CCyC admite y valora la existencia de leyes especiales, por lo tanto, no pretende regular en su texto todas las incumbencias del derecho privado. Un claro ejemplo es la regulación sobre los derechos de los consumidores, tema en el que la ley especial y la legislación civil y comercial se complementan. En este sentido, se dice que se está ante una “recodificación”, en la que se vuelve a rearmar todo el sistema legal del derecho privado a partir de un nuevo texto que tiene en cuenta los avances y modernizaciones que han introducido las leyes especiales, pretendiéndose una nueva y necesaria coherencia entre todo el plexo normativo.

Otra consideración que también incide de manera directa en la interpretación de las leyes es que el CCyC, más allá de explicitar los lineamientos generales en materia de hermenéutica jurídica, también dispone determinadas reglas de interpretación al regular algunas instituciones o figuras. Por ejemplo, cuando se refiere a los Contratos en general (Título II, Libro Tercero), el art. 963 —**Prelación normativa**— establece: “*Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código*”; en igual sentido lo hacen los arts. 1094 y 1709, el primero referido a la prelación de normas en los contratos de consumo y el segundo, en la responsabilidad civil.

Por fuera de la prelación de normas, el CCyC también recepta una gran cantidad de pautas de interpretación concretas. Así, le otorga un tratamiento diferencial a los contratos de consumo regulando de manera precisa su interpretación, toda vez que se trata de contratos en el que la relación parte débil-parte fuerte resulta muy evidente (art. 1095 CCyC); prefiere el régimen del cuidado conjunto de los hijos en una modalidad en particular, la indistinta, por sobre el resto de modalidades o clases (art. 651 CCyC); regula la excepción a la prohibición de pacto sobre herencias futuras para asegurar la continuidad de las empresas familiares (art. 1010); entre tantas disposiciones que dejan ver cuál es el derecho o el interés que se pretende proteger. Por lo tanto, existe una finalidad en la norma fácil de desentrañar, con las consecuencias que se derivan de ello al resolver un caso.

Por último, es dable destacar que el CCyC respeta la mayor protección que se establece en otras legislaciones especiales y complementarias a la legislación general civil y comercial, como la Ley 26.657 de Salud Mental, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o la Ley 26.529 de los Derechos de los Pacientes en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, por citar algunos ejemplos. Esta afirmación se puede derivar del juego o entrecruzamiento de lo dispuesto en los dos primeros artículos. El art. 1°, al referirse en su primera oración a “*las leyes que resulten aplicables*”, admite que no solo sería el CCyC sino que podría ser otra legislación que regula con mayor precisión, detenimiento o particularidad alguna cuestión que menciona la legislación civil y comercial, pero que no profundiza. Y del art. 2°, al referirse a las “*leyes análogas*”, que no solo son de utilidad para llenar vacíos legales, sino también admitir que hay leyes que abordan temáticas similares a las que regula el CCyC y que pueden servir de pauta de interpretación hábil para resolver ciertos casos. Por ejemplo, podría plantearse, como ya se ha planteado en la jurisprudencia nacional, un caso de gestación por sustitución —es decir, el de una mujer que gesta a un niño para otras personas

que quieren y tienen el deseo de ser padres, y que incluso, como aconteció en casos ya resueltos, aportan su propio material genético— en el que, ante el vacío legislativo se deba apelar a las normas referidas a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida porque, justamente, la gestación por sustitución es una de las tantas prácticas —la más compleja— de reproducción asistida.

En definitiva, desde una perspectiva sistémica, el CCyC entiende la importancia de concretar una relectura más contemporánea, realista y humanista del derecho privado, la existencia de un verdadero “diálogo de fuentes”, una postura que también impacta de manera clara en la interpretación y aplicación de las leyes.

ARTÍCULO 3°. Deber de resolver

El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

1. Introducción

El CCyC revaloriza el rol de los jueces en la resolución de conflictos judiciales. Se trata de un texto que se interesa de manera especial por “*Los casos que este Código rige...*” (art. 1° CCyC); casos, justamente, que deben ser resueltos por los jueces a quienes el propio Código establece un deber preciso y elocuente: resolver mediante una decisión razonablemente fundada.

No se trata entonces de que toda sentencia deba estar fundada, sino de la exigencia de que tal fundamentación sea “razonable”. ¿En qué contexto se debe analizar la idea de razonabilidad? En el marco general y básico que estructura el Título Preliminar, es decir, no solo en el contexto de lo expresado en los dos primeros articulados referidos a las fuentes del derecho, y a su aplicación e interpretación, sino en conformidad con lo que se dispone en los artículos que siguen, en los que se explicitan varios de los principios generales del derecho privado: la buena fe (art. 9° CCyC); el abuso del derecho (art. 10 CCyC); el abuso de posición dominante (art. 11 CCyC); entre otros.

El principio de razonabilidad es lo contrario a la arbitrariedad, por lo cual, fácil se advierte la importancia que tiene la obligación o el deber de que las sentencias sean razonablemente fundadas.

2. Interpretación

Del artículo en análisis se puede observar una cuestión básica: fundar una sentencia y que esta fundamentación sea razonable es una manda legal indelegable. Se trata de un deber que emerge de un Estado constitucional convencional de derecho, en el que los jueces, como integrantes de uno de los poderes del Estado, dan cuenta a la sociedad de sus actos. En esta línea se encuentra la ley 26.856, que establece la publicación íntegra de acordadas y resoluciones de la Corte Suprema y los Tribunales de Primera y Segunda instancia.

Como bien se sostiene en la doctrina y jurisprudencia nacional, existe un derecho a una sentencia motivada, cuya motivación debe ser razonable, adoptándose una necesaria visión sistémica de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional. En esta línea, y desde una mirada federal, cabe traer a colación lo expresado por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes en un fallo de 2014: “*El requisito constitucional y el natural principio de transparencia del Estado de Derecho que impone auto abastecer la motivación de las sentencias significa que no basta para la validez de los pronunciamientos jurisdiccionales*