



Pontificia Universidad Católica Argentina
Santa María de los Buenos Aires
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario
Doctorado en Derecho

DINÁMICA DISRUPTIVA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Desafíos actuales

TESIS DOCTORAL

Doctoranda: Abg.^{da} Liliana Margarita Molina

Directora: Dra. Verónica Melo



Rosario, abril de 2023

ÍNDICE

Abreviaturas y siglas	1
PROLOGO.....	2
NOTA ACLARATORIA.....	6
Principios Jurídicos versus principios generales del derecho.....	7
INTRODUCCIÓN	11
Plan de obra.....	11
Principios generales del derecho, hoy, principios jurídicos	16
1. Aproximación al tema	16
1.1 Su diferencia con los valores.....	39
1.2 Clasificación de los PGD	44
1.3 Los llamados principios de derecho sectoriales	47
1.3.1.Los principios en el proceso judicial.....	54
1.3.2 Reenvío normativo.....	65
2. Naturaleza de los principios generales del derecho	67
3. Conflicto entre principios. Teoría de la ponderación	86
CAPÍTULO II	92
Su reconocimiento práctico	92
1. Las funciones de los PGD	92
1.1 Los PGD como fuente o fundamento del derecho: ¿supletoriedad o superfuente?	98
1.2 La función integrativa	112
1.3 La función interpretativa	120
1.4 La función creadora.....	131
1.5 Referencia a otras funciones de los PGD.....	132

1.6 Recreación de normas obsoletas	134
2. Aplicación de los PGD dentro del ordenamiento jurídico	135
3. Los PGD dentro de la argumentación jurídica. Breve referencia	147
CAPÍTULO III	158
La equidad como PGD en su funcionalidad de criterio de interpretación en el nuevo art. 2.º del CCCN	158
1. Distintas concepciones de la equidad según Vigo:.....	160
2. Funciones de la equidad.....	173
3. La equidad escondida en el Título Preliminar	175
CAPÍTULO IV	186
Código Civil y Comercial de la Nación. Ubicación de los principios jurídicos en el artículo 2.º. La nueva era.....	186
1. Un poco de historia	186
1.1 Los aires de la codificación	186
1.2 La consecuente descodificación.....	188
1.3 Necesidad de <i>aggiornamento</i> : la recodificación	189
2. Título Preliminar.....	196
2.1 Pautas generales: sistema de fuentes, reglas, principios y valores	197
2.2 Cambio de paradigma. Generalidades	199
2.3 Contenido.....	204
2.4 Capítulo 1 del CCCN. El derecho	206
2.4.1 Los artículos 1 a 3 .Breves comentarios y observaciones. Noción y utilidad de las fuentes del derecho.....	208
2.4.2. El sistema de fuentes establecido en el art 1. Reflejo de la constitucionalización del derecho civil.....	209
2.4.3.El artículo 2. La interpretación, Los principios y valores...216	
2.4.3.1 La coherencia.....	225

2.4.4. El deber de resolver: La razonabilidad.....	232
CAPÍTULO V	245
Control de calidad de la aplicación de los PGD.....	245
1.1 Acerca de la plausibilidad y conveniencia de controlar la calidad de la actividad jurisdiccional puesta a aplicar un PGD.....	247
1.2 Acerca de si esta norma ISO PGD oficiaría como criterio obligatorio o meramente facultativo	252
1.3 Acerca del medio idóneo para introducir la ISO PGD en nuestro sistema jurídico.....	253
1.4 Acerca del contenido tentativo que podría estar contenido en una norma ISO PGD para officiar de guía para el automonitoreo y heteromonitoreo de la calidad de las sentencias judiciales.....	257
2. Criterios orientadores sugeridos para la elaboración de normas ISO PGD.....	257
2.1 Primer criterio, desde la perspectiva axiológica: la coherencia con el orden constitucional y con los pactos internacionales	258
2.2 Segundo criterio, desde la perspectiva lógico-jurídica: la adecuada argumentación-motivación	264
2.3 Tercer criterio, desde la perspectiva finalista: consecución del bien común	274
2.4 Cuarto criterio, desde las pautas vigentes en el presente momento histórico y las circunstancias en «#modoprudencia»	275
CAPÍTULO VI : La era de la digitalización en el estado constitucional 4.0 y la norma ISO PGD. Su transición al Algoritmo PGD.....	283
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	305
EPÍLOGO	322
BIBLIOGRAFÍA	323

Abreviaturas y siglas

ALG PGD	Algoritmo principio general del derecho
art. / arts.	artículo / artículos
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CCV	Código Civil Veleziano
CCCN	Código Civil y Comercial de la Nación
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CN	Constitución Nacional
cfr.	confróntese
concs.	concordantes
consid.	considerando
coords.	coordinadores
ed.	editorial
IA	inteligencia artificial
ISO	<i>International Organization for Standardization</i>
ISO PGD	ISO principio general del derecho
p. / pp.	página / páginas
P	principio / principios
PGD	principio general del derecho
SJA	Suplemento Jurisprudencia Argentina
ss.	siguientes
v. gr.	verbigracia
vs.	versus

PRÓLOGO

La intención del presente trabajo es aproximarnos al establecimiento de criterios claros para la correcta aplicación práctica de los principios generales del derecho, en orden a mantener vigente su imperio como herramienta interpretadora y correctiva.

Es cierto que, como problema donde colisiona «lo filosófico y lo dogmático» es imposible tratar de delimitar y acabar su extensión. El Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación representa una salida a dicha colisión. Su alcance y significado están claramente definidos en los Fundamentos del Anteproyecto del CCCN en donde se persigue que los «operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores».

Sin embargo, hoy la doctrina y la jurisprudencia vacilan cuando se trata de determinar en qué consisten tales principios, debido a la variopinta terminología tan necesitada de depuración. El tema no es fácil y requiere de un análisis detenido y metodológico para esclarecerlo.

A través del presente trabajo daremos un enfoque panorámico del problema de los principios jurídicos en su faz dinámica. Escribir sobre dicho tema es un emprendimiento osado que expone a cierto riesgo, toda vez que la temática es, por naturaleza, inasible. Por ello, no espere el lector encontrar en estas páginas respuestas definitivas e inmutables.

Daremos cuenta de la pretendida constitucionalización del derecho privado expresada en los Fundamentos del Anteproyecto del CCCN, en el

apartado I, en justa armonía entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

Para arribar a conclusiones útiles debemos penetrar en el «alma» de los sistemas jurídicos y bucear en los valores presentes al momento de captación de los principios jurídicos, para aplicarlos como recurso hermenéutico en la interpretación y aplicación de las leyes.

A pesar de la existencia de una vasta producción literaria sobre el tema —que abarca desde la filosofía a la dogmática jurídica—, nuestra opinión se inclina por darle un marco *aggiornado* a los principios jurídicos en relación con la equidad, en cuanto a su función integradora e interpretativa dentro del sistema jurídico argentino y, dado lo ilimitado de la extensión, hemos de centrar nuestra atención en la rama del derecho civil.

Y es así como nuestro humilde aporte a la ciencia jurídica, a través de la presente tesis, radica en propiciar su inclusión en la labor diaria de los magistrados al dictar sentencias, en la aplicación profesional del derecho y, finalmente, en lograr la justa composición de intereses en juego mediante el logro del valor justicia: tamaña tarea nos convoca.

Por ello, nos permitimos citar las palabras de Montemayor, rescatadas por Jorge Peyrano, con las que nos recuerda que «los principios generales del derecho son un poco como el ave fénix: todos los invocan, pero nadie sabe dónde ir a buscarlos»¹.

¹ Peyrano, Jorge W., «Los principios generales del derecho: Concepto jurídico de difícil y necesaria comprensión», en *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, Año 6, Segunda época, Rosario, 1974, p. 7.

Considerando que la faena judicial enderezada a aplicar «en concreto» los principios jurídicos podría cristalizarse en una aplicación distorsiva de éstos, propiciamos el establecimiento de una guía o índice de criterios orientadores dirigido tanto al juez, a la hora de operativizarlos, como a los órganos revisores al tiempo de efectuar su contralor.

Ello así, por cuanto en la actualidad se verifica que cualquier proceso se halla sometido a «controles de calidad» (v. gr., norma ISO 9001), para asegurar la adecuada conformación técnica del camino a recorrer para la óptima consecución de un objetivo y para auditar correctamente la eficacia de su resultado.

Consideramos propicio que el proceso de concretización de los principios jurídicos —entendidos estos como el conjunto de pasos, eslabonados y sucesivos, destinados a la reducción de un principio general a su versión más singular y específica, con el fin de aportar una solución particular a un conflicto determinado— sea certificado, tanto en su fase elaboradora de la solución inspirada en los principios jurídicos, como en la fase de control del resultado arrojado (la sentencia), por una serie de pautas precisas que permitan advertir, temporánea y adecuadamente, cualquier desviación o distorsión de su sentido original y puro.

En suma, la elaboración de esta suerte de guía es un «reaseguro» de la aplicación de los principios jurídicos con el fin de «tutorar»² el proceso de concretización de estos, para el conflicto llevado ante la jurisdicción. Se intenta,

² Según el *Diccionario de la lengua española*, «poner tutores (cañas para mantener derecha una planta)».

de esta manera, proponer un aval del correcto oficio de sentenciar, garantizando un Estado de derecho democrático.

De esta forma, se intentará sentar criterios de interpretación y evaluación, así como propondremos ciertos estándares de calidad en resguardo de la actividad jurisdiccional para que esta herramienta sea utilizada conforme a pasos conscientes y preestablecidos por parte del operador del derecho y, a su vez, opere como un control más de razonamiento judicial.

El camino trazado se hará de un modo coherente con todo el ordenamiento, como idea rectora en materia de hermenéutica, donde los principios y valores jurídicos tienen un papel protagónico en el bloque de constitucionalidad.

Nos encontramos transitando la era del neoconstitucionalismo del Estado 4.0, en la que la digitalización de la administración de justicia y la algoritmización del derecho será uno de los nuevos desafíos del siglo XXI.

Sirva la presente tesis como invitación a seguir con la posta del desafío planteado.

NOTA ACLARATORIA

Principios jurídicos versus principios generales del derecho

A lo largo del trabajo aparecerán, de forma alternativa e indistinta, las expresiones «principios generales del derecho» o «principios jurídicos». Si bien ello obedecerá, en algunos casos, a la transcripción literal de las citas bibliográficas que nos ocupen, hemos de advertirle al lector que, cuando sea posible, preferiremos hablar de «principios jurídicos», decisión que no obedece a un capricho terminológico sino a una elección motivada por los aires del neoconstitucionalismo que, en pleno siglo XXI, motiva ideológicamente la unificación del nuevo Código³.

Esta referencia indistinta obedece a que los elementos en pugna observan una distinción sutil y difusa. La estructura ontológica de unos y otros no enarbolan una diferencia ni formal ni material; por el contrario, estos representan entidades deónticas, sustancialmente idénticas con un fin regulatorio común⁴.

En rigor, los principios generales del derecho se moldearon como un producto típico del Estado legal de derecho, tributario del positivismo jurídico y promotor de la ley como fuente por excelencia. En contrapartida, los principios jurídicos expresan una nomenclatura propia del Estado constitucional, defensor de un derecho suprallegal y partidario de un amplio elenco de fuentes jurídicas.

³ Vigo, Rodolfo L., *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, EDUCA, 2015, p. 360.

Más allá de la utilización alternativa de las expresiones en cuestión, describiremos, de manera esquemática, algunos rasgos distintivos entre aquellos principios propios del Estado de derecho constitucional y los principios generales del derecho invocados por los códigos típicos de la matriz del Estado de derecho legal⁵, respecto a:

1) Su ubicación normativa: a los principios generales del derecho se los encontraba en la ley, más específicamente en los códigos; los principios jurídicos están principalmente en la Constitución o en los tratados de derechos humanos.

2) El modelo de articulación entre el derecho y la moral: se pretendía que los principios generales del derecho no violentaban la visión juricista o insular del derecho, que continuaba absolutamente separado del orden de la moralidad y de la realidad social; los principios jurídicos suponen, al contrario, admitir la ineludible conexión entre derecho y moral, y otras dimensiones de la realidad social.

3) El fundamento de validez: se legitimaba la apelación a los principios generales del derecho, porque estaban establecidos, explícita o implícitamente, por el legislador o el codificador; en cambio, los principios jurídicos implican exigencias indisponibles para el legislador, en tanto su violación compromete la validez o la juridicidad de su propósito creador, con prescindencia de su eventual reconocimiento legal.

⁴ Morea, Adrián O., «¿Qué “no” son los principios jurídicos?», en *La Ley*, Microjuris, cita *online*: MJ-DOC-12782-AR | MJD12782, 2018, p. 6, *website*: <https://ar.microjuris.com>, fecha de captura: 24-9-2019.

⁵ Si se desea ahondar en el tema véase *ibidem*.

4) La regla de habilitación: se entendía que el recurso a los principios generales del derecho era de carácter excepcional en tanto sólo funcionaban para el supuesto de ausencia de ley o laguna; a los principios jurídicos, por su parte, el jurista debe recurrir siempre, dado que permiten establecer la validez de la ley o la mejor respuesta jurídica para el caso concreto.

5) El grado de importancia otorgada: debemos señalar que el interés por la doctrina jurídica decimonónica acerca de los principios generales del derecho fue escaso; en cambio, al mundo académico actual le resulta inevitable ocuparse de los principios jurídicos, atento a las diversas e importantes funciones que ellos cumplen respecto de todo el derecho.

6) El abordaje gnoseológico: se entendía que para la comprensión de los principios generales del derecho bastaba el estatuto epistémico propio de las ciencias jurídicas o dogmáticas que estaban representadas por las «ramas» del derecho. De manera diferente, el contenido básicamente moral de los principios obligaba a recurrir a la filosofía jurídica, moral o práctica.

7) La raigambre iusfilosófica: la adopción de los principios generales del derecho era plenamente compatible con una teoría jurídica positivista. El reconocimiento de los principios jurídicos exige una fundamentación desde teorías no positivistas.

8) La amplitud funcional: la capacidad de generar respuestas jurídicas desde los principios generales del derecho era muy acotada, en tanto se requería como condiciones *sine qua non* la existencia de una laguna legal y que no se violentara la voluntad del legislador. Los principios jurídicos, amén de no quedar subordinados a estos requisitos habilitantes, abren enormes

posibilidades para que el jurista encuentre nuevas respuestas jurídicas a partir del derecho concentrado en los mismos⁶.

9) El reparto de atribuciones entre los poderes del Estado: los principios generales del derecho ratifican que la competencia jurígena o creadora del derecho, explícita o implícitamente, la tiene el Poder Legislativo. En otra dirección, los principios jurídicos importan un desplazamiento del poder estatal a favor del Poder Judicial, nacional o supranacional.

10) La visión del derecho: los principios generales del derecho confirman la decimonónica enciclopedia jurídica que visualizaba al derecho como un conjunto de «ramas»; los principios jurídicos, en cambio, apelan privilegiadamente al derecho constitucional o internacional.

11) El carácter iusprivatista o iuspublicista: los principios generales del derecho remitían al predominio de visiones iusprivatistas, dado el papel central o troncal que tenía el Código Civil. Contrariamente, los principios jurídicos, atentos a su contenido fundamental, importan una pronunciada publicización del derecho.

12) La jerarquía de las fuentes: los principios generales del derecho no perturbaban la teoría decimonónica de las fuentes del derecho centrada en la principalidad de la ley. Los principios jurídicos implican, en otro sentido, una fuerte y mayor atención a la jurisprudencia en donde se explicitan los mismos.

13) La relevancia del caso concreto en el proceso de construcción del derecho: los principios generales del derecho no se concentraban

⁶ Vigo, Rodolfo L., «Los principios generales del derecho», en *JA*, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 1986.

pronunciadamente en las particularidades de los casos y su conocimiento verdadero. En sentido contrario, los principios, con su contenido moral o axiológico, requieren una respuesta jurídica ajustada a las características irrepetibles de los hechos, por lo que se torna imprescindible un conocimiento adecuado de los mismos⁷.

14) El predominio axiológico: los principios jurídicos no conmovían el propósito central de la seguridad jurídica, basado en la previsibilidad de la solución aplicable mediante la subsunción del caso en la ley. Los principios jurídicos importan una preocupación central por la equidad o una respuesta justa o correcta para cada problema jurídico. El nuevo concepto de seguridad jurídica, más que en la deducción mecánica y fácil de la única solución jurídica querida por el legislador, se construye en la implementación de mecanismos de control sobre el trámite, la fundamentación y el contenido de las decisiones⁸.

Si bien es cierto que los criterios precedentes pueden resultar sobreabundantes y algo superpuestos, no obstante, lucen eficaces para potenciar el propósito que anima esta nota aclaratoria.

⁷ Vigo, Rodolfo L., La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Cuzoni, 2015, p. 360.

⁸ Frank, Jerome, citado en Morea, Adrián O., *op. cit.*, p. 7.

INTRODUCCIÓN

Plan de obra

El diálogo de fuentes propuesto por el Código Civil y de Comercio de la Nación a los efectos de la interpretación y aplicación del derecho, en general, implica que, en la actualidad, la literatura jurídica argentina aborda el tema de los principios jurídicos casi en forma obligada. Sin embargo, aún permanece con interrogantes insatisfechos, quizás, con razón de la proteica riqueza de situaciones capaces de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene.

Es así como la presente tesis (acompañando la tendencia actual) es escrita en lenguaje claro sin olvidar la exigencia académica. Así es que comienza con una nota aclaratoria sobre la preferencia de hablar de principios jurídicos en lugar de PGD, la cual se origina con los aires del neoconstitucionalismo del siglo XXI.

Dicho lo anterior, en el capítulo primero se intenta dar una aproximación al tema a desarrollar mediante un esbozo de las definiciones que se han ensayado, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera. Abordamos, entonces, las notas características que los representan.

Consecuentemente, siguiendo la alineación del nuevo Código, nos remitimos a marcar diferencias entre principios y valores, llegando a la conclusión de que todo principio contiene un valor, pero no todo valor contiene un principio exigible jurídicamente como tal. Esto nos lleva a tratar el asunto de la clasificación de los PGD y a referirnos a los principios de derechos sectoriales, con especial referencia a los principios en el proceso judicial.

En un siguiente punto, dentro del mismo capítulo, desarrollamos la naturaleza jurídica de los PGD intentando explicar cómo se reconocen.

De ahí que se justifique el tratamiento de las diferentes posiciones doctrinarias o corrientes de pensamiento que han girado en torno a su comprensión, con la finalidad de buscar en ellas los criterios dominantes acerca de la existencia, fundamentación y determinación de las bases o principios del orden jurídico.

Esto nos conduce a plantearnos si se trata, efectivamente, de normas jurídicas y, en tal caso, plantear criterios de diferenciación.

Nuestra posición implica marcar una tajante diferencia con la norma jurídica que impide toda asimilación entre estos dos ámbitos de derecho vigentes, de modo tal que es posible señalar, nítidamente, los contornos de ambos, lo cual nos enrola dentro de una fuerte teoría de los PGD.

Seguidamente, nos preguntamos acerca de la solución en cuanto al conflicto de principios y la referencia a la teoría de la ponderación en la que el juez decidirá la preminencia de un principio sobre otro, vinculando su decisión con las particularidades de la causa y negando, de este modo, la posibilidad de reglas estancas o abstractas. Ello nos conduce a concluir que estamos ante la presencia de principios que no entran en la posibilidad de ninguna ponderación, como es el caso de la dignidad humana, entre otros.

Ya el capítulo segundo apunta a su reconocimiento práctico. Abordamos las funciones que tienen los PGD dentro del ordenamiento jurídico nacional, como un tema de gran relevancia. Comenzamos planteando si los PGD aspiran a ser fuentes supletorias o superfuentes.

Continuamos con el asunto de la función integrativa para desarrollar acerca de la problemática de las lagunas del derecho y reforzar, así, alguna pretendida fragilidad expuesta por quienes intentan recurrir, equivocadamente, a los PGD como última herramienta.

Buceamos en los conceptos de discrecionalidad y razonabilidad como las caras de una misma moneda a la hora de la actuación de los operadores jurídicos, en la tarea interpretativa por la que nos conduce el art. 2.º del CCCN.

Resaltamos la función creadora de los PGD en tanto disparadores de la imaginación creadora e inventiva proyectada a recrear el sistema jurídico y, desde allí, la consecuente función de recreación de normas obsoletas.

Se expone, sintéticamente, el tema de la aplicación de los PGD junto a una referencia jurisprudencial acorde.

Para finalizar el capítulo, nos dedicamos a presentar la vinculación de los PGD dentro de la argumentación jurídica.

Lo desarrollado hasta el momento supone considerar, en el capítulo tercero, la cuestión de la equidad como herramienta necesaria para comprender la extensión del instituto y mencionar su inclusión dentro de los PGD, como una mirada hacia las funciones que carga dentro del sistema. Con especial atención reflexionamos sobre su implícita inserción dentro del Título Preliminar, sin perjuicio de esclarecer su presencia en diferentes institutos del código.

Avanzada la obra, en el capítulo cuarto centramos nuestra atención en el CCCN. En orden cronológico abordaremos, sucintamente, los distintos períodos de su codificación, descodificación y recodificación para culminar

entendiendo el espíritu del Título Preliminar. En este contexto analizaremos la incorporación de los principios jurídicos en su art. 2.º, lo cual nos lleva a tratar especialmente la coherencia como idea directriz de la interpretación de todo el ordenamiento.

En este punto, siguiendo el método del Código, volvemos nuestra lectura hacia el art. 3.º, del deber de fallar de los jueces, donde la razonabilidad se descubre protagonista.

Con respecto al capítulo quinto, y en aras de esbozar una propuesta innovadora, postulamos la elaboración de una norma ISO PGD a semejanza de una norma ISO 9001 de control de calidad que sirva de guía para el auto y heteromonitoreo de las sentencias judiciales.

En este sentido, sabemos que estamos transitando la era de la digitalización de la administración de la justicia, con un papel preponderante del Estado constitucional que llamamos 4.0. Entendemos que los principios jurídicos son normas abiertas, por lo que la norma ISO PGD debería serlo de igual modo. Esto nos conduce a preguntarnos, con énfasis, sobre la incorporación de la ISO PGD en el ciberespacio y, en consecuencia, sobre si es factible proyectar su dimensión en el mundo jurídico a través de un *software* específico. Abordamos, en consecuencia, la dimensión tecnológica para llegar a postular la tendencia actual y sugerir la transición hacia un mundo digitalizado, tal vez robótico, de la mano del llamado Algoritmo PGD. La idea bajo análisis, pretende desde su nacimiento y a lo largo de su recorrido en esta obra, ser una herramienta más en pos de lograr una justicia más ágil y eficiente.

Para concluir, ya precisado y acabado el tema de la presente tesis en cuanto a nuestro aporte, nos dedicamos a extraer conclusiones que serán de utilidad práctica para todos aquellos que deseen comenzar a estudiar y entender el porqué de la importancia y vigencia del instituto, intentando navegar, seguros, por el mar proceloso de los PGD en tiempos de tecnocracia.

CAPÍTULO I

Principios generales del derecho, hoy, principios jurídicos

*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere alterum non laedere,
suum cuique tribuere.*

Ulpiano, *Digesto* 1, 1, 10, 1

1. Aproximación al tema

El sistema jurídico es un todo orgánico de normas, hechos, valores y principios. La aplicación de tales principios en la esfera del derecho es constante, sea a la hora de resolver como a la de fundar una petición. El conocimiento de tales principios es imprescindible para que se pueda comprender la construcción de un sistema jurídico que se presenta en diferentes subconjuntos. El PGD no es una simple idea, algo cerebrino, sino un elemento constitutivo del propio sistema.

Con gran criterio observa Jenneau⁹ que los principios no tienen existencia propia, están ínsitos dentro del sistema, pero el juez, al descubrirlos, les da fuerza y vida. Sin principios no hay ordenamiento jurídico sistematizable ni susceptible de valoración. Un orden jurídico se reduciría a un conjunto de centenas de normas positivas, desordenadas y axiológicamente indeterminadas, pues los PGD rompen la inamovilidad del sistema restaurando el dinamismo que le es propio. Con todo, esos principios sirven de base para

⁹ Citado en Diniz, María Helena, *As lacunas no Direito*, 10.ª edición, Brasil, Ed. Saraiva, 1999, p. 214.

llenar lagunas que no pueden oponerse a las disposiciones del ordenamiento, pues deben fundarse en la naturaleza del sistema jurídico que debe presentarse como un organismo lógico, capaz de contener una solución segura para el caso dudoso. Con ello se evita que el empleo de los principios sea arbitrario o conforme a las aspiraciones, valores o intereses del órgano jurisdiccional.

Sostiene el profesor santafesino Rodolfo Vigo¹⁰ que, en las dos últimas décadas, el tema de los principios jurídicos como un ámbito integrativo del ordenamiento jurídico pero diferenciado de las reglas o normas jurídicas, ha adquirido una importancia notable en el campo de la teoría general o de la filosofía del derecho, a tal punto que, con justicia, se ha podido hablar de una «nueva edad de oro» de los principios.

Ello indicaría que es labor de los estudiosos del derecho mantener la actualidad del instituto como punto de partida de la aplicación e interpretación del derecho vigente. Y la génesis de tal razonamiento radica en la posibilidad de acomodar los principios al *hic et nunc*, precisamente, por su historicidad, por su dependencia de la mutable naturaleza humana y por la evolución de las convicciones sociales que los generan. Francesco Ferrara¹¹ nos lo indica, al precisar que esa mutación no sólo afecta a las formas positivas de regulación,

¹⁰ Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000, p. 36.

¹¹ Ferrara, Francesco, «I principi generali dell'ordinamento giuridico», en *Sorriti Giuridici*, Tomo I, Milán, 1952, p. 126, *website*: www.academia.edu, fecha de captura: 23-5-2018.

sino a los propios principios que deben ir acompasando las exigencias políticas, sociales y económicas del porvenir¹².

Adentrándonos en el estudio, creemos que los juristas no se han ocupado, con la intensidad que se requiere, de la importancia de determinar qué debe entenderse por «principios generales del derecho». Algunos autores se han limitado a indicar que deben expresarse en su máxima amplitud¹³. Otros, con una actitud más comprometida, han alertado sobre su concepto de «fluctuante»¹⁴.

La intención se cifra, en principio, en recoger y partir del caudal de conocimientos preexistentes, para luego avanzar —o, al menos, intentarlo— a fin de descubrir nuevas facetas, acaso un nuevo punto de vista que perfeccione aquel conocimiento inicial de la institución sobre la que tratamos y que depende tanto de su utilidad aplicativa como de su seguridad jurídica. La meta será, entonces, descubrir dónde se pueden encontrar soterrados.

La palabra «principio» es utilizada para referirse a distintos conceptos resultantes, tanto de la labor de los órganos jurisdiccionales como la de los juristas. Pero cuando en el presente trabajo nos referimos a los «principios generales del derecho» aludimos a los principios superiores que informan todo el derecho y no sólo los de un derecho nacional o una rama de éste. Éstos, evidentemente, tienen importancia y a ellos debe acudir primeramente el

¹² El autor se refiere a la admisión, por parte de los clásicos iusnaturalistas, de la «variabilidad» del derecho natural por «alteración de las circunstancias» del lugar y tiempo, vida y cultura, aunque sólo sea por mudanza impropia, pero que hace compatible la inicial inmutabilidad del derecho natural con su conexión histórica.

¹³ Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil: parte general*, Tomo 1, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1999, p. 104.

intérprete para dar solución al caso y, cuando no se da, recurrir en ese momento a los principios generales del derecho: aquellos son una aplicación de éstos, según el grado cultural de la comunidad a la que pertenece ese ordenamiento positivo. Dadas las circunstancias análogas, en todo sistema van a jugar los mismos principios aunque su especificación varíe según las circunstancias de la comunidad¹⁵.

Etimológicamente, el término latino *principium* está compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa 'lo antiguo' y 'lo valioso', y de la raíz *cp* que aparece en el verbo *capere* ('tomar') y en el sustantivo *caput* ('cabeza')¹⁶.

Según el *Diccionario de la lengua española*, el término «principio» significa, entre otras acepciones, 'punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa'; 'base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia'; 'causa, origen de algo'; 'cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes'.

Según Aristóteles, «es común a todos los principios el ser punto de partida desde el que una cosa es, se hace o se conoce»¹⁷.

Para Genaro Carrió¹⁸, la palabra «principios» no es inequívoca, aunque se usa con sentidos diversos: son los llamados «focos de significación» que

¹⁴ Beladiez Rojo, Margarita, *Los principios jurídicos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1994, p. 17.

¹⁵ Díaz Couselo, José María, *Los principios generales del derecho*, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1971, p. 76.

¹⁶ Sánchez de la Torre, Ángel, *Los principios clásicos del derecho*, Madrid, Ed. Unión, 1993, p. 7.

¹⁷ Aristóteles, *Metafísica*, traducción de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1994.

¹⁸ Carrió, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1970, p. 32 y ss.

adquieren relevancia dentro del derecho desde que los juristas se apoyan en ellos, o bien, en combinaciones derivadas de ellos formando una «familia compleja», con intrincados lazos de parentesco y afectando la exposición del derecho, su crítica, justificación y reforma, así como su manejo práctico.

Vigo¹⁹ entiende que a los principios podemos asignarle un sentido ontológico, constitutivo o entitativo en cuanto causa primera de algo, aquello que constituye o del cual deriva el ente o la cosa; o un sentido normativo o preceptivo, en cuanto el principio manda u ordena una conducta orientada a satisfacer un fin; o también, un sentido cognoscitivo o gnoseológico, en cuanto el principio da razón de algo, ayuda o posibilita el conocimiento del que interroga.

La idea de «principio» ya implica una notable dosis de abstracción, pero al adjetivarlos con el calificativo de «general» no estamos reiterando una misma idea, sino que vigorizamos su ya inicial significado de universalidad. La yuxtaposición en la expresión «principio general» no será, por tanto, una redundancia, ni menos una tautología, más bien se trata de un pleonismo. Y cuando a esta expresión la conectamos con el término «derecho» estamos delimitando el ámbito objetivo de referencia, ya que se trata de expresar aquellas proposiciones más abstractas que dan razón de, o prestan base y fundamento al derecho²⁰.

¹⁹ Vigo, Rodolfo L., «Los principios generales...», p. 863.

²⁰ Arce y Flores Valdéz, Joaquín, *Los PGD y su formulación constitucional*, Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1990, p. 63.

Pese a que un ilustre como Platón sostuvo: «será como un dios para mí aquel que se atreva a definir», nos urge la necesidad de intentar analizar un par de definiciones sobre lo que la doctrina ha entendido por PGD.

Si bien éstas son innumerables, comenzaremos por tratar de arribar a una idea más o menos abarcativa sobre qué se entendemos por PGD. En honor a la brevedad citamos sólo aquellas que parecen ser contradictorias entre sí, sin que ello implique impartir un orden de preferencia.

Federico De Castro y Bravo²¹ afirma que los PGD son «ideas fundamentales de la organización jurídica del estado»; Joaquín Arce y Flores Valdéz agrega a esta definición que son «emanadas de la conciencia social, que cumple funciones fundamentadoras, interpretativas y supletorias respecto de su total ordenamiento jurídico»²².

Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández Rodríguez²³ sostienen que los PGD expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre las cuales se constituyen, como tales, las convicciones ético-jurídicas de una comunidad.

Para Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón²⁴, los PGD son normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad respecto de los

²¹ De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil en España: Parte General*, Tomo 1, Madrid, 1984, p. 420.

²² Arce y Flores Valdéz, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1990.

²³ García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, 6.ª edición, Madrid, Cuadernos Civitas, 1993, p. 75.

²⁴ Díez-Picazo, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Tomo I, 4.ª edición, 1.ª reimpresión, Madrid, Ed. Tecnos, 1982, p.171.

problemas fundamentales de organización. Josef Esser²⁵, por su parte, no define estos principios más que en su forma negativa pero, a pesar de no establecer una definición precisa de lo que para él los constituye, se refiere a ellos, en muchas ocasiones, como postulados éticos o principios de ética jurídica. Conviene advertir que, para este autor, los principios sólo serán principios de derecho positivo o, lo que es lo mismo, normas jurídicas, cuando hayan sido positivizados por el legislador o por la jurisprudencia.

Define Ronald Dworkin²⁶ a los principios como estándares que no son normas, y que han de observarse, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Es responsabilidad básica de los jueces tomar decisiones respaldadas en argumentos de principios para, así, asegurar el respeto de los derechos de los ciudadanos. Atender a los principios a la hora de adjudicar derechos sin dejar que los argumentos políticos, basados en metas colectivas de la comunidad, prevalezcan (*policy*) equivale a tomarse en serio los derechos individuales, no condicionando su respeto a cálculos de utilidad. Mientras que los principios tienen aquel contenido moral o vinculado a los derechos morales (*moral rights* por oposición a *legal rights*), las normas cuentan con un contenido diversificado y no, necesariamente, moral.

²⁵ Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, traducción de E. Valentí Fiol, Barcelona, Ed. Bosch, 1961, p. 65.

²⁶ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1984, p. 72.

Vigo²⁷ aclara que Dworkin habla de principios en sentido amplio, como abarcativo de los principios en sentido estricto, o principales —a los cuales recurren, básicamente, los jueces cuando definen derechos de las partes y que son definidos en el párrafo citado—, y de las directrices políticas o *policies*, normalmente empleadas por los legisladores y cuyos contenidos se refieren a «objetivos que han de ser alcanzados en tanto implican una mejora en el campo económico, político o social de la comunidad».

Ahora bien, desde la perspectiva tomista, claramente expuesta por el profesor John Finnis²⁸, podemos advertir que el autor citado habla de principios de primero y segundo grado. Los de primer grado serían aquellos con un peso considerable, que marcan el origen de los de segundo grado, llamados PGD, que a su vez están disponibles, en cada caso, en versión de primer grado para guiar al legislador. Sostiene que estos principios, más que exigir, justifican reglas y determinaciones particulares y se hace posible su aplicación a circunstancias particulares merced a otros principios semejantes. Además, en algún caso en particular, cualquiera de ellos puede ser superado o dejado sin efecto (lo cual no equivale a ser violado, reformado o derogado) por otros elementos importantes del bien común, otros principios de justicia. Mas no se ha de olvidar que hay normas de justicia que jamás pueden superarse o dejadas sin efecto, que corresponden a los derechos absolutos del hombre. Ahora bien, los PGD que aquí se han formulado realmente modifican, en vastas áreas de determinaciones legislativas, el modo de perseguir determinados

²⁷ Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos...*, p. 9.

bienes sociales. Y esta modificación no necesita ser, simplemente, cuestión de abstenerse de ciertos tipos de conducta: los principios que exigen compensación o estimación de *mens rea* o «justicia natural...» sólo pueden satisfacerse adecuadamente mediante la creación positiva de complejas estructuras administrativas o judiciales.

El profesor australiano citado trae a colación una enumeración de los principios de segundo grado relacionados, que incluye el principio de estabilidad pero que va cada vez más allá de este en pos de incorporar nuevos principios o valores. (i) La privación forzada del derecho de propiedad ha de ser compensada respecto del *dammun emergens* (pérdidas efectivas) y, acaso también, del *lucrum cessans* (pérdida de ganancias esperadas); (ii) no hay responsabilidad por daños no intencionados, sin culpa; (iii) no hay responsabilidad penal sin *mens rea*; (iv) la doctrina de los actos propios *estoppel*; (v) no cabe asistencia judicial para quien alega en su favor propio ilícito (quien busca equidad debe obrar con equidad); (vi) el abuso del derecho no está protegido; (vii) el fraude lo anula todo; (viii) los beneficios recibidos sin justificación y a expensas de otro deben ser restituidos; (ix) *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser cumplidos); (x) hay relativa libertad para cambiar mediante acuerdo los modelos de relaciones jurídicas existentes; (xi) al estimar los efectos jurídicos de supuestos actos jurídicos, los sujetos débiles han de ser protegidos de su debilidad; (xii) no han de resolverse las disputas

²⁸ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2000, p. 314.

sin dar a las dos partes la oportunidad de ser oídas; (xiii) a nadie se ha de permitir ser juez en su propia causa.

Los trece principios enumerados en el texto son, en sí mismos, los primeros principios de la razón práctica y algunos de ellos contienen elementos que dependen de la existencia de ciertas instituciones jurídicas sociales (tribunales). Pero están tan estrechamente relacionados con los primeros principios, en combinación con las exigencias metodológicas básicas del razonamiento práctico, que deberán considerarse como derivables del razonamiento a partir de la ley natural. Al mismo tiempo, ellos son esencialmente principios para sistemas de derecho positivo y, de hecho, se han de encontrar virtualmente en todos los sistemas.

En consecuencia, constituyen el *ius gentium*, o parte de éste, en el sentido explicado por Tomás de Aquino. La esencia de este concepto radica en que los principios del *ius gentium* son parte del derecho natural, por su modo de derivación (por deducción, *no determinatio*) y, al mismo tiempo, parte de la ley humana positiva, por su modo de promulgación²⁹.

Para Karl Larenz³⁰, los PGD «son formas de expresión, direcciones de movimiento, tendencias del espíritu objetivo que se abren paso en la conciencia jurídica general y encuentran su expresión en la ley o en la jurisprudencia». No obstante, en otra obra, el citado autor³¹ ha definido a los principios jurídicos

²⁹ Larenz, Karl, citado en *ibidem*, p. 324.

³⁰ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1985, p. 326.

³¹ Larenz, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica*, traducción de L. Díez-Picazo, Madrid, Cuadernos Civitas, 1985.

como «los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible».

En efecto, Robert Alexy³² identifica los principios jurídicos con los valores, al señalar que toda colisión entre principios puede expresarse como la colisión entre valores, y viceversa. La única diferencia consiste en que la colisión entre principios se trata la cuestión de que es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a que es de manera definitiva mejor. Principios y valores son, por lo tanto, lo mismo: en un caso son contemplados bajo un aspecto deontológico y, en otro, bajo un aspecto axiológico.

Los principios son mandatos de optimización, puesto que ordenan que se realice algo en la mejor medida posible. Pueden ser cumplidos en diversos grados y la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas que, a su vez, están determinadas no solamente por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios sean susceptibles de ponderación: lo nos da una idea de su diferenciación con las reglas, ya que éstas no son susceptibles de ponderación ni tampoco la necesitan, sino que la subsunción es la forma característica de la aplicación del derecho³³.

Se sostiene que son ideas fuerza, o bien, ideas directrices reguladoras del comportamiento humano y organizadoras de instituciones jurídicas.

³² Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, México D.F., Ed. Distribuciones Fontamara, 2010, p. 16.

³³ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2.ª edición, Barcelona, Ed. Gedisa, 2004, p.161.

Para otros son las nociones fundamentales de la organización jurídica, pautas universales necesarias que dotan a la norma jurídica de notoriedad, ya que forman, fundamentan y constituyen el contenido del derecho.

Continúa exponiendo el representante de la Escuela del Derecho Libre que «los mandatos de optimización significan: 1) que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, esto equivale a que pueden ser cumplidos en diferente grado; 2) que el grado de cumplimiento depende por una parte de las posibilidades reales o fácticas existentes; 3) como así también de las posibilidades jurídicas las cuales son determinadas o restringidas por principios y reglas opuestas»³⁴.

Emilio Betti³⁵ entiende que los principios serían valores éticos que se encuentran en la conciencia social de un determinado momento histórico, aunque sostiene que estos principios no serían, en sí mismos, normas jurídicas. Este carácter solo puede adquirirse cuando existe una jurisprudencia constante. Lo peculiar de esta tesis es que, cuando esto ocurre, el principio se convierte en norma, pero en norma consuetudinaria. No obstante, ésta no es la única forma de transformar un principio en norma pues, como es obvio, esta facultad también la tiene el propio legislador.

En esa línea de pensamiento, es interesante destacar que las frustraciones originadas en el déficit de la legislación han estimulado la idea de apelar a una válvula de seguridad que estaría constituida por una legislación

³⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 1.ª reimpresión, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

por principios. Calamandrei ha aludido precisamente a lo que llama «pequeñas filigranas de técnica legislativa», consistentes en un recurso cada vez más extendido a aquellas normas legislativas que, para indicar el hecho específico a que son aplicables, usan deliberadamente vocablos de significado elástico y variable, y que han sido llamadas, acertadamente, las válvulas o los órganos respiratorios del ordenamiento jurídico porque, precisamente a través de ellas, puede el juez hacer penetrar un poco de oxígeno a su prisión legislativa, precisando, de acuerdo con las concepciones predominantes en el momento de la sociedad, el contenido de aquellas fórmulas vagas³⁶.

Algunos autores de la talla del ya citado español Arce y Flores Valdéz³⁷ considera que la expresión PGD habría que reservarla para «los grandes principios», que serían aquellos que constituyen los ejes sobre los que el ordenamiento jurídico se conforma. En opinión del mencionado autor, hay que distinguir estos grandes principios de los «otros principios», de los derivados de aquellos que dicen tener relación con sectores o parcelas del ordenamiento y que, frecuentemente, aparecen reflejados por las leyes. Son estos los principios normativos que, en ocasiones, sirven de centro de referencia para la regulación de una parte del derecho o de una determinada institución jurídica. Participan, continúa afirmando, en cuanto al desarrollo de los PGD y respecto del sector o institución en que se enmarcan, de una virtualidad mediata

³⁵ Betti, Emilio, «Sui principi generali del nuovo ordine giuridico», en *Rivista di diritto commerciale*, XXXVIII, 1940, p. 212, *website*: www.academia.edu, fecha de captura: 8-6-1019.

³⁶ Citado en Rezzónico, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999, p. 11.

³⁷ Arce y Flores Valdéz, *op. cit.*, p. 65.

fundamentadora, orientadora, informadora y crítica. Pero no puede afirmarse de suyo que tales principios normativos sean PGD aunque, por constituir un reflejo o derivación de éstos, a veces la doctrina los incluya entre los mismos citando, por ejemplo, el principio de autonomía de la voluntad en relación con la contratación y el principio de enriquecimiento injusto.

Se ha dicho que los principios generales del derecho constituyen un documento en blanco que el legislador otorga al juez. Si bien hay algo de verdad en la figura creemos que sería más exacta si se especificara que se trata de un documento *sui generis*, puesto que su tenedor no lo puede llenar a su arbitrio sino dentro de ciertos límites prefijados³⁸.

Para José María Díaz Couselo, los PGD son aquellos juicios de valor anteriores a la formulación de la norma positiva que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia subjetiva, que fundamentan la creación normativa legislativa o consuetudinaria. «De ello sostenemos que tienen un doble papel, pues son el fundamento del derecho positivo y, además, fuente en sentido técnico, pues el juez para resolver el caso, ante la falta de norma expresa, al comprobar la no aplicabilidad de los que integran el ordenamiento positivo, tanto cuando éste remite a principios generales como cuando guarda silencio sobre los problemas»³⁹.

³⁸ Aftalión, Enrique, *Los principios generales y la reforma del Código Civil*, Tomo 15, Sección Doctrina, Buenos Aires, La Ley, 1939, p. 12.

³⁹ Díaz Couselo, José María, *op. cit.*, p. 80.

Por su parte, Federico Puig Peña⁴⁰ los define como aquellas verdades o criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación, conforme a un determinado orden de cultura, condensados generalmente en reglas o aforismos, transmitidos tradicionalmente y que tienen virtualidad y eficacia propia con independencia de las normas formuladas de modo positivo⁴¹.

A esta altura del escrito huelga mencionar las principales notas que, según Jaime Mans Puigarnau⁴², caracterizan a las tres ideas básicas de que participan: 1) principalidad, 2) generalidad y 3) juridicidad.

En relación con la primera, la idea de principio implica las de fundamento, elemento, origen, comienzo, razón y causa. En orden a la segunda, la de género en oposición a la especie y la de pluralidad en oposición a la singularidad. Finalmente, respecto de la tercera —la idea de juridicidad—, ya hemos dicho que se refería a ella en todos sus múltiples aspectos y facetas. Así pues, frente a los conceptos parciales, restrictivos o limitativos del ámbito de los principios del derecho, el mencionado autor propone un concepto total o

⁴⁰ Puig Peña, Federico, «Los principios generales del derecho como fuente normativa de la decisión judicial», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XL, Madrid, 1956, p. 1048.

⁴¹ Federico Puig Peña nos habla, a su vez, de un límite «por abajo» y de un límite «por arriba» que determinarían la inclusión o exclusión de una realidad, respectivamente, dentro de los principios. El límite por abajo solo contiene lo que es un mero criterio u opinión subjetiva porque el principio requiere más y exige una verdad objetiva, aceptada con criterio de universalidad por encima de lo que es opinión individual. El límite por arriba está dado por las verdades o principios abstractos de moralidad o de derecho natural alojados, si se quiere, «en lo más íntimo de la conciencia colectiva, los cuales son también verdades, pero no PGD».

⁴² Mans Puigarnau, Jaime, *Los principios generales del derecho. Repertorio de normas, máximas y aforismos jurídicos*, Barcelona, Ed. Bosch, 1979, p. XXVIII y ss.

integral de los mismos; un concepto que se extiende no sólo a todas las ramas en que el derecho se divide, sino también a todos los aspectos en que se distingue y con que se presenta.

Continúa afirmando que los PGD no pueden limitarse a los del derecho natural o a los de la equidad, tampoco a los de un determinado sistema de derecho positivo ni a los del derecho doctrinal o científico, sino que, por el contrario, abarcan o comprenden todos aquellos conceptos fundamentales y preceptos básicos y elementales que inspiran la conciencia y el sentido jurídicos (principios de derecho y equidad naturales), que informan el sistema de normas que regulan las instituciones (principios sistemáticos del derecho positivo) o la construcción doctrinal o teórica de las mismas (principios de la ciencia del derecho) y que rigen la realización práctica de unas y otras (reglas del arte del derecho o reglas técnicas jurídicas).

Agregamos como nota la atemporalidad. Como bien lo expresa Betti, los caracteriza la falta de afincamiento en un momento determinado. Por ende, dicha atemporalidad se encuentra relacionada con las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura⁴³.

En consecuencia, decimos que los PGD son mudables ya que van acompañando valoraciones morales vigentes en una comunidad, en un tiempo y lugar determinados. De allí se desprende la idea de la atemporalidad, el

⁴³ Betti, Emilio, «Sui principi generali del nuovo...». El autor advierte la asunción de esas normas éticas o políticas como formando parte del orden jurídico, una recepción transformativa. Pero no se trata de que pertenezcan a ordenamientos distintos de los del estado, sino que ya se encuentran dentro de la órbita, no con normas jurídicas sino como exigencias éticas o políticas.

carácter relativo histórico, de la cual se deriva la posibilidad de cambio en el futuro según las exigencias políticas, sociales y económicas del momento⁴⁴.

Por ende, dicha atemporalidad se encuentra relacionada con las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura⁴⁵.

Así, la mutabilidad de los PGD no sólo se vislumbra con respecto de un ordenamiento a otro, sino también a lo largo del tiempo, en el seno de un mismo ordenamiento. Si bien son más estables que las normas, no necesariamente son eternos ni inmutables⁴⁶.

Por consiguiente, nacen, evolucionan y pueden desaparecer según los cambios del ordenamiento jurídico a que se refieran, incluidos, claro está, los cambios normativos, aunque no solamente éstos. Hay principios en gestación que están incubándose y los hay, también, decrépitos, incluso en agonía, pero todavía vivos. Ello depende también de la aparición de nuevas instituciones y conceptos del derecho positivo. Así, la nueva realidad jurídica de los servicios de interés económico general podría comportar nuevos principios, precisamente, en ese ámbito. Las posibilidades de mutación rápida de los principios generales del derecho están en función inversa a su importancia y alcance. Los más importantes o profundos, salvo excepciones revolucionarias o semejantes, sólo se modifican por procesos normalmente largos y lentos, casi

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 25-2-3, voto de la mayoría de los Dres. Nazareno; Fayt; Belluscio; Petracchi; Vázquez y Maqueda, en “Siancha Omar Ruben c/Anfimar S.A. s/Nulidad de Notificación”, Saij Sumario: A0061553.

⁴⁵ Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 5.ª edición, Barcelona, Ed. Bosch, 1979, p. 394.

⁴⁶ Rebollo Puig, Manuel, *Derecho Administrativo*, Tomo 1, 4.ª edición, Madrid, Ed. Cegal Tecnos, 2015.

insensibles a corto plazo. Y con más facilidad y frecuencia podrán cambiar mientras más secundario sea el principio.

En concreto, el legislador, sobre todo el constituyente, tiene una gran capacidad para propiciar estos cambios, con mayor respecto a los principios menos esenciales. En considerable menor medida la tienen, también, otros poderes públicos, incluido el judicial mediante la jurisprudencia. Pero ninguno es omnipotente para crear o suprimir los PGD. Volveremos más adelante sobre esto, sólo nos interesaba resaltar este estado en que los principios generales de un ordenamiento pueden cambiar, aunque más lentamente que sus normas.

A pesar de ciertas transformaciones sociales, no plasmadas en nuevas normas, se pueden determinar nuevos principios generales del derecho o causar la obsolescencia de otros. Cambios sociales de lo más diversos, desde los científicos, económicos o simplemente técnicos, hasta los referidos a las creencias sobre la justicia, sobre las relaciones entre la sociedad y el individuo, sobre el papel del Estado o sobre los valores.

Coincidimos con Giorgio Del Vecchio⁴⁷ en que la importancia de los PGD radica en que ocupan un lugar peculiar entre las fuentes porque valen antes que la ley. Aparecen situados en tres planos: el iusnaturalismo, anterior a la creación legislativa, el político —dentro de esta última— y el científico, en la elaboración doctrinaria y jurisprudencial.

Tales principios, a pesar de tener un carácter ideal por consecuencia del cual superan virtualmente al sistema concreto del que forman parte, no pueden

⁴⁷ Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales derecho*, 2.ª edición, Barcelona, 1942, p. 137.

prevalecer contra las normas particulares que lo componen, ni destruirlas en ningún caso, pero tienen valor, sin embargo, sobre y dentro de tales normas puesto que representan la razón humana y el espíritu que los informa⁴⁸.

Si seguimos la caracterización que hace Esser⁴⁹ respecto de las notas distintivas de los tópicos que, a nuestro criterio, son aplicables a los PGD, es lícito sostener que, desde el punto de vista de una amplia conceptualización, pueden ser entendidos y utilizados de las siguientes formas:

- como argumentos materiales, es decir, que se apoyan directamente en los objetos y sus cualidades frente a la índole más formal de los argumentos que se presentan con carácter deductivo, en el marco de un sistema;

- como argumentos ligados al problema, es decir, al caso en examen;

- como argumentos *ad hoc*;

- como puntos de vista que apelan a una evidencia inmediata, que pretenden aparecer como evidentes por sí mismos para cualquier persona razonable;

- como la encarnación de consideraciones sociales, pragmáticas y de justicia;

- como argumentos que no pretenderían alcanzar la verdad sino la plausibilidad, por lo que sus conclusiones permanecerían en determinados casos en el campo de lo opinable y relativo, sobre todo si, apelando a distintos principios, la solución del caso no habrá de ser necesariamente una sola.

⁴⁸ Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 394.

⁴⁹ Esser, Josef, *op. cit.*

- como argumentos que gozan de un consenso general en el medio o de gran capacidad para alcanzarlo, consenso que se pretende trasladar a las nuevas soluciones que, con cuyo empleo, se obtengan;

- como fórmulas vacías que han de dotarse de contenido concreto en cada caso;

- como argumentos retóricos, por ende, su finalidad es persuasiva, no demostrativa.

Lo expuesto nos llevaría a concluir que constituyen puntos de vista pragmáticos de justicia material o correspondientes a fines jurídico políticos — porque indican los valores fundamentales que el derecho protege y pone en práctica—, que renuncian a un esquema deductivo cerrado y que, como puntos de arranque retórico de la argumentación, afrontan el problema como abierto de modo tal que por medio de estos enunciados de razón o de sentido común, generalmente admitidos, se trata de orientar o dirigir la solución del caso.

Es evidente que el juez contemporáneo tiene la obligación de dirimir la *litis* en cualquier circunstancia, constituyendo los principios generales la última herramienta jurídica que puede emplear para satisfacer, con justicia, las pretensiones de los contrincantes⁵⁰.

⁵⁰ Así, se sostuvo que: «Debe estimarse que la sentencia se halla fundada en ley si de ella se desprende que se han tenido en cuenta los textos legales o en su ausencia, los principios generales del derecho» (Suprema Corte de Buenos Aires, 5-12-1973, “Cesari José c/ Prósperi Humberto y O.”, récord lógico 81994, El Derecho en disco láser (c) 1998, Albremática S.A.).

Debido a la amplitud de su extensión, compartimos la opinión de Juan Carlos Rezzónico en cuanto que los PGD no necesitan estar textualizados⁵¹. La textualización puede advenir más temprano, más tarde o nunca. Lo que le confiere ese poder de dirección, esa potencialidad de guía es su fuerza interna, su enorme contenido ético. Siempre podrá repetirse como ejemplo que el innegable principio de buena fe en materia de contratos no estaba textualizado en nuestro anterior Código Civil, lo que recién sucedió en 1968, por la Ley 17711. Pero nadie dudaba de su presencia, entonces, ¿quitó algo a la buena fe su presencia en forma de norma escrita? ¿Le agregó algo? Su textualización no le hizo perder nada de su peso axiológico general, válido, incluso, más allá de su territorio específico en otras ramas del derecho. La textualización puede tener una ventaja, ante todo la de la visibilidad de su vigencia ya irrefutable, pero nada agrega a su valor universal⁵².

Cabe aclarar que no debemos confundir los PGD con aquellas otras figuras que, a veces, son denominadas como «principios» pero que no lo son en sentido estricto, tales como el principio de oficialidad en el procedimiento administrativo, que busca la impulsión de oficio de ese tipo de procedimiento. Esa impulsión no constituye, en sí misma, un valor jurídico —el valor sería la celeridad—, sino una de las ideas en las que se fundamenta la regulación legal del procedimiento administrativo⁵³.

⁵¹ Se sostuvo que ciertos PGD no necesitan formulación expresa porque son el derecho mismo: sin ellos no habría igualdad, ni seguridad, ni justicia. (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial 1.ª, San Martín, 2-5-1972, ED 58-219, récord lógico 89261, El Derecho en disco láser (c) 1998, Albremática S.A.).

⁵² Rezzónico, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 20.

⁵³ Beladiez Rojo, Margarita, *op. cit.*, p. 136.

En estos supuestos, continúa exponiendo Margarita Beladiez Rojo, más que de principios jurídicos en sentido estricto, ya que su eficacia jurídica se la otorga la ley que lo recoge y no el valor que expresa, se puede tomar la idea de Larenz y hablar de principios del derecho positivo, entendiendo por tal «los pensamientos directores y causa de justificación de una determinada regulación»⁵⁴.

A esta altura del trabajo, huelga aclarar que a los PGD tampoco debemos confundirlos con el «espíritu de la ley», ya que ésta es la causa y sostén en las cuales el autor de la ley en cuestión ha encontrado el fundamento sustantivo de la institución jurídica de la que la norma particular forma parte y que se convierte en una guía esencial para completar una tarea hermenéutica adecuada.⁵⁵

Al mismo tiempo, el profesor Federico De Castro y Bravo⁵⁶ escribe que en todos los países de derecho conocido se distinguen, junto al derecho formulado en leyes o manifestado en prácticas sociales, ciertas normas que, a pesar de no basarse en la autoridad del Estado ni en los intereses de una determinada fuerza social, tienen un vigor normativo tal que son el fundamento más firme de la eficacia de leyes y costumbres. Y menciona al respecto las «leyes no escritas» en Grecia o en Roma, o la «razón natural» en el derecho medieval, advirtiendo que «hasta la época moderna no se pone en cuestión la

⁵⁴ Larenz sostiene que una cosa serían los principios jurídicos (pensamientos directores de una regulación existente o posible, aunque al igual que Esser no les reconocen eficacia jurídica hasta que no se positivicen y otra los principios del derecho positivo, que son los que el texto define. Larenz, Karl, *Derecho justo...*, p. 32; Esser, Josef, *op. cit.*

⁵⁵ Álvarez Gardiol, Ariel, *Manual de introducción del derecho*, 2.ª versión, Buenos Aires, Ed. Juris, 1974, p. 845.

existencia de principios jurídicos fuera de la letra de las leyes, y por ello, hasta entonces no se discute en torno suyo ni se inquiere por su especial naturaleza». Es precisamente con la codificación cuando se presenta diferenciada la cuestión de los PGD.

Lo anterior trae a colación a Giorgio Del Vecchio⁵⁷, quien sostiene que los hombres nunca han podido construir un sistema jurídico cuyas normas dieran solución a todas las posibles controversias, tanto mediatas como lejanas, al momento en que es creado. Por ende, nosotros agregamos que menos aún ello podría realizarse, de antemano, con los PGD. En ese sentido, es interesante la interpretación que realiza Sebastián Soler⁵⁸ respecto al enquistamiento del derecho frente a nuevas necesidades, a distintos valores y fuerzas, lo que lleva al intérprete a no limitarse ni a repetir un pensamiento cada vez más intelectual, perimido e inadecuado.

De Castro y Bravo⁵⁹ afirma que los PGD, son la parte permanente y eterna del derecho y, también, la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica. Son ellos los que permiten la constante actualización del ordenamiento haciendo real la interrelación entre derecho y sociedad que justifica su propia existencia. En palabras de García de Enterría y Fernández Rodríguez⁶⁰, «son estos principios los que sostienen y animan un ordenamiento, los que evitan su agotamiento en un simple juego autónomo de

⁵⁶ De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil en España...*, p. 418.

⁵⁷ Del Vecchio, Giorgio, *op. cit.*, p. 31 y ss.

⁵⁸ Soler, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, p. 12 y ss.

⁵⁹ De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil en España...*

⁶⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás, *Curso de derecho...*, p. 76.

conexiones formales, los que explican, justifican o miden cada una de las reglas preceptivas finales y les prestan todo su sentido a través de su inserción en el conjunto ordinamental»⁶¹.

Así, sostenemos que acudir a los principios significa reconocer que existe un algo más allá del derecho formulado en leyes, que escapa de toda previsión de legisladores, que trasciende el derecho objetivo y que lo nutre como motor de nuevas interpretaciones que nacen como problemáticas.

1.1 Su diferencia con los valores

Mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su consecuencia, se encuentran formuladas con similar propósito de precisión los principios que aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto. Los principios carecen de supuestos de hecho que deben ser cubiertos, en

⁶¹ En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España: «Los principios generales del derecho son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica. El oxígeno que respiran las normas, los que explica que tales principios “informen” y que la Administración esté sometida, no solo a la ley, sino también al derecho» (Sentencia del Tribunal Supremo, España, 16-3-1990, RA 4167, 8 de octubre de 1990; RA 7842, 18 de septiembre de 1990; RA 7094, 18 de febrero 1992; RA 2904). (Cassagne, Juan Carlos, «El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico», en *Revista de Investigações Constitucionais*, Paraná, 2014, website: www.revistaNINC.com.br, fecha de captura: 3-9-2019).

principio, por los legisladores o jueces, dadas las restricciones que pesan sobre la administración para determinar su propia competencia.

Se ha procurado distinguir entre principios y valores en el sentido de que mientras estos últimos no permiten especificar los supuestos en que se aplican ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción⁶² y resultan vinculantes o exigibles. Como puede apreciarse, el valor así definido apunta a un estándar, que al igual que el principio debe observarse, pero que reposa en un objetivo político, económico o social que persigue la comunidad. Cuando nos referimos al valor no lo hacemos en el sentido de algo útil sino como equivalente a bien, es decir, algo objetivo que resulta estimable por su cualidad intrínseca que suele ser el centro de un principio jurídico y, en cierto modo, refleja la relación de éste con la ley natural.

Dicho esto, concluimos que todo principio contiene un valor, pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal. En este sentido, los valores tienen mayor grado de abstracción a diferencia de los principios, que son más completos. Es así como el valor sirve como límite axiológico en el campo de validez de la norma siendo, también, contenido de los principios, ya que los principios tienen una idea o referencia valorativa. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero⁶³ destacan que la justicia es el valor jurídico por antonomasia.

⁶² Beladiez Rojo, Margarita, *op. cit.*, p. 75 y ss.

⁶³ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2.ª edición, Barcelona, Ed. Ariel, 2004, p. 92.

Los mismos autores⁶⁴ toman como explicación de valores jurídicos «los juicios sobre cualidades de ciertas cosas, personas o acciones», por ejemplo, conductas humanas o estructuras de las organizaciones sociales. Si estos juicios están declarados expresamente estamos ante valores explícitos, pero si se infieren de los enunciados, los valores son implícitos.

Siguiendo a Atienza y Ruiz Manero, José Antonio Tardío Pato⁶⁵ explica que, en cuanto a la relación y distinción entre valores y principios, se precisa que tanto en los valores como en los principios y en las normas-reglas concurren un aspecto directivo o, si se quiere, normativo en sentido estricto, es decir, «de guía de la conducta, y un aspecto valorativo o axiológico, esto es, de justificación o de crítica. La diferencia, por ello, no es tanto el significado como de énfasis en cuanto a su dimensión valorativa o directiva. En los valores se pone más énfasis en el aspecto justificativo y, en los principios, el énfasis es mayor en el aspecto de guía de conducta». Y concluye afirmando: «Todo ello, sin perjuicio de resaltarse la prioridad del aspecto valorativo, justificativo o axiológico sobre el directivo o de guía de conducta».

En igual dirección subraya que lo más característico de los valores, en cuanto positivos, es expresar qué es lo mejor. De ese modo, corresponde que los valores sean dilucidados por la ética o la filosofía práctica, pues resultan insuficientes los tratamientos que pueda dar la filosofía a secas.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 91.

⁶⁵ Tardío Pato, José Antonio, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, 2011, p. 226.

En este sentido Vigo⁶⁶ apunta que el estudio de los principios es abordado por juristas o, más concretamente, por iusfilósofos aunque, debido a que aquellos se explican desde los valores, el aporte que pueda hacer la ética a su esclarecimiento es muy importante.

Volviendo a Tardío Pato⁶⁷ él resalta como diferencia que mientras que los valores sólo tienen eficacia interpretativa, los principios pueden alcanzar eficacia integrativa, lo que se expone diciendo que los principios gozan de una proyección normativa directa, en el sentido de que son susceptibles de aplicación independiente y no ya como simple pauta para la interpretación de otra norma, en tanto que los valores únicamente pueden ofrecer esto último. El motivo de lo anterior reside en que los valores permiten una amplia variedad de consecuencias normativas, esto es, de libre creación de reglas, algo que debe confiarse al legislador y no al intérprete, y los principios, en cambio, reducen notablemente las posibilidades de su tratamiento en reglas en cuanto que sólo caben las que el principio jurídicamente prefigura.

Por otro lado, Alexy⁶⁸ explica que principios y valores están estrechamente vinculados entre sí, en un doble sentido: por un lado, porque en ambos casos puede hablarse de colisión y de ponderación de unos y otros y, por el otro, porque hay equivalencia entre la denominada satisfacción gradual de los principios y la realización gradual de los valores.

⁶⁶ Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos...*, p. 93.

⁶⁷ Tardío Pato, José Antonio, *op. cit.*, p. 228.

⁶⁸ Alexy, Robert, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. El concepto y la validez del derecho», en *Derecho y razón práctica*, México, Ed. Fontamara, 1993, p. 125.

Por último, Tardío Pato⁶⁹ reconoce que hay autores, como Atienza y Ruiz Manero⁷⁰, que niegan el carácter normativo de los valores por considerar que éstos, a diferencia de las normas, no expresan una forma definida de conducta; otros, como Luis Prieto Sanchís⁷¹, niegan la posibilidad de que los valores ofrezcan por sí solos fundamento o cobertura suficiente para fundamentar una decisión. También hace referencia a otro grupo de autores como Antonio Enrique Pérez Luño y Gregorio Peces-Barba⁷² que resaltan que los valores poseen carácter normativo, al menos los superiores recogidos en el texto constitucional, por el hecho de ser recepcionados en la Constitución y cuya infracción ocasiona un recurso de inconstitucionalidad.

Es dable establecer una relación de género a especie en la cual los valores constituyen lo primero y los principios lo segundo, de modo que lo debido que se impone a través de los últimos se integra con lo mejor que viene exigido por los primeros. La ponderación de unos y otros deviene insoslayable, no sólo cuando media un conflicto entre principios, valores o principios con valores, sino cuando se realiza la justificación de la aplicación de una ley conforme a su finalidad y a su adecuación a los principios y garantías constitucionales impuesta en el art.1º del CCCN⁷³.

⁶⁹ Tardío Pato, José Antonio, *op. cit.*

⁷⁰ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho...*

⁷¹ Pietro Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, 10.ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 2016.

⁷² Citados en Tardío Pato, José Antonio, *op. cit.*

⁷³ Azar, Aldo Marcelo, *"Interpretación y ponderación de los valores con relación a las obligaciones civiles y comerciales"*, publicado en SJA 23/10/2019, cita online: AR7DOC/2223/2019, website: www.academia.edu, fecha de captura: 14-7-2020.

Aclarado lo pertinente, y en referencia al art. 2º del CCCN, Renato Rabbi-Baldi Cabanillas sostiene que quien dice «principios y valores» remite, para decirlo con Zagrebelski, a las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión⁷⁴. Se abre, pues, no sólo el camino de la relación entre el derecho y cultura, de la cual aquel abreva sino, en rigor, el de la relevante relación entre derecho y moral⁷⁵. Sobre el particular asunto volveremos en páginas posteriores.

1.2 Clasificación de los PGD

Como entendemos que existe la posibilidad de hablar de distintas jerarquías de PGD traemos a colación diferentes clasificaciones del tema.

Norberto Bobbio⁷⁶ apunta que los PGD se clasifican de acuerdo a la materia a la cual pertenecen, sea civil, administrativa, etc., que a su vez admiten una sub clasificación en: a) PGD substancial, que son las máximas de las conductas individual, por ejemplo, el que prohíbe los actos emulativos; b) PGD procesal, como el de no juzgar dos veces el mismo caso; c) PGD de organización, como el de división de poderes.

⁷⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 110.

⁷⁵ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, en Rivera, Julio C. (dir.), «Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 28.

En tanto el español De Castro y Bravo⁷⁷ distingue entre: a) principios de derecho natural; b) principios tradicionales; c) principios políticos.

Otros, como el mexicano Sergio Azúa Reyes⁷⁸ admite la clasificación en: 1) principios general de carácter universal —aquellos que son comunes a todos los pueblos—, que se subdividen en: a) principios generales de carácter universal propiamente dichos⁷⁹; b) principios generales de carácter universal limitado o comunes sólo a los sistemas jurídicos —identidad de principios en países determinados, por ejemplo, el art. 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional—; 2) principios generales propios de cada Estado o sistema jurídico, subcalificables en: a) principios constitucionales y b) principios generales propios de cada rama del ordenamiento jurídico.

Mark Van Hoecke⁸⁰ distingue dos órdenes de principios: a) principios estructurales (*structural principles*) y b) principios ideológicos (*ideological principles*). Los primeros se derivan del derecho escrito, mientras que los segundos se refieren a los criterios dominantes en la sociedad emergentes de la moral, la política u otras cuestiones no jurídicas. Los principios ideológicos

⁷⁶ Bobbio, Norberto, «Principi generali di diritto», en *Novísimo Digesto Italiano*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1966, *website*: www.academia.edu, fecha de captura: 5-6-2019.

⁷⁷ De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil de España*, Madrid, Ed. Civitas, 2008, p. 465.

⁷⁸ Azúa Reyes, Sergio, *Los principios generales del derecho*, México, Ed. Porrúa, 1988, p. 116.

⁷⁹ Norberto Bobbio distingue a estos en: 1) principios de justicia, tales como el de no dañar a nadie y el de dar a cada uno lo suyo; 2) reglas obvias, en cuanto resultan de condiciones o hechos imprescindibles o incontrovertibles, por ejemplo, que nadie puede transmitir más de lo que tiene; 3) máximas que enuncian las condiciones mismas de posibilidad de todo ordenamiento jurídico (Bobbio, Norberto, *op. cit.*).

operan, por lo general, como restricciones de las normas escritas en supuestos en que estas resulten irrazonables, faltas de claridad o aparezcan como inaceptables. En consecuencia, mientras los no escritos son principios correctivos, los otros funcionan como principios guías.

En la doctrina nacional, Guillermo Yacobucci⁸¹ realiza una clasificación de los principios penales que, por cierto, merece citarse ya que es aplicable a todo el sistema «no penal». En esta tentativa de clasificación se identifican:

- a) los principios que cabe denominar constitutivos configuradores o materiales, como son los de bien común político y dignidad humana;
- b) los principios fundamentales del derecho penal de la modernidad, por ejemplo, el de legalidad y el de culpabilidad;
- c) los principios derivados, como son, entre otros, los de proporcionalidad, *ultima ratio*, subsidiariedad, intervención mínima, etc.;
- d) los estándares, entendidos como niveles de eticidad exigida en la aplicación concreta de normas, principios o conceptos iuspositivos.

Más allá de las clasificaciones enunciadas cabe agregar la opinión, por cierto sintetizadora del tema, que realiza Luis Legaz y Lacambra⁸²: «En rigor los PGD son los mismos para todas las ramas jurídicas a medida que se asciende en la altura de estos, y solo se diversifican cuando se desciende en altitud y se está más próximo a la materia concreta sobre la que versan. Así el

⁸⁰ Van Hoecke, Mark, «The uses of unwritten legal principles by Courts», en *Ratio Juris*, Vol. 8, N.º 3, Blackwell, 1995.

⁸¹ Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Ed. Abaco, 2002, p. 126.

principio de que el hombre en cuanto tal es sujeto de derecho, persona jurídica, de que las limitaciones a la libertad sólo pueden establecerse en virtud de normas jurídicas, etc., constituyen principios de igual validez para el derecho privado y para el derecho público».

Seguidamente, Bobbio, a modo de ejemplo, los caracteriza:

- a) según la materia en sustanciales, procesales y de organización;
- b) según la extensión de su ámbito de validez en principios de un instituto, de una materia, de una rama, de un ordenamiento jurídico y universales;
- c) según su fuente en principios extraídos del espíritu del sistema, de la naturaleza de las cosas, del patrimonio común de la humanidad civil y de ideas y convicciones morales de la sociedad⁸³.

Podemos advertir que todas estas clasificaciones expuestas son innumerables y que, debido a tratarse de un *numerus clausus*, no puede imponerse un cierre definitivo, sino que la tarea queda abierta y signada por el devenir de la historia.

1.3 Los llamados principios de derecho sectoriales

Un sector no menos importante de la doctrina jurídica ha sostenido la existencia de principios generales del derecho sectoriales, pudiendo entonces hablarse válidamente, verbigracia, de principio general contractual, de derecho

⁸² Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 610.

privado, de un sistema jurídico nacional, etcétera⁸⁴. De ser así, se postularía la existencia de PGD que se refieren a todo «el derecho», a diferencia de los primeros que son derivación de los segundos. Es por ello por lo que algunos autores han llamado a los principios sectoriales como principios normativos, que sirven de centro o referencia a la regulación de una parte del derecho o de una determinada institución jurídica. Pero de ningún modo, bajo pretexto de constituir un reflejo o derivación de los PGD, pueden ser considerados por la doctrina como tales.

En este sentido, desde los estrados se advierte la utilización de principios sectoriales, verbigracia, «Existe contrato de trabajo si se acreditó que el actor habitaba una casa en un predio rural alquilado por los demandados y que realizó tareas en el mismo *-riego, sacada de yuyos, entre otras tareas-*, toda vez que en razón del art. 11 de la *ley de contrato de trabajo* (Adla, XXXIV-D, 3207; XXXVI-B1175) en caso de duda debe estarse a la existencia del vínculo laboral, por imperio de los principios generales del derecho laboral»⁸⁵.

«No basta que el jurista del trabajo aborde la realidad sin los preconceptos idealistas del viejo derecho, sino que debe armarse para su interpretación de una teoría universal del derecho y deducir en su integración los principios esenciales del derecho laboral que deben presidir todas sus

⁸³ Citado en Aseff, Lucía, *La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general*, Rosario, Ed. Juris, 2004, p.87.

⁸⁴ Peyrano, Jorge W., *op. cit.*, p. 7.

⁸⁵ Cámara del Trabajo de San Francisco, Sala unipersonal, 22-8-2002, “Noriega, Antonio A. c/ Cagliero, Walter y otra”, AR/JUR/6172/2002, LLC 2003 (septiembre), 1036.

soluciones, limpias de vacilaciones y oscuridad»⁸⁶.

«La interpretación y aplicación de las leyes previsionales deben hacerse en forma tal que no conduzca a negar los fines superiores que ellas persiguen, evitando que el rigor de los razonamientos lógicos conduzca a la frustración de los derechos emergentes de la seguridad social»⁸⁷.

Si pensamos acerca de cómo deberían aplicarse, y teniendo en cuenta los conceptos de Pedro Coviello, entre tales principios existe una especie de jerarquía, ya que no todos son igualmente generales y no siempre es posible recurrir a los de mayor generalidad. Hay principios generales de una institución jurídica dada, de varias instituciones jurídicas afines, de una determinada parte del derecho privado (civil, comercial) o de una parte del derecho público y, finalmente, de todo el derecho positivo sin distinción alguna. A estos últimos hay que recurrir cuando no sean suficientes los otros menos generales y, aún para ellos, es necesario observar la gradación que va de lo menos a lo más, porque cuanto mayor es la especificidad del principio que se busca, menor es el peligro de la falacia en el procedimiento inductivo y más fácil y segura resulta la aplicación del caso controvertido⁸⁸.

Afirma Néstor Sagüés⁸⁹ que «cabe diferenciar esos principios singulares

⁸⁶ Tribunal del Trabajo N.º 3 de La Plata, 24-3-1995, del voto de la doctora Mariani en minoría, "Aquilano, Floro D. c/ Policía de la Provincia de Buenos Aires", AR/JUR/3670/1995, DT1996-A, 66.

⁸⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 1-3-1994, "Morales, Guido W. c/ Estado nacional - Ministerio de Defensa", AR/JUR/922/1994, La Ley 1995-A, 103 - DJ1995-1, 676 - DT1995-A, 467.

⁸⁸ Citado en Busso, Eduardo, *Código civil anotado*, Tomo 1, Buenos Aires, Ed. Compañía Argentina de Editores SRL, 1944, p. 89.

⁸⁹ Sagüés, Néstor P., *Los principios específicos del derecho constitucional*, La Ley 1991-C, 808 - LLP 1992, 1991, p.9.

o especiales del derecho constitucional de otros principios jurídicos, ya sean generales del derecho o específicos de otras disciplinas jurídicas, que ocasionalmente puedan quedar "constitucionalizados" si una constitución los incorpora a su articulado. Por ejemplo, el principio de "igual remuneración por igual tarea" está incluido en diversas constituciones (Italia, art. 37; Argentina, art. 14 bis; Guatemala, art. 102); pero no es un principio privativo del derecho constitucional, sino un principio especial del derecho laboral (secuela, a su vez, de un principio general del derecho, de igualdad), "constitucionalizado" en muchas leyes supremas. También cabe aclarar que hay principios particulares del derecho constitucional (es decir, de todo el derecho constitucional) y principios "locales" o "grupales" de uno o más derechos constitucionales concretos: por ejemplo, del derecho constitucional estadounidense, del derecho constitucional iraní, del derecho constitucional de los países árabes».

Nos preguntamos qué ocurre ante la inexistencia de ramas donde no hay remisión legal a los principios generales: aún ahí podría aceptarse esa fuente normativa supletoria, porque ella brota de la ontología misma del orden jurídico. Pero semejante recurso deberá usarse entonces con mayor parquedad, porque es obvio que el art. 19 de la CN operará muy enérgicamente en estas zonas⁹⁰.

Retomando la idea de principios de derecho sectoriales, puede existir la posibilidad de confrontación entre principios, incluso la doctrina ha planteado un supuesto de colisión entre un principio general y el sistema de normas legisladas que lo integran, lo que puede conducir, en definitiva, a que no se

renuncie a «aprovechar la fuerza dinámica y renovadora del orden jurídico de los PGD, en la medida en que son admitidos por la ciencia jurídica y que responden a exigencias vigentes en la conciencia social»⁹¹.

En este sentido, se ha sustentado jurisprudencialmente que «La especificidad del derecho laboral no puede conducir a soluciones incompatibles con los principios generales del derecho o la teoría general del derecho y menos aún en uno de sus aspectos cardinales»⁹².

A esta altura surge, inevitablemente, cuestionarnos sobre la problemática del siniestro entre principios. Ello lleva a Esser⁹³ a utilizar la expresión «tensión polar» entre varios principios, por ejemplo, el principio de voluntad protege la libertad de obligación, pero el de confianza resguarda el tráfico económico jurídico en miras, principalmente, a la protección de los terceros. En este sentido es evidente, por ejemplo, que el principio de la autonomía de la voluntad privada tiene, en oportunidades, una relación necesaria con los de equidad, buena fe y confianza que dominan todo el campo contractual.

El tema de la «sectoriedad» de los principios y de su rango en la aplicación es un tanto dificultoso. Si bien es habitual sostener que, en caso de conflicto, los principios específicos de una materia se anteponen a los PGD — como lógica derivación del argumento que la ley general que es derogada por la especial—, no debemos adherirnos a esta premisa como a un axioma.

⁹⁰ De Diego, Felipe Clemente, citado en Del Vecchio, *op. cit.*, p. 142.

⁹¹ Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 587.

⁹² Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 3-4-1979, “Duymovich, Antonio P. y otros c/ Compañía Swift de la Plata, S. A.”, AR/JUR/2295/1979.

A título de ejemplo, sabemos de la existencia de PGD laborales constitucionalmente reconocidos, tal es el caso del «principio protectorio» y el de «irrenunciabilidad de los derechos» que, en la materia a la que pertenecen, colaboran con cierta continuidad en la aplicación e interpretación de esa disciplina.

De lo expuesto surge que la economía actual y su contexto social exigen redefinir estos principios citados, puesto que la época en que vivimos — llamada por Antoine Jeammaud⁹⁴ como la «del trabajo a cualquier precio»—, provocan su pérdida de operatividad quedando, en algunos casos, tan solo en una enunciación de tipo programática.

Consecuentemente, tal interpretación de la realidad nos obliga a preguntarnos si, en los hechos, el trabajador goza del principio protectorio ante la cruda realidad del desempleo o se trata, solamente, del sostenimiento de una utopía. O en otros casos, si la irrenunciabilidad de los derechos no cede ante las condiciones laborales que el mercado impone aceptar al trabajador.

Es allí donde la tarea del juez debe estar guiada por el equilibrio y no, por aplicar a rajatabla un principio reconocido por la legislación de fondo en su contenido originario, se le imponga a una parte un deber irrealizable que debió ceder antes las adversidades económicas, en tiempo y lugar determinados, en las que la emergencia económica exige redefiniciones inmediatas.

La solución, entonces, será mantener la vigencia de los principios de derecho sectoriales, pero reformulándolos conforme a los tiempos que corren

⁹³ Esser, Josef, *op. cit.*, p. 102 y ss.

para que sigan siendo operativos. En otras palabras, que la eficacia tuitiva no se transforme en desprotección. Mas sin abandonar la idea de que «en principio» la regla de lo general cede ante lo particular, pero que, ante la necesaria reformulación de los principios aplicados, tal premisa puede ser válidamente cuestionada y asistida por los contenidos de la generalidad.

Sin perjuicio de la existencia de diferentes teorías en torno al tema de conflictos entre principios (teoría de la jerarquía, del balanceo, del contenido esencial), nosotros postulamos que, si bien no poseen todo el mismo peso, debemos estar a la regla de sostener que el método posiblemente sugerible es indagar sobre cuál es el valor jurídico que la comunidad considere que ha de inspirar la solución en este caso en concreto. Es aquí donde, precisamente, el jurista tiene que cumplir su labor determinando, entre los principios enfrentados, el que debe considerarse aplicable en ese caso concreto para resolver conforme el sentir jurídico de la comunidad⁹⁵.

A mayor abundamiento, la Corte Suprema ha fallado que «sin dejar de reconocer los conflictos y tensiones, es erróneo plantear el problema de la persona y del bien común en términos de oposición, cuando en realidad se trata más bien de recíproca subordinación y de relación mutua»⁹⁶.

⁹⁴ Jeammaud, Antoine, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, tesis doctoral, 1975.

⁹⁵ Beladiez Rojo, Margarita, *op. cit.*, p. 129.

⁹⁶ *Fallos*: 312:492, consid. 11.

Es así como no podemos, de antemano, confeccionar un tesoro de jerarquías⁹⁷ o peso de los PGD, ya que cambian de acuerdo con el caso en cuestión y será tarea del juez realizar dicha apreciación, argumentando sus decisiones y recurriendo a estándares de moralidad indicados que suponen la justificación ético-política de la decisión adoptada. De esta forma se limitan los criterios de discrecionalidad judicial, pues en todos los casos los jueces deben responder frente al baremo ético-político representado, sólo parcialmente, por la legislación positiva que requiere su integración a los principios.

En virtud de todo lo expuesto, podemos concluir que no hay jerarquía de principios, sino que nos encontramos ante un abanico de opciones que se ofrecen al uso del intérprete y que éste habrá de integrar según lo que a su criterio convenga a la más razonable solución del caso, entendiendo «lo razonable» no sólo como lo ajustado al derecho sino también como «lo justo», porque los principios generales del derecho encuentran su fuerza persuasiva en que expresan los rasgos u objetivos fundamentales del ordenamiento jurídico dentro del cual se ha planteado el caso a resolver⁹⁸.

1.3.1 Los principios generales en el proceso judicial

El derecho procesal civil es un ordenamiento eminentemente instrumental cuya finalidad es la realización de los derechos proclamados por

⁹⁷ Robert Dworkin afirma que, en el caso de los principios que se interfieren, el conflicto se resuelve según el peso relativo de cada uno, del cual no puede pedirse una medición exacta (*op. cit.*, p.77).

⁹⁸ Assef, Lucía, *op. cit.*, p. 87.

las leyes sustantivas. Esta rama del derecho ha adquirido gran relevancia práctica a la hora de la consagración en concreto de los derechos de fondo, y su desarrollo académico ha sido notable en este último siglo y medio. El estudio de los principios sectoriales del derecho procesal civil y su utilización desde los estrados nos convencen sobre la necesidad de su tratamiento específico en estas páginas.

En cuanto a los principios sectoriales relativos al proceso, Isidoro Eisner⁹⁹ opina que «Así como los faros, balizas y boyas marcan el sendero y guían a los navegantes que transitan los espacios en busca de sus destinos, del mismo modo los principios rectores del proceso son pautas directrices que conducen tanto al legislador que los proclama al comienzo de su obra, para vertebrar las soluciones normativas que los desarrollen, como al juez que debe aplicarlos o al jurista que habrá de ponderar el sentido de las instituciones y proponer su interpretación congruente».

Entre los autores que postulan la existencia de un derecho natural procesal civil, sostiene Jaime Guasp¹⁰⁰ que «por encima de todas las fuentes positivas se halla la intrínseca naturaleza humana, la cual da nacimiento a normas procesales civiles que cabe considerar en este sentido como derecho natural procesal civil». Cuenta entre estas normas a las que establecen el libre acceso de los particulares a los tribunales de justicia, la contradicción procesal,

⁹⁹ Eisner, Isidoro, «Principios procesales», en *Revista de Estudios Procesales*, N.º 4, Rosario, 1984, p. 879.

¹⁰⁰ Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 3.ª edición, Madrid, publicación del Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 43.

la igualdad entre las partes, la integración de la materia procesal, la imposición de la veracidad y de la buena fe en los actos procesales, etc.

El procesalista rosarino Jorge Walter Peyrano disiente con Guasp, ya que considera que la nómina que efectúa no se compone más que de derivaciones circunstanciales de verdaderas fórmulas de derecho natural, resultando aquellas inútiles y artificiosas. El autor deja a salvo que «En manera alguna lo dicho importa negar la función enjuiciadora e integradora que cumple el derecho natural, desarrollada a través de los principios generales del derecho entendidos al modo jusnaturalista, respecto de todos y cada uno de los ordenamientos normativos, inclusión hecha del procesal. Pero lo que no aceptamos, en contradicción con quienes defienden la existencia de principios generales del derecho sectoriales, es que cada ordenamiento normativo cuente con normas de derecho natural que le son propias»¹⁰¹.

Por lo tanto, continúa Peyrano, cuando utiliza la frase «principios generales del proceso civil» no alude a postulados trascendentes sino, por el contrario, a las resultas de la aplicación del más refinado tecnicismo a un ordenamiento procesal dado, con el objeto de columbrar sus constantes, postulando la «inmanencia» de los principios procesales, que vienen a ser una suerte de hijos del ordenamiento donde ven la luz.

¹⁰¹ Peyrano, Jorge W., *El Proceso Civil. Principios y Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1978, p.31.

Sergio Barberio y Marcela García Solá¹⁰² sostienen, por su lado, otra visión «omnicomprensiva» de los principios procesales, en la cual, además de «principios iuspositivos sistemáticos y fundacionales», tiene cabida otra parcela o sector de «principios metapositivos y sectoriales» que son los principios procesales que pertenecen al derecho natural. Para explicar su tesis, los autores trasvasan la postura sobre los PGD que realiza el profesor Lorenzo Gardella¹⁰³ sobre la norma del art. 16 del Código Civil al específico campo del derecho procesal y, en esta línea, llegan a la conclusión de que los «principios generales de la materia procesal” o, más genéricamente, los «principios procesales» abarcarían:

A) Un primer sector de principios inmediatos que se desprenden de una consideración sistemática del cuerpo de normas positivas procesales y que se obtiene a través de un mecanismo de abstracción escalonado o progresivo partiendo de ellas, con el enriquecimiento y los postulados de la doctrina procesal. Estos principios «sistemático-positivos» registran grados, pues pueden corresponder a los que gobiernan una institución (v. gr. «principios del embargo»), un grupo de instituciones (v. gr. «principios de las medidas cautelares»), a todo un cuerpo normativo ritual (v. gr. Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe), y finalmente, a toda la rama del derecho procesal.

B) *In crescendo*, un segundo estamento intermedio correspondería al nivel de los «principios positivos supranacionales», aquellos que conforman el

¹⁰² Barberio, Sergio J. y García Solá, Marcela, «Principios generales del proceso civil. Diseño clásico y mirada actual», ponencia general del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, 2010.

«común denominador» de las legislaciones procesales de todas las naciones «civilizadas» y que son revelados por el derecho comparado y por los contenidos de las convenciones multilaterales (*ius gentium*, en la terminología de los clásicos). Se trata de ciertas máximas jurídicas —ciertamente no sólo de derecho procesal, pero sí abarcándolo— que la jurisprudencia internacional invoca invariablemente porque todos los países «civilizados» las han hecho suyas en el carácter de normas fundamentales del derecho.

Siguiendo a Augusto Morello¹⁰⁴, cuyo legado en tan vasto y profundo en esta temática, pueden señalarse entre los principios fundacionales de esta dimensión transnacional (acotados al proceso civil) los siguientes:

a) libre acceso a los tribunales de justicia para la tutela de los derechos e intereses legítimos sin ninguna discriminación razonable;

b) formas adecuadas de tutela efectiva obtenida de los órganos jurisdiccionales;

c) juez independiente, imparcial y preconstituido por la ley;

d) defensa inviolable en condiciones de paridad, con posibilidad de valerse de prueba admisible y pertinente;

e) resolución de la pretensión en un plazo razonable y por decisión fundada.

C) En una última instancia, a nivel de «cotas máximas del proceso de inducción»¹⁰⁵, los «principios procesales de justicia meta-positiva» que

¹⁰³ Gardella, Lorenzo, «Principios Generales del Derecho», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XXIII, Buenos Aires, 1967, p. 129 y ss.

¹⁰⁴ Morello, Augusto M., *El Proceso Justo*, 2.ª edición, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2005.

comprenden —de modo muy genérico pero, al mismo tiempo, enérgico y universal— a todos los que contribuyen a la concepción del proceso civil que respeta, en el desenvolvimiento de cada una de sus etapas, la dignidad personal del hombre y sus derechos humanos fundamentales, entre las cuales están comprendidas las que prevén: el libre acceso a justicia; la prestación de actividad jurisdiccional por un tercero «imparcial» e independiente; la igualdad de las partes; la imposición de mínimos deberes de veracidad y buena fe en el debate; y el derecho a una resolución judicial fundada y razonablemente oportuna.

Barberio y García Solá¹⁰⁶ comentan: «Entendemos que los principios supremos del Derecho Natural no vierten una influencia circunstancial o remota en el derecho procesal, sino que iluminan este sector del ordenamiento positivo imponiéndole si bien no un sistema detallado de normas de procedimiento, sí un contenido mínimo estructural que viene “dado” por la naturaleza del hombre en su desenvolvimiento como protagonista único del proceso del cual se sirve. Se trata, eso sí, de amplios vectores de justicia procedimental y sustancial, que por tales no dejan de estar encarnados en el medio histórico y, por ende, deben entenderse e interpretarse a través del “prisma” que este contexto otorga».

Deviene relevante advertir la utilización de los PGD para resolver lagunas del derecho procesal que se advierte en el plano jurisprudencial, a saber:

«El demandante que obra astuta e indecorosamente, invocando una

¹⁰⁵ Hernández Gil, Antonio, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Madrid, Ed. Civitas, 1981, p. 521.

disposición que lo favorece, pero que en el caso particular conduce a un resultado injusto, insoportable o contrario al objeto del derecho, no puede ser amparado por la norma que invoca. En tal caso, debe admitirse la existencia de una laguna de la ley, debiendo exigirse que el juez la llene mediante la interpretación de la norma, para dar con la solución justa, a cuyo fin podrá valerse de la analogía y los principios generales del Derecho»¹⁰⁷.

«El empleo de las normas imperativas y de orden público deben aplicarse a una administración rápida de justicia, corolario de la garantía de la defensa en juicio, debe ser coordinado con los principios generales del derecho y con las normas de jerarquía constitucional que le atañen a fin de evitar caer en situaciones formales exageradas, tal como podría suceder con una aplicación estricta del art. 1101 del Código Civil que, al suspender la sustanciación del juicio civil hasta que recaiga la sentencia penal firme, implica en ocasiones una dilación innecesaria del juicio y produce privación de justicia»¹⁰⁸.

Enfocando ahora la mirada hacia el proceso judicial en la órbita civil y comercial, el rionegrino Luciano Minetti Kern¹⁰⁹, resaltando su convencimiento

¹⁰⁶ Barberio, Sergio J. y García Solá, Marcela, *op. cit.*

¹⁰⁷ Art. 16, CC (Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 30-3-1998, "L., N. M.", AR/JUR/581/1998, La Ley 1999-F, 780 - Litoral 01/01/1900, 328).

¹⁰⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 9-5-2000, "Konopny, Silvia c/ Transporte Ideal San Justo S. A.", AR/JUR/877/2000, LLBA2000, 1087.

¹⁰⁹ Minetti Kern, Luciano, «El perfil del juez a partir de la entrada en vigencia del CCC. Nuevos desafíos y razones para dejar atrás prácticas disvaliosas. Hacia un juez constitucional», en *Comunicación Judicial*, *website*:

sobre la ineficiencia del proceso judicial para dar respuesta a los conflictos sociales actuales, resalta que «otorgar mayores potestades a los jueces (con el objeto de resolver el caso con el mayor acercamiento a la realidad de los hechos y las particulares circunstancias de las partes) de ningún modo vulnera el proceso diseñado en la Constitución Nacional. Por el contrario, resulta indispensable para lograr la composición "real" del conflicto». Asegura el autor que «únicamente bajo dichas premisas nos acercaremos a los fines mismos de la jurisdicción: reestablecer la paz social quebrantada o a punto de serlo. Ello no es posible cuando lo decidido es sólo una "ficción de justicia"».

El temperamento que se propone, ejercido dentro de un ámbito de respeto de las garantías procesales y según la disponibilidad o naturaleza de los derechos en disputa, contribuye a igualar libertades equilibrando las innegables desigualdades sociales, económicas y culturales que sufren las partes en el proceso y que las colocan en situaciones de absoluta disparidad sin comprometer su imparcialidad, en tanto no manifiesta compromiso o interés con alguna de las partes en disputa, sino compromiso con su función que le exige agotar sus posibilidades para alcanzar la solución justa y verdadera del litigio.

Sobre el particular, Isidoro Eisner¹¹⁰ pone de resalto que estos principios formativos o monitores inspiran las soluciones de los códigos y están obstinadamente reflejados en cada una de sus disposiciones normadas. A veces, esos principios son propuestos por el autor de la ley al iniciar su obra y

<http://servicios.jurionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php/especiales/item/527-perfil>,
fecha de captura: 24-9-2019.

entonces los encontramos al frente de los cuerpos legales, anunciados como portada, donde se anticipa que el código se habrá de inspirar en aquellos y seguirá determinados lineamientos. En tal caso tenemos una ordenación reflexiva, consciente y técnica alrededor de tales pautas o sistemas, como el Código Procesal italiano, que se refiere expresamente a los principios de la demanda y del contradictorio (arts. 99 y 101, respectivamente).

En nuestro continente, dentro de la categoría de códigos que efectúan un preliminar enunciado de principios, citamos el Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que los prevé en el Título 1

¹¹⁰ Eisner, Isidoro, *Economía procesal*, Tomo 146, Buenos Aires, La Ley, 1984.

denominado Principios Generales, al igual que el Proyecto Couture para Uruguay¹¹¹.

El Anteproyecto tiene la particularidad de iniciar su articulado mediante no sólo la enunciación sino también la descripción de los principios procesales en los que se inspira, a saber: iniciativa en el proceso; dirección del proceso;

¹¹¹ Art. 1.º (Iniciativa en el proceso). La iniciación del proceso incumbe a los interesados; el Tribunal lo hará de oficio sólo cuando la ley lo establezca expresamente. Las partes podrán disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos indisponibles y podrán terminarlo en forma unilateral o bilateral de acuerdo con lo regulado por este Código. Art. 2.º (Dirección del proceso). La dirección del proceso está confiada al Tribunal, el que la ejercerá de acuerdo con las disposiciones de este Código. Art. 3.º (Impulso procesal). Promovido el proceso, el Tribunal tomará de oficio las medidas tendientes a evitar su paralización y adelantar su trámite con la mayor celeridad posible. Art. 4.º (Igualdad procesal). El Tribunal deberá mantener la igualdad de las partes en el proceso. Art. 5.º (Buena fe y lealtad procesal). Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria. Art. 6.º (Ordenación del proceso). El Tribunal deberá tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión, contrarias al orden o a los principios del proceso. Art. 7.º (Publicidad del proceso). Todo proceso será de conocimiento público, salvo que expresamente la ley disponga lo contrario o el Tribunal así lo decida por razones de seguridad, de moral o de protección de la personalidad de alguna de las partes. Art. 8.º (Inmediación procesal). Tanto las audiencias como las diligencias de prueba que así lo permitan, se realizarán por el Tribunal no pudiendo éste delegarlas so pena de nulidad absoluta, salvo cuando la diligencia deba celebrarse en territorio distinto al de su competencia. Art. 9.º (Pronta y eficiente administración de justicia). El Tribunal y bajo su dirección los auxiliares de la jurisdicción tomarán las medidas necesarias para lograr la más pronta y eficiente administración de la justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso. Art. 10 (Concentración procesal). Los actos procesales deberán realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos cuando se faculta para ello por la ley o por acuerdo de partes y de concentrar en un mismo acto todas las diligencias que sea menester realizar. Art. 11 (Derecho al proceso). 11.1 Cualquiera tiene derecho a acudir ante los Tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones. 11.2 Para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa. 11.3 El interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, aun cuando éste no se haya violado o desconocido o de una relación jurídica o de la autenticidad o falsedad de un documento: también podrá reclamarse el dictado de sentencia condicional o de futuro. 11.4 Todo sujeto de derecho tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones.

impulso procesal;, igualdad procesal, buena fe y lealtad procesal, ordenación del proceso, publicidad del proceso, intermediación procesal, pronta y eficiente administración de justicia, concentración procesal, derecho al proceso. En la Argentina, el —muy adelantado para su tiempo— Código Procesal de Jujuy¹¹²,

¹¹² Ley 1967, reformada por Decreto/Ley 25-G (SG), 1963; Ley 3420/1977; Ley 4141/1984; Ley 4346/1983; Ley 4848/1995; Ley 5052/1998, "Incorporación de la Ley N.º 5007/1997", Libro Primero, Disposiciones Generales, Título Preliminar, Principios Rectores: 1. Principio de iniciativa. La iniciación del proceso incumbe a las partes. El órgano jurisdiccional lo promoverá de oficio sólo cuando la ley lo ordene. Para interponer la acción o contestarla, es necesario tener un interés legítimo, económico o moral. Puede demandarse la declaración sobre la existencia o inexistencia de un hecho o de un derecho. 2. Principio de dirección. La dirección del proceso está confiada al órgano jurisdiccional, el que la ejercerá de acuerdo con las disposiciones de este Código y principios fundamentales que informan su ordenamiento. 3. Principio de impulso procesal Promovido el proceso, el órgano jurisdiccional tomará las medidas tendientes a evitar su paralización, salvo que un texto especial de la ley disponga que el impulso corresponde a las partes. 4. Disciplina de las formas. Las partes no pueden darse un procedimiento especial distinto del establecido para la substanciación del proceso. Cuando la ley no exige una forma determinada para los actos procesales, pueden realizarse de cualquier modo apto para la obtención de su fin. 5. Principio de igualdad. El órgano jurisdiccional debe mantener en lo posible la igualdad de las partes en el proceso, brindándoles idénticas posibilidades de defensa. Haciendo efectivos los poderes de que está investido, el juez dispondrá lo necesario a fin de que nadie pueda encontrarse en una condición de inferioridad jurídica. Salvo disposición expresa de la ley, ninguna persona puede prevalerse de una posición determinada para advenir a una situación de privilegio. 6. Principio de contradicción. Con excepción de lo establecido para casos especiales, el órgano jurisdiccional no podrá proveer sobre ninguna demanda, si la parte contra la cual ha sido promovida no está regularmente citada o emplazada. 7. Principio de publicidad. Las actuaciones del proceso y las resoluciones judiciales serán públicas. La publicidad sólo se limitará cuando un interés justificado de las partes o el orden público o razones de moralidad así lo exijan. Toda orden dirigida a limitar la publicidad deberá expresar los fundamentos que abonan la necesidad de la reserva o secreto. Empero, so pretexto de reserva o secreto no puede coartarse la intervención de las partes, sus representantes o letrados, ni decretarse ninguna medida que restrinja la libertad del debate. 8. Principio de probidad. Los que intervienen en el proceso tienen el deber de ser veraces y proceder de buena fe. El órgano jurisdiccional a petición de parte o de oficio, está obligado a adoptar las medidas legales tendientes a prevenir o condenar las faltas a la lealtad y probidad en el debate. Sólo excepcionalmente no se aplicará sanción al que no cumpliera con este deber, cuando un estado de necesidad justifique la infracción en resguardo de

de modo similar al Anteproyecto de Código para Iberoamérica, también inicia su cometido mediante la enunciación de los principios procesales rectores del resto del articulado: principio de iniciativa; principio de dirección; principio de impulso procesal; disciplina de las formas; principio de igualdad; principio de contradicción; principio de publicidad; principio de probidad; buen orden; principio de economía.

Otras veces, el legislador no anuncia ni proclama cuál es la línea de orientación que ha impreso a su obra, pero esas guías, esas directivas, se advierten a través del articulado porque las soluciones se van dando siempre en el sentido de un principio adoptado al que se es consecuente, mientras no haya motivos graves para apartarse de ellos en favor de otro prevalente¹¹³.

1.3.2 Reenvío normativo

Es destacable el Anteproyecto del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, por cuanto en su título II, art. 14, establece como principal pauta interpretativa de las normas procesales «la efectividad de los derechos sustanciales» y, asimismo, remite a los PGD y especiales del proceso para integrar e interpretar normas: «En caso de duda se deberá recurrir a “las

supremos intereses. 9. Buen orden. Todos los que intervienen en el proceso, cualquiera sea su carácter, lo harán con una mesura y dignidad en el estilo, guardándose mutuamente respeto y consideración. Las personas que cometan hechos que de algún modo afecten el buen orden de los procesos o la majestad de la justicia serán penadas disciplinariamente. 10. Principio de economía. Tanto el juez como los órganos auxiliares de la jurisdicción tomarán las medidas necesarias para lograr la mayor economía en la realización del proceso. Los que exijan que se efectúen trámites manifiestamente inútiles o la práctica de diligencias innecesarias, cometen falta grave.

normas generales” teniendo presente los principios generales de derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio». El art. 15 dispone pautas para la integración de las normas procesales: «En caso de vacío legal se deberá recurrir a los fundamentos de las leyes que rigen situaciones análogas y a los principios constitucionales y generales de derecho y especiales del proceso y a las doctrinas más recibidas, atendidas las circunstancias del caso».

Merece señalarse que, a diferencia del citado Anteproyecto de Código Modelo —de innegable vanguardia—, en nuestro país ningún régimen local hace remisión expresa a los PGD y no son muchas las provincias que destacan la función de los principios generales del proceso.

Sin embargo, algunos ordenamientos procesales, aunque sin enumerar el listado de principios sobre los que se asientan y sin remitir a los PGD, establecen un método interpretativo o integrador de normas. Verbigracia, el art. 693 del Código Procesal Civil de Santa Fe, dispone que «En caso de silencio u oscuridad de este Código, los jueces arbitrarán la tramitación que deba observarse de acuerdo con el espíritu que lo inspira y con los principios que rigen en materia procesal».

En la misma línea, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, el art. 887 de la Ley 8.465¹¹⁴ establece que «En caso de silencio u oscuridad de este Código, los tribunales arbitrarán la tramitación que

¹¹³ Eisner, Isidoro, «Principios procesales»...

¹¹⁴ *Boletín Oficial*, 8 de junio de 1995.

deba observarse, de acuerdo con el espíritu que le domina, leyes análogas y los principios generales que rigen en materia de procedimientos». La jurisprudencia suele echar mano de estas normas integradoras a fin de encaminar el fundamento de medidas urgentes, anticipadas, autosatisfactivas o autónomas.

Opinan Barberio y García Solá¹¹⁵ que este reenvío normativo supone erigir a los principios procesales en «derecho supletorio obligatorio, despejando todo riesgo de anulación por falta de fundamentación. En el medio local, la decisión judicial «para el caso no previsto» que se apoye argumentalmente en un principio procesal, mediatamente tendrá sustento en el propio texto legal que autorizó de manera genérica el recurso a dicho principio».

2. Naturaleza de los principios generales del derecho

Hasta aquí se ha intentado explicar qué son hoy en día los PGD; también se ha visto cómo se reconocen o se identifican, pero todavía no hemos abordado su naturaleza jurídica, cuestión fundamental para comprender la función que desempeñan estos principios en el ordenamiento jurídico de un sistema determinado. La cuestión sobre la naturaleza de los PGD versa sobre si son o no normas jurídicas, punto en que la doctrina no es pacífica.

Para la mayor parte de la doctrina son normas jurídicas, si bien unos entienden que son normas más generales que las demás y otros que son normas base o normas directas o normas indefinidas o normas indirectas.

¹¹⁵ Barberio, Sergio J. y García Solá, Marcela, *op. cit.*

Algunos autores de la talla del español Pío Cabanillas Gallas¹¹⁶ entienden que son normas jurídicas. Claro está que quienes se enrolan en esta postura difieren en cuanto a si son normas base o normas directas o normas indefinidas o normas indirectas.

Por su parte, José Suay Rincón¹¹⁷ expresa que los PGD son auténticas normas jurídicas, si bien reconoce que son un tipo determinado de norma. En opinión del autor, lo que singulariza a los PGD es que se trata de normas abiertas con carácter general, que expresan valores de justicia.

En ese sentido, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón¹¹⁸ señalan que no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de razón. Son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conductas. Pero, esto admitido, la cuestión reside ahora en descubrir la causa generadora de tal normatividad. Cuando la respuesta se pretende desde el paradigma de las fuentes jurídicas formales no se encuentra un poder normativo equiparable al de la ley (legislador) o al de la costumbre (grupo social). Y, entonces, el problema se torna especialmente crítico, según la expresión del autor citado. Pero si, como creemos que procede, el planteamiento se realiza desde la óptica de las fuentes jurídicas materiales, quizás podamos, entonces, encontrar su causa generadora en la «convicción social», en el «vivir de la comunidad»,

¹¹⁶ Cabanillas Gallas, Pío, «Consideraciones sobre los principios generales del derecho», en *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1977, p. 27.

¹¹⁷ Suay Rincón, José, *La doctrina de los principios generales del derecho en la protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Vol. 1, Madrid, Cuadernos Civitas, 1993, p. 381.

o en su «idea de la vida» y, en definitiva, «en la conciencia social de la época», expresiones que aunque puedan pecar de abstractas no resultan, sin embargo, abstrusas y pueden prestar base para reconocer un posible intérprete de tales abstracciones y suponer, por su temperamento fundamentalista, una razón de primacía entre todas las fuentes¹¹⁹.

Contrariamente, un sector de la doctrina entiende que no son normas sino criterios directivos o pautas orientadoras de normación. De esta opinión es Betti¹²⁰, aunque parecía sugerir no que fuesen normas, sino que no eran jurídicamente obligatorias o tan obligatorias como el resto de las normas; en tanto Larenz¹²¹ agrega que esta posición se entiende por una restrictiva idea de norma como conexión entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Si aceptamos una idea más amplia de norma como proposición sobre lo que debe ser, no hay ninguna dificultad en incluir los principios de Larenz en el concepto de norma.

Por otra parte, Esser¹²² afirma que un principio jurídico no es un precepto ni una norma jurídicos en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones. Los principios jurídicos, a diferencia de las normas de derecho, son contenido en oposición a forma.

¹¹⁸ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *op. cit.*, p. 155.

¹¹⁹ Arce y Flores Valdéz, Joaquín, *op. cit.*, p. 69.

¹²⁰ Betti, Emilio, «Sui principi generali del nuovo...», p. 217.

¹²¹ Larenz, Karl, *Derecho justo...*

¹²² Esser, Josef, *op. cit.*, p. 65.

De otro lado se ha discutido también si los PGD son la misma cosa que las *regulae iuris* del derecho romano, mas éstas son explicaciones breves, fórmulas aclaratorias de una determinada decisión jurídica sin valor de principios o normas generales, aunque con frecuencia los PGD se formulan como máximas, como *regulae iuris* o como aforismos jurídicos.

Juan Antonio Martínez Muñoz¹²³, desde una óptica iusnaturalista de la cuestión, propugna la tesis de que los PGD son irreductibles a las normas y establece desigualdades entre ellos, algunas que citamos a continuación:

1) Una diferencia estructural: los principios tienen una diferencia más compleja, pues como elementos ontológicos del derecho son fundamento originario del mismo y no presuponen nada jurídico previo, al contrario que las normas, como elementos cognoscitivos, son independientes y no se derivan unos de otros. Así, en la realización del derecho, los principios son los determinantes de la actuación jurídica correcta, mientras que las normas son el criterio valorativo de las mismas, ofreciendo soluciones equitativas cuando la aplicación de normas a casos singulares suponen la causación de injusticia.

2) Una diferencia funcional: las normas funcionan como medida (*nomos*) de lo justo, como expresión de mandatos o imperativos y como ordenadoras u organizadoras de las relaciones sociales; son instrumentales, los principios determinan la existencia de lo justo y el deber de hacer algo.

3) Unas diferencias genéticas: las normas proceden de la organización estatal o social y necesitan de una autoridad que determine su objetivo, los

¹²³ Martínez Muñoz, Juan Antoni, «La ontofenomenología del Derecho en la obra de Sergio Cotta», Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 92 y ss.

principios tienen su origen en la propia naturaleza del derecho y obtienen su contenido de la misma naturaleza de las relaciones humanas en la que el derecho aparece.

4) Unas diferencias aplicativas: mientras que las normas se aplican o no se aplican —las normas son aplicables a la manera de disyuntivas¹²⁴—, y si se aplican se pueden hacer de forma inmediata; los principios pueden aplicarse o no en parte y precisan concretarse a un caso concreto.

5) Una diferencia tuitiva en cuanto a su vinculación: mientras que las normas obligan para garantizar situaciones económicas, políticas o sociales, los principios obligan en cuanto son imperativos de justicia, para garantizar éstas. Dworkin¹²⁵ llama «principio» a un estándar que ha de observarse, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

6) Una diferencia de validez: un principio no pierde su validez por la contradicción con una norma, lo que sí ocurre en caso de antinomias, donde una norma desplaza a otra.

7) Una diferencia justificativa: pues las normas siempre necesitan de una justificación, los principios no.

8) Una diferencia exegética: los principios pueden actuar como criterios interpretativos de las normas, pero las normas no.

¹²⁴ Dworkin, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 75.

A nuestro entender, para que una determinada idea sea elevada a la categoría de PGD no es que la misma se encuentre recogida, expresa o implícitamente, en los textos positivos, sino que exprese un valor jurídico de la comunidad. De allí que el respeto al valor que contiene ese principio le otorga eficacia jurídica¹²⁶.

De lo que antecede se desprende que, a veces, los PGD se encuentran normativamente explicitados, es decir, expresados en los textos constitucionales o legislativos, con lo cual adquieren ellos mismos —como normas que son— una función objetivante (tal es el caso en el área constitucional del principio de igualdad del art. 16 de la CN). Otras veces, en cambio, los principios generales no se encuentran explicitados en normas y deben inferirse de modo indirecto, en un proceso de síntesis y a la manera de meras ideas orientadoras del conocimiento. En estos casos, la inferencia se apoya, por lo general, o bien en el texto de una norma o de un sistema de normas conexas o complementarias, o bien en la interpretación doctrinaria más generalizada de los términos actualizados por las normas explicitadoras: pueden subsumirse en esta categoría los conceptos fundamentales contenidos

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ La jurista Beladiez Rojo expresa que el mandato jurídico se traduce en la imposición de un genérico deber de carácter negativo que prohíbe actuar en contra del valor por él consagrado. A diferencia de las demás fuentes del derecho, los principios no constituyen título jurídico suficiente para crear ningún tipo de obligación ni, por tanto, para otorgar derechos subjetivos típicos o activos. Esta es la razón por la que, de los mismos, no se pueden derivar otros derechos subjetivos que los llamados reaccionales o impugnatorios. Con lo cual nunca podrían constituir un fundamento jurídico suficiente para demandar pretensiones activas (Beladiez Rojo, Margarita, *op. cit.*, p. 84).

en el Preámbulo de nuestra Constitución o, también el art. 33 de ese mismo cuerpo en cuanto a los llamados derechos implícitos.

El profesor Vigo¹²⁷, precursor nacional de la teoría que diferencia las normas y principios jurídicos en base a su agrupación en las denominadas «teorías fuertes y débiles», se apoya en la distinción defendida por Robert Alexy. La diferencia entre ambas teorías citadas radica en que las últimas son las que sustentan la separación en criterios meramente formales o cuantitativos, en tanto que llamamos teorías fuertes, a las que fundan su distinción en consideraciones cualitativas o sustanciales.

En el marco del iuspositivismo abundan las teorías débiles, como en el caso de Norberto Bobbio, Alexander Peczenik, Genaro Carrió¹²⁸, en tanto identifican a los principios con ciertas normas fundamentales, importantes o generalísimas del ordenamiento jurídico, o admiten que ellos son obtenidos por un proceso de inducción o generalización creciente a partir de las normas jurídicas dadas. En definitiva, desde esta perspectiva, al derecho hay que ir a buscarlo en las reglas establecidas en una sociedad como jurídicas, y los principios sólo serían algunas de esas normas u otro modo de decir lo que ya dicen, implícitamente, las mismas normas.

En las teorías fuertes, lo decisivo es que señalan alguna nota o característica en los principios que impide toda asimilación con las normas, de modo que es posible señalar nítidamente los contornos de esos dos ámbitos

¹²⁷ Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos...*, p. 5.

¹²⁸ Bobbio, Norberto, *op. cit.*; Peczenik, Alexander, «Dimensiones morales del derecho», en *Revista Doxa*, N.º 8, Universidad de Alicante, 1990; Carrió, Genaro, *op. cit.*

del derecho vigente. De esa manera, al jurista se ofrecen dos vías diferenciadas a los fines de determinar dónde hay que buscar para hallar la respuesta jurídica que requiere el problema que lo convoca.

En ese orden de ideas creemos oportuno analizar, de forma sucinta, la diferenciación entre normas y principios que realiza Vigo¹²⁹, quien diferencia normas y contenidos en base a las siguientes consideraciones:

1) El contenido: los principios tienen un contenido moral (según Dworkin, *moral right* por oposición a *legal right*), a diferencia de las normas que cuentan con un contenido diversificado.

2) El origen: las normas pueden someterse a lo que Dworkin llama test de origen o *pedigree*, individualizando la manera y el momento en que se establecieron como tales. En cambio, en los principios, en virtud de pertenecer al derecho forzosamente por su contenido y no porque lo dispuso alguna autoridad, resulta irrelevante aquella búsqueda.

3) La validez: la validez de los principios es consecuencia necesaria de su contenido, por eso, en caso de contradicción con las normas, son aquellos los que prevalecen. La validez de las normas deriva de otras normas o de los principios.

4) La capacidad explicativa y justificativa: los principios a modo de leyes científicas tienen una especial y relevante capacidad explicativa y didáctica, en tanto hacen posible una descripción económica o breve, sintetizando una gran cantidad de información de un sector o de todo un

¹²⁹ Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos...*, p. 9.

ordenamiento jurídico pero, además, lo representa como un conjunto no caótico, sino dotado de sentido u ordenando.

5) La aplicación: las normas se aplican de manera disyuntiva, o todo o nada (Dworkin lo llama «*all or nothing fashion*»), en tanto los principios configuran el caso en forma abierta a diferencia de las primeras, que lo hacen en forma cerrada.

6) Tipos de razones: Atienza y Ruiz Manero¹³⁰ identifican las normas como razones perentorias, para que el intérprete adopte la solución prevista en ellas excluyendo toda deliberación a propósito de cualquier otra mejor solución, en cambio, los principios «constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional».

7) La identificación: en las normas es posible, al menos teóricamente, brindar la nómina de ellas y establecer la fórmula canónica de cada una. En el caso de los principios esto es imposible, básicamente porque se carece de un acto de incorporación del principio al ordenamiento jurídico y porque aquellos se limitan a brindar una razón para estructurar el discurso propio del jurista.

8) La derogación: la expulsión del sistema jurídico tiene sentido en la medida en que aludamos a normas pero, con respecto a principios, éstos

¹³⁰ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, «Sobre principios y reglas», en *Revista Doxa*, N.º 10, Universidad de Alicante, 1991, pp. 108-113.

permanecen formando parte de aquel mientras se los estime convenientes o justos en la determinación de derechos y deberes.

9) La labor que exigen: el recurso a los principios requiere de una exigente labor argumentativa profesional, en tanto que en el caso de las normas existe una especie de aplicabilidad burocrática y técnica.

10) Las excepciones: incluir en el enunciado de las normas las excepciones a su aplicación es un trabajo que puede ser realizado, con el beneficio de que aquellas ganarán en precisión; tratándose de los principios es una tarea sumamente dificultosa pero, además, estéril por cuanto no alcanza a proporcionar un principio más que completo o exacto.

11) Los destinatarios: los principios se dirigen a los órganos encargados de la adjudicación de los derechos; las normas también pueden orientarse a los ciudadanos, quienes pueden llegar a inferir ciertos comportamientos, aunque carezcan de formación profesional.

12) Resolución de contradicciones: no puede haber dos normas contradictorias y válidas, una desplaza a la otra. Los principios cuentan con la dimensión de peso o importancia, debiendo el juez evaluar el peso relativo de cada uno de ellos; la preferencia de uno no implica la pérdida de juridicidad del otro.

13) El cumplimiento: según Alexy¹³¹, los principios son mandatos de optimización porque mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas, en tanto las normas son mandatos definitivos ya que mandan una conducta determinada.

14) La estructura lógica: si intentamos trasladar las estructuras lógicas tradicionales (concepto, juicio y razonamiento) al campo de los principios, podríamos calificarlos como conceptos axiológicos.

15) Incorporación al sistema jurídico: las normas se incorporan al sistema en virtud de los principios o de reglas de admisión propias del sistema. Los principios cumplen un papel equivalente a los axiomas en los sistemas teóricos y, en consecuencia, pueden ser admitidos por convención o por evidencia.

16) Compromiso histórico: autores que admiran distinciones fuertes entre normas y principios postulan para estos últimos las características de absolutos, objetivos o permanentes. Así, por ejemplo, Alexy afirma que el derecho racional de la modernidad ha incorporado como principios los de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia, el Estado de derecho y el Estado social. En las normas son evidentes la contingencia y la relatividad de sus contenidos, a tenor de las características del tiempo y el lugar a donde se dirigen¹³².

17) Localización en el ordenamiento jurídico: los principios se ubican en el plano jurídico más alto como es la Constitución, en tanto las normas se localizan en gradas inferiores.

18) Operatividad con la lógica formal: en el campo de las normas se verifica el desarrollo que ha tenido la lógica formal en el tratamiento de ellas, lo cual se ha proyectado en las pretensiones que impulsan a la informática

¹³¹ Alexy, Robert, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica...», p. 139 y ss.

¹³² Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos...*, p. 15.

judicial. En el caso de los principios, en la medida en que se los asigna a un contenido axiológico, su operatividad por medio de la lógica se ve perturbada o dificultada.

19) El aporte a la completitud del sistema: la admisión de los principios amplía notablemente la capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico, en tanto que el sistema de las normas se encuentra en el listado de sus supuestos y consecuencias una limitación mayor en las respuestas que necesita el jurista.

20) Componentes: sirviéndonos del análisis de las normas prescriptivas efectuado por Von Wright, creemos que de los ocho elementos que el profesor finlandés comprueba en aquellas resulta imposible de verificar en los principios de la «autoridad» (el agente que emite la norma) y de la «promulgación» (dar a conocer la norma), y difícil verificar con exactitud el «contenido» (aquello que debe hacer, no hacer o se puede hacer) y la «ocasión» (localizadora espacial o temporal en que debe cumplir la norma); dicho esto sin perjuicio de que un análisis más detallado obligaría a efectuar otras precisiones respecto de los cuatro elementos restantes.

21) Funciones: siguiendo a Bobbio¹³³, existen cuatro funciones de los principios: la interpretativa, la integradora, la directiva o programática y la limitativa. Respecto de las normas, la función que claramente cumplen es la de regular directamente determinado supuesto de hecho, pero les es extraño el tener por objeto otras normas o suplir su ausencia.

¹³³ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 865.

22) La coactividad: los principios son enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas sin establecer sanciones, mientras que las normas se identifican por su carácter coactivo.

23) La formulación lingüística: las normas, en su existencia jurídica, requieren del enunciado lingüístico, en tanto que en los principios esta dimensión carece de trascendencia, atentos a que lo decisivo y problemático es la referencia a la realidad a que con ellos se alude.

24) Capacidad sistematizadora del derecho: las normas automáticamente no generan por sí mismas y entre ellas un sistema jurídico, sin embargo, todos los principios tienden a la formación de un sistema y a un esquema de jerarquización lógico. Así, en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación del sistema.

En esa línea de pensamiento coincidimos con el autor citado en defender a la teoría que llama «fuerte» respecto de los principios que llama «PDD», «principios en sentido estricto» o «principios fuertes», aun cuando convengamos que se puede admitir una teoría distintiva débil respecto de las normas con arreglo a otros tipos de principios que integran el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, continúa el autor citado, es posible hablar de reglas jurídicas preconstitucionales o supraconstitucionales que corresponden, necesariamente, a los principios fuertes y de reglas jurídicas constitucionales o infraconstitucionales: en estos dos tipos podremos hallar (contingentemente, dado que dependerá del ordenamiento jurídico que se describa) tanto principios débiles como normas jurídicas. Por supuesto que

es posible, y hasta frecuente, que las reglas supraconstitucionales o principios fuertes estén incorporados a los textos constitucionales, pero esa circunstancia no les hace perder el carácter intrínseco de supraconstitucionalidad.

Es así como la jurisprudencia se ha ocupado de dejar sentado esa diferenciación que venimos comentando¹³⁴.

En relación con ello, el profesor Dworkin¹³⁵ afirma que los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la de su peso o importancia, de manera que cuando los principios se interfieren el conflicto se resuelve según el peso relativo de cada uno, respecto de lo cual no puede pedirse una medición exacta y la ecuación debe resolverse en cada caso concreto. En esto no puede haber, por cierto, una medición exacta y el juicio de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del

¹³⁴«Ante la ausencia de texto legal expreso que regule el conflicto entre un adquirente por boleto y el acreedor del enajenante y la difícil armonización de los arts. 2355 y 2505 del CC (Adla XXVIII-B-1799) solo resta recurrir a los PÁG.D fuente válida integrativa del ordenamiento jurídico» (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Rosario, “Cereales Los Quirquinchos S.R.L. c / Castanetto, Edmundo J.”, J 78-4). «Los PÁG.D son pautas generales de valoración y no normas en sentido estricto. Están por encima del derecho positivo y existe una profunda controversia respecto si ellos son los principios universales admitidos por la ciencia, las generaciones recientes hasta que el caso dudoso encuadre en alguna regla o la identificación con el derecho justo natural. Existen PÁG.D a toda ciencia jurídica y aquellos que son propios de cada rama específica, a los que cabe apelar cuando no existe norma (art. 16 CC) . El legislador puede ignorarlos al sancionar una norma sin que por ello éste resulte inválida» (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala E, ED 121-168, 28-8-1985).

¹³⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, p.77.

concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.

Reiteramos que los PGD no son preceptos de orden ética, política, sociológica o técnica, sí elementos componentes del derecho¹³⁶. Son normas de valor genérico que orientan a la comprensión del sistema jurídico, en su aplicación e integración, siendo que algunos son de tamaña importancia que están expresamente contenidas en leyes como ya enunciáramos¹³⁷.

En este sentido, Rubens Limongi França¹³⁸ observa que en las obras de Nicolau Nazo y de Carlos Maximiliano tienen la preocupación de colocar los PGD como normas formuladas objetivamente con valor de generalidad, y no como simples enunciados oriundos de las convenciones subjetivas del juez.

Comulgamos con la idea de Joseph Raz¹³⁹, que distingue los principios a través de la noción de generalidad. En los principios, aquella es mucho más amplia que en las reglas o lo que vulgarmente llamamos

¹³⁶ Reale, Miguel Jr., *Antijuridicidade concreta*, Ed. Bushatsky, 1974, pp. 300-302.

¹³⁷ Reale dice: «Los principios generales no son reglas abstractas sino verdaderas normas con carácter imperativo» (*ibidem*). En esa misma línea de pensamiento véase Ráo, Vol. 1, pp. 307-314 y Pereira, Caio Mário da Silva, Vol. 1, pág. 66. Para Legaz y Lacambra «los principios generales del derecho no sólo constituyen un programa ni una reafirmación de normas anteriores, ni siquiera solo la expresión de una decisión política fundamental, sino elementos del orden jurídico positivo, que deben imponerse con validez normativa allí donde falte una norma legislada» (Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 571).

¹³⁸ França, Rubens Limongi, *Principios generales del derecho*, 2.ª edición, San Pablo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971, p.117.

¹³⁹ Raz, Joseph, *El concepto de Sistema Jurídico*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

leyes¹⁴⁰. Es por ello como los principios necesitan de «acuñación judicial o legislativa», aquello que permite otorgar al contenido la forma de positividad propia del ordenamiento jurídico. Los principios se ven, entonces, necesitados de la determinación principalmente jurisdiccional ya que, entendidos como *ratio legis*, su valor normativo aparece en la continuidad jurisdiccional.

El autor español Díez-Picazo¹⁴¹, sostiene que los PGD son simples ideas o criterios —ni siquiera convicciones—; son, en realidad, verdaderas normas jurídicas dotadas de cierta peculiaridad desde que reposan en un determinado modo de vida del grupo social al cual se aplican. Revelan, en suma, una cierta concepción del hombre y del mundo y se caracterizan por: 1) tener carácter básico en la organización; b) revelar de modo espontáneo el sistema de convicción en que reposa esa organización; 3) ser indiferentes a que se encuentren expresamente formulados en un texto legal.

En lo que respecta a los defensores de la Nueva Escuela del Derecho Natural, Germain Grisez y John Finnis, entendemos que los PGD podrían compararse a «los llamados “primeros principios prácticos” que operan como fuente de la normatividad de la ley natural» porque son conocidos por la autoevidencia, no resultando derivados de proposiciones enunciativas.

¹⁴⁰ Raz, Joseph, «Legal principles and the limits of law», Yale Journal, N.º 81, 1971/1972.

¹⁴¹ Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teorías del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1973, p. 131.

Hay autores que niegan a los PGD el carácter de normas y de fuente jurídica¹⁴². Para José Luis Villar Palasí¹⁴³, los PGD nada ordenan, son meras directivas informadoras del ordenamiento jurídico, por eso no son normas ni equiparables a normas generales.

Según Alexy, reiteramos, los principios son mandatos de optimización dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas o jurídicas, mientras que las normas son mandatos definitivos y al mandar una conducta determinada o definida es posible un cumplimiento pleno de ellas. En ese orden, el autor citado entiende que la distinción entre principios y reglas constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico¹⁴⁴.

En consecuencia, sostiene que la diferencia entre ambos radica en el nivel de cumplimiento: a) para el caso de los principios, el nivel de cumplimiento admite distintos niveles, lo que la norma ordena es que sea observado en la mayor medida posible, en otras palabras, que sea

¹⁴² Gomez, Orlando, *Introdução ao Estudo do direito civil*, Brasil, Ed. Forense, 1957; Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1974; Carrió, Genaro R., *op. cit.*

¹⁴³ Villar Palasí, José Luis, *Principios de derecho administrativo*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1973, p. 141.

¹⁴⁴ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 81.

optimizada; en tanto que b) para las normas no hay puntos intermedios, se cumplen o no.

Cuando mejor se percibe la diferenciación entre reglas y principios es en el momento de su aplicación: Juan Cianciardo¹⁴⁵, en su publicación, apunta que tal situación se da al momento de la colisión y conflicto con otras normas. Es así como, cuando colisionan dos reglas, la decisión conllevará la anulación de la regla preterida, por lo que la solución está introduciendo, en una de las reglas, una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declara inválida, por lo menos, a una de las reglas.

También Peczenik¹⁴⁶ insiste en que, si alguien está en una situación regulada por una regla, sólo tiene dos posibilidades: obedecer la regla en cuestión o no obedecerla. Un principio valorativo, por el contrario, establece un ideal que puede realizarse en un cierto grado, mayor o menor.

Los PGD son elementos normativos operantes en los casos concretos problemáticos, positivados o no en normas. No son máximas o reglas heurísticas. Son generales, sí, pero procedentes de una estimación objetiva, ética y social¹⁴⁷.

Es oportuno mencionar que, para algunos, los PGD no son principios extrapositivos¹⁴⁸ ya que, por definición, sólo son principios generales aquellos

¹⁴⁵ Cianciardo, Juan, «Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XXXVI, N.º 108, 2004, p. 1 y ss., *website*: www.laley.thomsonreuters.com, fecha de captura: 4-2-2020.

¹⁴⁶ Peczenik, Alexander, *op. cit.*, p. 92.

¹⁴⁷ Silveira, Alípio, *Hermenéutica del derecho social*, 1951, p. 384 *website*: <http://www.elderecho.com.ar>, fecha de captura: 4-3-2019.

¹⁴⁸ Lalaguna, Enrique, *Jurisprudencia y fuentes del derecho*, Vol. 1, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1969, p. 319.

encuadrables en uno o varios ordenamientos jurídicos, y su función y manifestación como tales lo serán respecto a este ordenamiento u ordenamientos. Es decir, y a manera de ejemplo, la indisolubilidad del matrimonio se considera principio general del derecho en la medida en que no aparezca en el sistema jurídico en cuestión un precepto que diga lo contrario, de manera que aquella formulación será otra cosa, un principio de derecho natural, pero ya no un PGD que pueda mediatizar el desenvolvimiento de las instituciones jurídicas, su uso y práctica y, en última instancia, su corroboración en el ámbito judicial.

Coincidimos con Yacobucci¹⁴⁹ en que lo expuesto lleva a expresar que estos principios no son algo innato, ni atributos que se cuelgan del árbol abstracto de lo jurídico, sino que resultan reconocidos en la experiencia, verificados en la realidad, incluida —claro está— la de la positividad normativa, en particular la constitucional. No es que los hechos los impongan, ni se trata de una legalidad fáctica o sociológica, sino que es la experiencia de la vida humana —su razón y sus bienes— la que permite conocerlos, desarrollarlos, adecuarlos y mejorarlos. Lo que de normativo tienen los principios no depende de los hechos sino de otorgar a la racionalidad de la persona humana su carácter de regla básica. Sin embargo, no se puede negar que la experiencia o los hechos sirvan, a la postre, como cierta comprobación de lo que se expresa en los principios.

¹⁴⁹ Yacobucci, Guillermo, *op. cit.*, p. 102.

3. Conflicto entre principios. Teoría de la ponderación

Partimos de la premisa, como ya lo apuntamos en páginas anteriores, de que los principios son mandatos de optimización. En cuanto tales, exigen «que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes». De este modo, su mayor o menor realización posible «está determinada esencialmente por los principios opuestos», por lo que «la determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio respecto a lo que ordena otro principio, se determina por medio de la ponderación». A juicio de Alexy, «la naturaleza de los principios en cuanto mandatos de optimización conduce inmediatamente a una conexión necesaria entre principios y proporcionalidad», de modo que «la naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad y viceversa». Dicho principio, añade, consta de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, todos los cuales «son expresión de la idea de optimización». Mientras los subprincipios de «idoneidad y necesidad se refieren a la optimización relativa a las posibilidades fácticas», el de proporcionalidad en sentido estricto «expresa lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas». Dichas posibilidades «están determinadas esencialmente por principios en conflicto», de donde «la determinación del grado adecuado de satisfacción de un principio en relación con las exigencias de otros principios se alcanza mediante la ponderación». De ahí que, profundiza el autor, «la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios». De lo expuesto emerge, a juicio de Alexy, la «ley de la ponderación», según la cual «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o

de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro», reconociendo, a ese respecto, una «escala triádica» de intensidades según que la afectación de un principio en un caso concreto sea «leve», «media» o «intensa». La respuesta a esa «gradación» la da, escribe Alexy, la «metáfora del peso» específico de cada principio en un caso concreto, el que establece, en razón de aquél, una «precedencia condicionada», esto es, «concreta o relativa» al supuesto de que se trata, lo que genera una regla que denomina «ley de la colisión» y que cabe formular como sigue: «Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente», de donde siempre que se configuren tales condiciones, será aplicable la regla generada bajo su amparo¹⁵⁰.

Cianciardo¹⁵¹, en la línea de pensamiento alexiana, sostiene que cuando un principio colisiona con otro, el juez no sólo no juzga sobre la validez sino que no puede, en cierto sentido, dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá luego de una ponderación la precedencia de una sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido. Es decir, aplicará un principio, en el sentido de preferirlo, y no otro dejando claro que su juicio de preferencia se vincula con las particulares circunstancias de la causa, de modo tal que en otro caso posterior —frente a otras circunstancias— aplicaría el principio que ahora resulta postergado.

¹⁵⁰ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, El principio de proporcionalidad, la dignidad humana y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un análisis desde la perspectiva de Robert Alexy, publicado en: SJA 22-3-2017, cita online: AR/DOC/4923/2016.

¹⁵¹ Cianciardo, Juan, «Principios y reglas...».

Según Riccardo Guastini¹⁵², la ponderación consiste en establecer, entre dos principios en conflicto, una jerarquía que presenta dos caracteres: una jerarquía axiológica y, al mismo tiempo, una jerarquía móvil.

Una jerarquía axiológica es una relación de valor creada no por el propio derecho (como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional mediante un juicio de valor comparativo; vale decir, mediante un enunciado dotado de la forma lógica «el principio p1 que el principio p2», por consecuencia, instituir una jerarquía axiológica se resuelve en atribuir a uno de los dos principios en conflicto un peso, un valor, una importancia ético-política mayor con relación al otro.

Como resultado, el principio que tiene más valor prevalece sobre el otro: este es aplicado, mientras que el otro es dejado de lado. El principio que sucumbe, si bien es dejado de lado (no es aplicado), en absoluto es declarado abrogado o inválido. En otras palabras, éste queda «con vida», es decir, en vigencia en el sistema jurídico, listo para aplicarse en otras controversias.

Por lo tanto, la ponderación no es precisamente una «conciliación». No consiste en poner de acuerdo, como en ocasiones se dice, dos principios en conflicto o encontrar un punto de equilibrio, una vida media entre ellos. No consiste en la aplicación ni en el sacrificio parcial de ambos. Uno de los principios es aplicado mientras que el otro es dejado de lado, momentáneamente inaplicable.

¹⁵² Guastini, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, Lima, Ed. Científica Peruana, 2016, p. 342.

Por otra parte, una jerarquía móvil es una relación de valor inestable o variable: una jerarquía que es válida para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría revocarse —y que a menudo lo es— en un caso concreto distinto (o en una clase de casos distinta).

El hecho es que para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no analiza el valor de dos principios en abstracto, de una vez por todas; no instituye entre ellos una jerarquía fija o permanente sino que se limita a analizar la justicia de las consecuencias de la aplicación de uno u otro principio en el caso concreto.

Como resultado, el conflicto no es resuelto de manera definitiva: toda solución es válida sólo para una controversia particular —para una (presunta) antinomia entre la Constitución y una ley específica—, de manera que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras en las que están implicados los mismos principios, pero una ley distinta.

Juan Ruiz Manero¹⁵³ expone que «ante supuestos, de inexistencia o de inadecuación de las reglas preexistentes, es la ponderación entre principios lo que determina la regla que se construirá para resolver el caso». El autor referido lo denomina «teoría estándar de la ponderación» y trata sobre lo que el propio derecho exige y hace posible: «una deliberación que nos posibilite determinar fundadamente la prevalencia de un cierto principio en los supuestos de concurrencia de más de uno de ellos».

¹⁵³ Ruiz Manero, Juan, «Imperio de la ley y ponderación de principios», Juan P. Alonso (coord.), Buenos Aires, Ed. Astrea, 2018, p. 28 y ss.

Esta tesis estándar, continúa Ruiz Manero en su exposición, tiene como núcleo una jerarquía armónica que establezca la prevalencia de cada uno de ellos frente a otros, eventualmente concurrentes, en base a clases de casos (genéricos). Así la teoría deviene a regla que determina la prevalencia, en los casos que presenten ciertas combinaciones de propiedades, de alguno de los que resulten concurrentes¹⁵⁴. Ahora bien, apunta el autor que, como las reglas resultan de operaciones de balance entre principios llevadas a cabo por órganos jurisprudenciales, no son, por lo tanto, absolutamente estables sino relativamente estables, ya que depende su estabilidad de que el caso individual presente las propiedades contempladas en la regla.

Al límite de la relatividad de la regla se le agrega otro límite que trata de que hay algunos principios que no entran en ninguna clase de ponderación, «principios imponderables» que ocasionan «tensiones irresolubles»¹⁵⁵. Así, la tensión irresoluble entre principios se da en el contexto de imposibilidad de generar una regla relativamente estable. El principio de respeto a la dignidad humana, la prohibición del abuso del derecho, el fraude a la ley o la desviación, son principios imponderables, es decir, no pueden verse desplazados en el caso que se considere, por algún otro principio, concurrente.

¹⁵⁴ Ruiz Manero da como ejemplo que la regla elaborada por el tribunal constitucional español atiende a que, en supuestos de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, prevalece la primera sólo si la información tiene relevancia pública, es veraz y se comunica sin emplear expresiones injuriosas, mientras que basta con que esté ausente uno de estos tres requisitos para que prevalezca el derecho al honor (*ibidem*).

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 31.

Sobre el asunto de los principios imponderables, verbigracia, dignidad humana, entre otros, expondremos algunas reflexiones en el capítulo II, dentro del tema función integrativa de los PGD.

CAPÍTULO II

Su reconocimiento práctico

Cuatro características corresponden al juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente.

Sócrates

1. Las funciones de los PGD

Ya superada la valla de las definiciones y de las posiciones doctrinarias en torno a la naturaleza jurídica, la doctrina es conteste a la hora de reconocer la importancia de las funciones de los PGD.

Parafraseando a Manuel Rebollo Puig¹⁵⁶, conviene hacer una aclaración previa: 1) no todos los principios cumplen todas las funciones sin que por ello dejen de ser PGD y 2) no todo lo que cumple alguna de esas funciones es llamado PGD.

Sin perjuicio de llamar «funciones» de los PGD, creemos oportuno aclarar que sería conveniente, en su lugar, hablar de «diferentes manifestaciones de una única función de los PGD cuál es la de fuente del derecho»¹⁵⁷. Pero dado el grado de aceptación que la terminología ha enraizado, utilizaremos la de «funciones de los PGD». De hecho, las distintas formas de actuar en el tráfico jurídico no se desprenden en tanto cumplan otras funciones a las de las normas.

¹⁵⁶ Rebollo Puig, Manuel, *op. cit.*

¹⁵⁷ Beladiez Rojo, Margarita, *op. cit.*, p. 96.

Coincidimos en reconocer que los PGD son una alta fuente del derecho a pesar de no haberlos incluido en el nuevo art. 1.º del CCCN.

El profesor Bobbio¹⁵⁸ encuentra las siguientes funciones:

1) interpretativa: como cuando recurrimos a un principio constitucional para resolver una cuestión en un sentido y no en otro;

2) integrativa: tema conectado a las lagunas del derecho;

3) directiva: que es la propia de los principios programáticos de la constitución;

4) limitativa.

Otros, como Rezzónico¹⁵⁹, entienden que los PGD tienen una función basilar ya que fundamentan y actúan como sostén respecto de diversos institutos jurídicos.

Por su parte, Jean Boulanger¹⁶⁰ señala como función de los PGD que:

a) sirven como criterio de interpretación de la norma legal;

b) actúan directamente cuando no existe norma que regle una determinada situación, teniendo en cuenta la obligación de fallar del juez;

c) significan por su fuerza ética, valiosos elementos jurídicos de orientación.

En el derecho español, De Castro y Bravo¹⁶¹ —guía que debemos considerar directriz—, hablaba, antes de la reforma de 1974 en España, de una

¹⁵⁸ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 895 y ss.

¹⁵⁹ Rezzónico, Juan Carlos, *Principios fundamentales...*, p. 58.

¹⁶⁰ Boulanger, Jean, «Principes généraux du droit et droit positif», en *Études offertes à Georges Ripert*, Tomo 1, N.º 15, 1950, *website: www.academia.edu*, fecha de captura: 21-6-2019.

triple función de los principios generales del derecho, como «fundamento del orden jurídico, orientadores de la labor interpretativa y fuente en caso de insuficiencia de ley y costumbre». Esta teoría, anticipada por el citado catedrático, ha sido recepcionada en el texto actual del Código Civil español.

Es así como, en ese sentido, cumplen:

1) Una función informadora: cuando los principios generales del derecho se observan desde la óptica de su función informadora, fundamentadora del ordenamiento jurídico propiamente, deben valorarse como «superfuente» o fuente de las fuentes¹⁶² e, indirectamente, están presentes en la ley o costumbre aplicables.

Esa función informadora, en palabras del profesor español citado, convierten a los PGD en *flatus vocis*, o de pintados signos de mandatos y reglas de conducta, y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un inconexo articulado. Determinan el modo en el que lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas.

Es por ello por lo que, cuando se habla de su función informadora, se hace referencia a que sirven de directriz a las leyes¹⁶³. Su carácter informador

¹⁶¹ El citado autor de nacionalidad española realizó un aporte valiosísimo al tema de las funciones de los PGD, arrancándolos del lugar de fuente supletoria del derecho a falta de ley o costumbre y situarlos en un lugar esencial del ordenamiento.

¹⁶² Arce y Flores Valdéz, Joaquín, *op. cit.*, p. 59.

¹⁶³ El carácter informador de los PÁG.D está reconocido por nuestra jurisprudencia en el fallo de la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, con votos de los Dres. Ulla; Álvarez; Baraguirre; Falistocco; Iribarren y Vigo, “Sánchez Granel Ingeniería S.A. vs. Pcia. de Santa Fe”, en fecha 24-6-92. Se sostuvo que «en el campo del derecho administrativo se resiste la búsqueda con fines de integración de normas de derecho privatístico, en razón de su fundamental inspiración en el principio de paridad de situación entre los particulares y de la exclusiva consideración de su utilización con

es el que funda, normalmente, su función interpretativa porque las leyes, si han de estar informadas por aquellos principios, han de interpretarse en el momento de su aplicación, conforme a los mismos.

Melero advierte que de ello deriva que se les reconoce carácter informador, el cual radica en que el legislador, al avocarse a la tarea de normativizar la vida jurídica de un país, parte siempre —aún sin saberlo— de los principios generales, debiendo tener en cuenta el orden social (convicciones, necesidades y fines sociales)¹⁶⁴.

2) Como orientadores de la labor interpretativa cumplen la función de criterio interpretador de ley y costumbre.

3) Como fuente cumple una función integradora. De esta manera, el Código Civil español de 1889 señalaba en la redacción original en su art. 6º, párrafo segundo, que «Cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho». Tras la reforma de 1974, el art. 6.º fue sustituido por el art. 1.º, que en su número 1.º dispone que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho», y en su número 4.º previene que «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley y costumbre, sin perjuicio de su

prescindencia del interés público, predominante en el derecho administrativo. Se recurrirá a él pues, con especial cautela, sin perder de vista nunca el interés prevalente, aplicando aquellas que comporten a su vez, aplicación de principios generales del derecho, informadoras de todo el ordenamiento jurídico».

¹⁶⁴ Citado en De los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Ed. Bosch, 1965, p. 562.

carácter informador del ordenamiento jurídico». (Reconocer positivamente esta función informadora es, tal vez, influencia del profesor De Castro y Bravo.

Coincidentemente, Roberto Jiménez Cano¹⁶⁵ considera la función integradora como la más importante reconocida en el Código Civil español.

Es, tal vez, la función que más han cumplido y para la que se han utilizado en forma más intensa, al empleárseles como test de una determinada solución para un caso.

Al amparo de ese planteamiento se defendió en la doctrina comparada no solo el carácter supletorio de los principios en cuanto fuente sino, incluso, una subsidiariedad rígida o restrictiva (jerárquica), por cuanto entrarían en juego exclusivamente a falta de ley y de costumbre, con la única laxitud que proporcionaba que la ley a suplir habría de ser «exactamente aplicable al caso»¹⁶⁶.

Quizás, por semejante concepción generalizada, constituyó un revulsivo ante aquel texto legal la doctrina defendida por De Castro y Bravo, que dotó a los PGD de unas funciones mucho más amplias y trascendentes que las de mera supletoriedad, fundándose más bien en la propia naturaleza de estos que en la literalidad de la expresión legal.

Otros autores, ya en nuestro ámbito territorial, consideran que una de las funciones de los PGD radica en ser «oxigenadores del sistema».

¹⁶⁵ Jiménez Cano, Roberto M., «Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración del Derecho Español», en *Revista telemática de filosofía del derecho*, N.º 3, Madrid, 2000, p. 11.

¹⁶⁶ Arce y Flores Valdéz, Joaquín, *op. cit.*, p. 52.

En esa línea cabe recurrir a la propia experiencia en el ejercicio profesional, cuando a diario vemos que aún el ordenamiento jurídico más previsor encuentra algunas desactualizaciones originadas por los cambios sociales y/o de política gubernamental.

Consecuentemente, todo ordenamiento positivo, en mayor o menor medida, posee lo que se ha calificado como organismos respiratorios. Ellos permiten su adaptación a nuevas circunstancias que no pudo prever el legislador.

Con relación a este punto, Del Vecchio aclara: «La vida de ese organismo tiene como condición —alude al mundo jurídico—, según dijimos, una cierta posibilidad de renovarse, lo cual se facilita por la presencia en él de organismos respiratorios -según la acertada metáfora de Polacco- o sea, de conceptos capaces de asumir en la unidad de su propia significación, un contenido empíricamente variable. Tales conceptos, que otros han llamado “conceptos válvulas” (Wurzel), y también “órganos de adaptación” (Donati), sirven precisamente para mantener el necesario equilibrio (no estático sino dinámico) entre el sistema jurídico y los elementos que lo rodean, como el concepto de buenas costumbres o el de “orden público”, sino que se ha limitado a referirse a ellos “*sic et simpliciter*” dándoles premeditadamente cierta elasticidad”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Citado en Peyrano, Jorge W., *op. cit.*, p. 27.

A mayor abundamiento, expresa Roscoe Pound¹⁶⁸, es que los principios «se utilizan para suministrar nuevas normas, interpretar las antiguas, encarar nuevas situaciones, medir el ámbito de aplicación de las normas y reglas y coordinarlas cuando se oponen o se superponen». La descripción es exacta, pero debe agregarse como notas definitorias que son directamente operativos y limitados en número.

Los PGD se aplican directamente, no sólo en el caso de laguna legal sino siempre que sea necesario resolver conforme al valor en el contenido. Y ello puede suceder tanto en el ejercicio de cualquiera de las tres típicas funciones, como en la, no menos importante, de permitir su aplicación directa en aquellos casos en los que cualquier acto jurídico (sea o no normativo) lo desconozca.

Se ha entendido que los PGD cumplen una función sistematizadora por cubrir amplios tramos de la vida jurídica. Esta función puede desempeñarse: a) inmediatamente, si están consagrados en forma explícita por el derecho positivo; b) mediatamente, si se recurre a ellos como derecho supletorio o como derecho superior en los casos de control constitucional¹⁶⁹.

1.1 Los PGD como fuente o fundamento del derecho: ¿supletoriedad o superfuente?

¹⁶⁸ Pound, Roscoe, *Introducción a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1962, p. 98.

¹⁶⁹ Guastavino, Elías, «Sistema y axiología del Derecho Civil», en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 138, Buenos Aires, 1977, p. 1035 y ss.

En su *Tratado de filosofía del derecho*, Legaz y Lacambra¹⁷⁰ advierte sobre la complejidad del concepto de «fuentes del derecho», identificando entre otros sentidos posibles los de «fuente de conocimiento», «fuerza creadora», «autoridad creadora», «acto concreto creador», «fundamento de validez jurídica», «forma de manifestación normativa» y «presupuesto de un derecho subjetivo».

En este sentido, el autor citado entiende que los principios del derecho encuadran en la clasificación de las fuentes, especialmente cuando se los considera como fundamento del derecho. De todos modos, reconoce que pueden participar de la noción técnica de fuente cuando se revisten de carácter «subsidiariamente normativo» por disposición del legislador o actualización del juez en el acto de sentenciar.

Sin perjuicio de que se ha incorporado a los PGD como pautas de interpretación (art. 2.º del CCCN), consideramos que, a pesar de ello, deberían haber sido incluidos en el art.1.º del cuerpo codificador, ya que conservan su función de fuente del derecho. Los codificadores no buscaron restringir su función a la de interpretación, sino que, entendemos, siguen siendo fuente de derecho válida.

En este sentido, podemos decir que al ser tan importantes los principios para el sistema jurídico, creemos, siguiendo a Vigo, que hubiera sido muy interesante su inclusión al artículo primero, en la nómina de las fuentes. De

¹⁷⁰ Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 526.

esta forma se hubieran validado expresamente las funciones integradora, correctiva y validadora de reglas¹⁷¹.

Es decir que, en materia estrictamente normativa, estos principios en el CCCN parecerían ser pautas de interpretación por su ubicación, pero, ya adelantamos, su función en relación con la técnica legislativa utilizada por los codificadores es ostensiblemente más amplia.

Por lo tanto, fluye que los PGD son fuente supletoria en la que el intérprete llega a la solución del caso a través de ellos. Y es allí donde, en carne viva, la función integradora se relaciona con la plenitud y complejidad del orden jurídico.

Es sabido que la aparición de los principios como fuente de derecho surge ante la imposibilidad práctica de que los textos legales regulasen, agotadamente, todos los supuestos de hecho que se pudieran plantear.

Vigo¹⁷² resalta que en el derecho comparado el Código Civil español, en su Título Preliminar, le reconoce a éstos su «carácter informador del ordenamiento jurídico; el Código Civil de Quebec dispone su vigencia: “en armonía con los PGD”»; el Código Civil alemán rechaza una aplicación «inconciliable con los P esenciales del derecho Alemán». Por tanto, dice el autor, y coincidimos, hay un reconocimiento tímido a los mismos en nuestra codificación, es decir, «se ha perdido una excelente oportunidad para

¹⁷¹ Vigo, Rodolfo L., «Comentarios al capítulo 1 del Título Preliminar», en *Análisis del proyecto del nuevo CCyC*, Buenos Aires, El Derecho, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, 2012.

¹⁷² Ibidem.

incorporarlos en forma expresa como fuentes de derecho en nuestro Título Preliminar».

Cuando se encuentran recogidos por los códigos nacen con una vocación de fuente jurídica supletoria de la ley y de la costumbre, que entran a regir estrictamente a falta de las primeras y respetando ese orden jerárquico¹⁷³.

Cuando el operador del derecho debe dictar una cuestión que no está resuelta por norma legal y consuetudinaria, los PGD sólo le proporcionan una fuente remota de inspiración para la decisión que ha de tomar y un fundamento último en que apoyarse. Fijan, también, un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Pero, por su alto grado de abstracción, los PGD no pueden suministrar la solución exacta del caso, la cual en gran medida deberá ser obra de la actividad creadora del juez.

Al hablar de los PGD como fuente, la raíz del problema reside en saber ante qué tipo de fuente estamos presentes. Vigo¹⁷⁴ sostiene que no cabe negar a los PGD el carácter de fuente formal cuando remiten a la solución de un caso no contemplado, adecuadamente, en la ley a esos principios.

Otros autores, en doctrina comparada, en cuanto a que los PGD se manifiestan en el ámbito de su función integradora, consideran que no son, en absoluto, fuente formal de derecho. La verdadera fuente jurídica ha de ser —en este caso y por hipótesis— la norma a cuya interpretación contribuyen. Por eso, en tal función, los principios, lejos de actuar como verdadera fuente,

¹⁷³ Es el caso del art. 1.1 del Código Civil español tras la reforma introducida en su Título Preliminar, en 1974.

constituyen un criterio para la aplicación de la fuente que directamente corresponda. Y es así cuando en el art. 3.1 del CC de España se establece que «las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas»; en este elemento sociológico de interpretación normativa se pone en juego «el espíritu de la comunidad en cada momento histórico», «la conciencia moral de un pueblo» y, con ello, posiblemente adquiera relevancia algún principio general del derecho, pero no se está aplicando de suyo tal principio como fuente, sino la norma interpretada conforme al principio. Es, consiguientemente, aquella y no ésta la genuina fuente jurídica en tales casos. Aunque, eso sí, sea el principio el que da verdadero sentido y otorgue su contenido real a la norma a través de su interpretación¹⁷⁵.

Contrariamente, y en nuestra opinión, cuando los PGD se observan desde la óptica de su función informadora, fundamentadora del ordenamiento jurídico, propiamente deben valorarse como superfuente o fuente de las fuentes. Son, en definitiva, y si se quiere, una fuente inmediata. La inmediata fuente del derecho va a ser la norma que inspiran o con cuyo fundamento principal se elabora la fuente próxima, según anteriormente se ha hecho notar.

Pero al hablar de fuente supletoria debemos agregar que se trata de una fuente material básica y primaria de nuestro ordenamiento jurídico¹⁷⁶ capaz de adquirir primacía, en un puro orden jerárquico sobre la ley y la costumbre, con

¹⁷⁴ Vigo, Rodolfo L., «Comentarios al capítulo 1...».

¹⁷⁵ Arce y Flores Valdéz, Joaquín, *op. cit.*, p. 59.

¹⁷⁶ Señala Antonio Gordillo Cañas que «los principios son contenido, y no cauce regulador, es decir, son fuente, pero no formal, sino material de derecho, por ello tienen vocación *informadora* del ordenamiento» («Ley, principios generales y

virtualidad para matizarlas, con fuerza para generarlas, con potencialidad para invadirlas. Para la doctrina española, los PGD son los que la Constitución española configura como tales: la justicia, la libertad y la igualdad (art. 1.1) y la dignidad de la persona humana (art. 10.1) y, en ese supuesto, se estaría en presencia de una «superfuente» por cuanto pueden ser fuente de las mismas fuentes.

Así las cosas, la función estructural de los PGD como fundamento de todas las demás o superfuente, claramente se vislumbra en el principio de dignidad que conforma la base de los derechos humanos, noble y destacada condición del orden político y de la paz social. Noción esta tan inminente que es concebida por Karl Larenz¹⁷⁷ como «fin último del derecho y presupuesto de su desarrollo».

Habitual es que la doctrina señale y sistematice las funciones de los PGD. Para De Castro y Bravo, autor ya citado, actúan primero como fundamento del ordenamiento jurídico, en segundo lugar, como orientadores de la labor interpretativa y, por último, como fuente en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre. Así lo suelen repetir los autores españoles, aunque con variantes y adiciones.

Seguidamente analizaremos esas funciones y otras, pero aclaramos, en primer lugar, que no todos los principios cumplen todas esas funciones sin que por ello dejen de ser PGD. Y, en segundo lugar, que no todo lo que cumple alguna de esas funciones es un PGD. Por tanto, ni todas ellas son

Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho», en *Anuario de derecho civil*, Vol. 41, N.º 2, 1988, p. 508).

consustanciales a los principios, ni los identifican suficientemente. Además, por diversas razones, las despliegan de forma variable según los sectores del ordenamiento. Así, por ejemplo, se suele decir que el derecho administrativo es predominantemente principal, con lo que se alude no a que en él haya más principios generales que en derecho civil o penal, sino a una mayor función de ellos en este sector del ordenamiento que en los otros. Incluso varía el que sea más importante una u otra función según la escasez o abundancia de normas escritas: la escasez de normas potencia la función supletoria; el exceso de normas potencia todas las demás funciones. Asimismo, la efectiva medida en que despliegan sus funciones depende de otros factores, entre ellos el de la posible colisión con otros principios que, como antes se explicó, no puede resolverse en virtud de una abstracta jerarquización.

Conviene aclarar también que, en todas estas funciones, no sólo en la primera, está presente la de servir para relacionar y sistematizar los distintos elementos del ordenamiento, entre ellos la infinidad de normas, y así estructurar y vertebrar el ordenamiento en su conjunto. Esto es absolutamente determinante, pues compréndase que exactamente con las mismas piezas se pueden construir edificios muy distintos según cómo se las disponga y coloque. Y así los PGD, con los mismos elementos, pueden conformar ordenamientos diferentes.

Esta función estructural es, en realidad, la más importante, la que explica y fundamenta todas las demás y, en el fondo, la que condensa a todas ellas¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia...*, p. 42.

¹⁷⁸ Arce y Flores Valdez, Joaquín, *op. cit.*, p. 55.

Así las cosas, esta función vertebradora consiste en que los PGD funcionan como un criterio axiológico fundante del sentido jurídico de la norma. Lo que implica darle un sentido, una dirección tendiente a la realización de determinados valores. Conforme a esta función, los PGD son el fundamento del ordenamiento jurídico. El legislador se inspira en alguno de estos principios para redactar una norma a su semejanza, entendiendo algunos que, en estos casos, los principios operan como superfuente de la normatividad¹⁷⁹.

Autores nacionales como Rezzónico¹⁸⁰ entienden que los PGD son fuente primaria del derecho, por ser los inspiradores de todo el sistema jurídico, asignándoseles el cometido de suplir las fuentes —escritas o no— a la vez que darle sentido y presidir su interpretación.

Por su parte, Legaz y Lacambra¹⁸¹ reconoce la eficiencia de los principios generales como fuente jurídica, y ello, aunque no aparezcan expresamente mencionados por la ley o se encuentren condensados en normas jurídicas incompletas, como las declaraciones de los principios. Por ello se sostiene que los principios «valen antes de la ley y después de la ley», por lo que son fuente de derecho en sentido radical, es decir, en el sentido de fundamento.

Contrariamente, Beladiez Rojo¹⁸² pregona la idea de considerar insostenible los PGD como fuente de las fuentes y parámetro de validez de todo lo jurídico. Tratar de elevar los PGD a la categoría de «superfuentes» y

¹⁷⁹ Gambero, Stella y López Mesa, Roberto, *Someras reflexiones en torno a los PGD, su alcance y aplicación*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

¹⁸⁰ Rezzónico, Juan Carlos, *Principios fundamentales de...*

¹⁸¹ Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 590.

deducir, de su carácter fundamentador, «una eficacia jurídica tal que no es sólo directiva del ordenamiento jurídico, sino también que es —o puede serlo— invalidatoria o derogatoria de normas singulares, sería claramente inconstitucional, pues supondría desconocer el valor que la norma fundamental otorga a la ley como fuente del derecho. Conviene recordar, además, que lo único que puede determinar la invalidez de una ley es la infracción de la Constitución o, mejor dicho, del bloque de constitucionalidad».

No obstante, Arce y Flores Valdez¹⁸³ considera que los PGD son los que la Constitución configura como tales: la justicia, la libertad, la igualdad, la dignidad de la persona humana. Por ello es lógico que le atribuya el carácter de superfuente. Pero se pregunta: ¿no tendría el mismo carácter que los otros principios a los que Arce denomina «principios normativos», entre los que incluye el principio de legalidad, el principio de seguridad jurídica, la jerarquía normativa, y todos los demás principios reconocidos por la Constitución, a pesar de no ser —en opinión de ese autor— generales del derecho? Y las normas constitucionales que no son principios jurídicos, ¿no tendrían también esa primacía? Por otra parte, esta identificación de los PGD con los «valores superiores» plantea importantes problemas prácticos pues, en última instancia, puede significar la ineficacia real de los mismos. Es evidente que, a mayor indeterminación y abstracción más difícil sería su aplicación. Encontrar un acto que vulnere la «justicia» abstractamente considerada, va a ser mucho más difícil que encontrar un acto que infrinja, por ejemplo, la seguridad jurídica, o la

¹⁸² Beladiez Rojo, Margarita, *op. cit.*, p. 102.

¹⁸³ Arce Flores y Valdéz, Joaquín, *op. cit.*, p. 56.

buena fe o la proporcionalidad. En opinión de Beladiez, esta equiparación entre valores y principios jurídicos, o bien reduce la aplicación práctica de los mismos a supuestos muy específicos en los que la contradicción con la justicia, la libertad, la igualdad, la dignidad de la persona humana sea evidente y carezca de toda justificación (lo que en la práctica va a ser bastante raro), o bien se acoge a una interpretación amplia de los mismos, lo que presenta todavía mayores problemas. Adoptando esta amplia interpretación, cualquier acto puede ser contrario a los valores a los que nos estamos refiriendo. Así, el principio de autonomía de la voluntad podría alegarse como manifestación del principio de libertad y, dada la primacía de éste, por ejemplo, invalidar todas las determinaciones que en materia testamentaria establece el Código Civil con carácter imperativo. Estas consecuencias impedirían, en nuestra opinión, reducir los PGD a los valores superiores.

Salvador Dana Montaña¹⁸⁴ agrega que la prelación de la ley sobre los PGD es uno de los principios fundamentales de nuestra constitución porque la única fuente positiva del derecho es la ley, entendida en sentido amplio.

Al respecto, Arce y Flores Valdez¹⁸⁵ trae a colación un ejemplo a través del cual no se le pudo restar brillo propio a los PGD en cuanto a fuente del derecho. Es así como comenta lo ocurrido en España, respecto a la necesidad de recurrir a esta fuente principal para resolver las hipótesis planteadas, con

¹⁸⁴ Dana Montaña, Salvador, *Los principios generales y la prelación de las normas jurídicas*, Tomo 92, Buenos Aires, La Ley, 1958, p. 804.

¹⁸⁵ Arce y Flores Valdez, Joaquín, *op. cit.*, p. 60.

ocasión del desarrollo de las nuevas técnicas de fecundación artificial humana¹⁸⁶.

Sin embargo, Beladiez Rojo¹⁸⁷ entiende que los principios jurídicos — sinónimos de los PGD— son, precisamente, ideas jurídicas de la comunidad, principios, además, que constituirán auténticas fuentes del derecho sin necesidad de seguir ningún procedimiento de positivización. Como expresivamente ha dicho De Castro y Bravo¹⁸⁸, el trámite de positivización va unido a su propia existencia-vigencia social.

En tanto, para nosotros, del postulado del art. 16 del Código Civil Veleziano parecería que la supletoriedad vence ante cualquier viso de superfuente ya que, mediante una interpretación de ese articulado en forma ordenada y escalonada de las expresiones allí enunciadas, los principios jugarían, luego de superadas las vallas de la letra de la ley, de su espíritu, de la analogía. Cabe aclarar lo que venimos sosteniendo respecto a que no se encuentran plasmados puntualmente en el art. 1.º del CCCN.

¹⁸⁶ Arce Flores y Valdéz agrega que se debió recurrir a los PÁG.D en el supuesto hasta la promulgación de la Ley de 22-11-1988 sobre técnicas de reproducción asistida. En los momentos precedentes a esta ley, ya no resultaba indiscutible siquiera el clásico criterio romano del *mater semper certa est* o criterio del parto, dada la posibilidad del alquiler de úteros o alquiler de madres. La solución a través de los PÁG.D, desde la perspectiva del hijo nacido, primordialmente, y no desde la de los padres como habitualmente se presenta la cuestión, puede apoyar un interés del hijo que, en su momento, también ha servido para iluminar la solución de los llamados hijos ilegítimos. Asimismo, en otro momento histórico, en base a los PÁG.D se inicia el camino de posibilitar la reparación del daño moral, pese a la ausencia de ley expresa al caso (cfr. STS 6-12-1912 y García Serrano, Francisco de A., «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», en *Anuario de derecho civil*, 1972, p. 280). Análogo recurso a los PÁG.D exige hoy la resolución del problema jurídico de la transexualidad, por citar un ejemplo.

¹⁸⁷ Beladiez Rojo, Margarita, *op. cit.*, p. 44.

Pero si adoptamos una mirada integradora de todo el sistema jurídico, no solo centrando el tema en lo civilista, comulgaríamos en sostener que la eficacia de los PGD en su tarea de «fundamento del orden jurídico» —eficacia derogatoria y directiva—, convierte a los PGD en un más allá de la simple subsidiariedad que se pretende¹⁸⁹.

Los PGD, por tanto, en su gran mayoría, no están declarados en las normas jurídicas, pero están en ellas implícitos, pudiendo descubrirse mediante el análisis de los subsistemas componentes del sistema jurídico.

Sin embargo, muchos de esos principios se encuentran prescriptos en normas, tal es el caso que cita Diniz¹⁹⁰: el art. 3.º de la Ley de Introducción al Código Civil de Brasil que dispone que «nadie se excusa de cumplir la ley, alegando que no la conoce»; o el art. 85 del CC de ese país, que indica que «en las declaraciones de voluntad se atenderá más a la intención que al sentido literal del lenguaje»; o el art. 5º, II, de la Constitución Federal del Brasil que contiene en sí un principio de legalidad, al decir que «nadie será obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de la ley»¹⁹¹.

A guisa de ejemplo, la autora citada enuncia algunos principios que están contenidos en el sistema jurídico civil brasilero: a) el de moralidad, que impone deberes positivos en la obligación de actuar y negativos en la abstención de ciertos actos contrarios a los sentimientos colectivos, siendo que

¹⁸⁸ De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil en España...*, p. 417.

¹⁸⁹ En igual sentido, y con firmeza, dicha concepción se encuentra recogida por el art. 1, apartado 4, del Código Civil español en su vigente redacción, que debe su inclusión gracias a la teoría sostenida por De Castro y Bravo.

¹⁹⁰ Diniz, María Helena, *op. cit.*, p. 133 y ss.

¹⁹¹ La traducción nos pertenece.

el de moralidad administrativa está previsto en la Constitución Federal de 1988, arts. 5 LXXIII, 37 cap. 3 2º, y 85 V; b) el de igualdad de los derechos y deberes frente al ordenamiento jurídico; c) el de la prohibición *locupletamento* ilícito; d) el de la función social de la propiedad (CF/88 arts. 5 XXIII, 182 e, 184/185 párrafo único y 186); e) el de que nadie puede transferir o transmitir más derechos del que tiene; f) el de que la buena fe se presume y la mala de debe ser probada; g) el de preservación de la autonomía de la institución familiar; h) el de que nadie puede invocar su propia malicia; i) el de exigencia de la justa causa en los negocios jurídicos; j) el de que el daño causado por dolo o culpa debe ser reparado; k) el de que las obligaciones contraídas deben ser cumplidas —*pacta sunt servanda*—; l) el de los presupuestos de responsabilidad civil; m) el de que ejercita su propio derecho no perjudica a nadie; n) el de equilibrio de los contratos, que condena todas las formas de onerosidad excesiva para uno de los contratantes; o) el de autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar; p) el de la intangibilidad de los valores de la persona humana o el del debido respeto a la personalidad humana¹⁹².

A fin de colocar en relieve la magnitud de estos PGD, juzgamos de buen arbitrio citar algunos ejemplos que han existido en el derecho comparado:

a) La Corte de Casación de Bélgica, por estimar que el «principio de continuidad de estado» es más importante que las prescripciones constitucionales en la misma explícitas, mediante un arresto de 14-2-1919 consideró como válidos los decreto-leyes del Rey Alberto, más o menos en la época de ocupación de Bélgica durante la guerra de 1914-1918, jugando a que

¹⁹² Reale, Miguel Jr., *op. cit.*, p. 301.

la Constitución estatúa que para los períodos normales, y no para las circunstancias excepcionales, impedían a las Cámaras legislativas de funcionar.

Ya decíamos que la libertad de los contratos es un PGD del cual se infiere toda obligación, que para ser sancionada por el derecho debe ser libremente consentida, y que toda obligación, a partir del momento en que es libremente asumida, debe sancionarse jurídicamente. De ahí los siguientes postulados: 1) los individuos son libres para contratar o no contratar; 2) es nulo el contrato sin consentimiento libre; 3) el contenido de un contrato pertenece libremente a la determinación de las partes contratantes; 4) en caso de conflicto interespacial de leyes, los contratantes son libres de elegir la ley aplicable a ese acuerdo; 5) el juez, al aplicar el contrato, está obligado a atarse a la intención común de las partes contratantes.

Ahora, reconocido ese principio de libertad de contratar, pueden surgir grandes dificultades en cuanto a su aplicación en ciertos casos. Por ejemplo, en el sistema argentino sabemos que las locaciones urbanas destinadas a vivienda no pueden exceder de los tres años¹⁹³. En este caso, transcurridos tres años se da por finalizado el contrato, tutelándose así la libertad humana (principio de intangibilidad de los valores de la persona humana) sin que nada impida, que finalizado el plazo, se haga un nuevo contrato entre las mismas partes por el mismo período de tiempo. Si, con todo, el contrato fuera celebrado por más de tres años, estaremos al plazo determinado por la ley.

1.2 La función integrativa

Se ha dicho que el CCCN es un Código de principios y que en cada institución establece disposiciones generales. El tema propuesto parte de la idea de la plenitud del ordenamiento jurídico, conforme el cual el derecho positivo no padece lagunas ya que —como más adelante veremos— pueden completarse a través de los PGD. En consecuencia, estos principios informadores de cada institución nos deben servir de guías para integrar el derecho y encontrar la solución en el caso dado.

La técnica legislativa de normas abiertas utilizada por los redactores, que permite economizar normas, necesita de ellos como orientadores para arribar a soluciones.

Dentro de la clasificación efectuada por Bobbio¹⁹⁴, encontramos como función de los PDG la «integrativa», y ello tiene relación estrecha con el tema de las lagunas del derecho.

Esta función es de gran importancia porque se eleva a los PGD a la categoría de fuente subsidiaria del derecho como distinta a la ley.

Díaz Couselo¹⁹⁵ sostiene que el problema de las lagunas se plantea tanto cuando no existe en el ordenamiento positivo una norma que prevea el caso en consideración, como también si la aplicación de la que aparentemente lo considera produce resultados opuestos a aquellos que se propuso, contrarios a los fines perseguidos por el sistema o en desacuerdo con las

¹⁹³ Ley 27551, publicada el 30 de junio de 2020 en el *Boletín Oficial*.

¹⁹⁴ Bobbio, Norberto, *op. cit.*

¹⁹⁵ Díaz Couselo, José María, *op. cit.*, p. 14

valoraciones vigentes, de tal manera que una misma cosa puede ser y no ser al mismo tiempo. En estos supuestos el órgano jurisdiccional debe buscar y hallar la norma pertinente para aplicar, aunque ella no haya sido formulada anteriormente, pero sin dar una solución arbitraria sino, por el contrario, objetiva, debiendo ser sumamente prudente cuando se trata de dejar a un lado una norma formulada que prevé el caso por ser el resultado contrario a una norma superior o a la experiencia que esos casos no son comunes.

La solución de las lagunas legales, la forma de suplirlas o completarlas, ha sido en la historia jurídica una *vexata quaestio* afrontada de distintas maneras; pero siempre es preocupante, que a su vez, se relacione íntimamente con los denominados procedimientos de integración de los sistemas jurídicos¹⁹⁶.

Varias legislaciones, de modo expreso, prevén a los PGD como medio de solución de lagunas siendo, por tanto, una fuente subsidiaria del derecho.

En la antigüedad, los griegos conocían la ley escrita y la no escrita (*agrafos nomos*) originada en la naturaleza, fundada en la equidad o tradición o impuesta por la moral y por la religión. El principio era una fuente, una causa de la acción que Aristóteles definía como un freno de fenómenos sociales reprobables situándose en el mundo no real, donde surgían las consecuencias.

Por influencia de la filosofía griega, Roma conoció, al lado del derecho civil, un derecho natural y un *ius gentium*. Cícero reconoció a los PGD como instrumentos que possibilitaban resolver casos nuevos que se presentan, al afirmar: «*De la sorte on connaît bien les principes d'où se tirent les différents*

parties du droit, e il ne será pas difficile, avec un peu d 'agilité d 'esprit , toutes les fois qu'un cas nouveau se présentera, de parvenir à la solution, sachant de quel principe elle doit se déduire»¹⁹⁷.

Ya en el período medieval, el catolicismo estableció un ámbito de ley positiva y uno de ley natural, dando mayor importancia a esta última, consagrada por la escolástica y recibida en el terreno jurídico, plenamente, por los canonistas. En la ley natural se encuadraban los supracitados principios. Percíbase que en la antigüedad los PGD eran tenidos como un derecho natural.

Fue en la edad moderna que se negaron los principios de derecho, debido a la orientación individualista que allí dominaba. Ante las necesidades prácticas y las insuficiencias de las normas jurídicas, el individualismo se vio compelido a restaurar los PGD que, hasta los días actuales, son admitidos por la mayoría de las naciones, no sólo en el derecho interno sino también en el internacional como indica el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, que señala los fundamentos jurídicos aplicados por el Tribunal: a) los convenios internacionales generales y especiales; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; 3) los PGD reconocidos por las naciones civilizadas.

Es así como la expresión «laguna» es usualmente empleada, por supuesto, en sentido metafórico, para aludir a los supuestos vacíos o huecos

¹⁹⁶ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *op. cit.*, p. 190 y ss.

¹⁹⁷ Citado en Díez-Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teorías del derecho*, p. 201.

normativos¹⁹⁸. Se trata con ello, ante todo, la insuficiencia de las leyes y, en general, de los textos, para resolver la totalidad de los problemas o conflictos que puedan plantearse. Convengamos que existen lagunas de la ley, no del ordenamiento jurídico.

Por nuestra parte coincidimos con lo expresado por Ernst Zitelmann respecto a que «las lagunas auténticas del derecho» no significan «que sea lógicamente imposible una solución por falta de una norma», sino tan solo que la solución —lógicamente posible— afirmativa o negativa es sentida como inconveniente o injusta por el juez encargado de resolver¹⁹⁹.

Con ello queremos resaltar que una laguna tiene dos dimensiones: el objetivo, que es la carencia de ley, y el subjetivo, que se traduce en las distintas valoraciones —sean dos o más— que hagan dos intérpretes.

Es así como sólo se puede invocar un PGD para llenar lagunas cuando no hubiera ley o costumbre aplicable al punto controvertido. El intérprete del derecho, ante una cuestión dudosa, indaga si hay disposición legal expresa y precisa; si no la encuentra recorre los preceptos de casos similares; si estos no existen va a las costumbres y si tales faltan, busca los PGD²⁰⁰. Estos últimos son fuentes subsidiarias utilizadas cuando los otros medios faltasen, con los cuales los magistrados suplen deficiencias del orden jurídico adoptando

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 277.

¹⁹⁹ Citado en Legaz y Lacambra, Luis, *op. cit.*, p. 546.

²⁰⁰ De forma didáctica, Paulo Nader comenta que la pesquisa de los PGD es una progresión que va desde lo específico hacia lo general, beneficiada por menores posibilidades de error, recurriendo al siguiente orden: 1) el instituto que trata la materia; 2) varios institutos afines; 3) la materia jurídica como un todo; 4) derecho público o derecho privado, según corresponda, en todo el derecho positivo; 6) el

cánones que no fueran dictados, explícitamente, por el legislador pero que no están contenidos de forma inminente en el ordenamiento jurídico. Luego, cuando se habla de principios generales, hay una referencia a criterios no legislados ni consuetudinarios que pueden integrar lagunas. Son, por tanto, como nos enseña Charles Huberlant, un medio de constatación y complementación de lagunas²⁰¹.

El sistema jurídico, normalmente el civil, es un todo orgánico de normas, de hechos, valores y principios a ello concernientes, de los cuales es posible, en caso de omisión, llegar a una conclusión. La aplicación de tales principios en la esfera del derecho civil es constante, sirven —como demostramos oportunamente—, en numerosas ocasiones, de motivos de inspiración para solucionar problemas que ni la ley ni la costumbre por sí solas pueden resolver. Además de ello, el conocimiento de los PGD es imprescindible para que se pueda comprender la construcción de un sistema jurídico, que se presenta en diferentes subconjuntos. No es un PGD una simple idea, pero sí un elemento constitutivo del propio sistema.

Recordemos las palabras de Pierre Joseph Proudhon: «Es por lo tanto en el Código Napoleón, donde hay que estudiar el Código Napoleón. Cada laguna es un fracaso del Juez, que calumnia la ley». Podemos observar la rigidez de la postura positivista, que no ve que pueden existir lagunas en el propio ordenamiento, sino que las atribuye a la labor de decir el derecho.

derecho en su plenitud (Nader, Paulo, «Integración de la ley y principios generales del derecho», en *Revista Zeus*, Vol. 70, N.º 5353, Rosario, 1996).

²⁰¹ Citado en França, Rubens Limongi, *op. cit.*, p. 53.

Lo dicho justifica que muchos, ante el problema que le plantea una real o pseudo laguna del derecho, optan por bucear indefinidamente por los textos legales en la búsqueda de lo que no se encuentra²⁰².

No obstante, existen lagunas axiológicas que deben ser cubiertas recurriéndose a otras fuentes, entre las cuales revisten singular importancia los PGD.

A pesar de ello, muchos autores entienden que la solución se encontraría en acudir a la analogía, sea la *legis* o la *juris*. Una visión moderna del tema lleva a considerar la última como «construcciones jurídicas».

Es así como Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín Becú enseñan que mientras los conceptos correspondan a realidades objetivas, aunque a veces deformadas por el derecho, las construcciones jurídicas son de naturaleza artificiosa. Consisten en un procedimiento que trata de alcanzar la verdad en el derecho, abstrayendo de las normas existentes y de los conceptos, por inducción o generalización, una idea más amplia que permita explicarlos y crear así nuevas normas. La utilidad de estas construcciones jurídicas reside en que permiten dar una arquitectura más orgánica del derecho. Al introducir una mayor sistematización en el complejo de normas existentes facilita no sólo

²⁰² Jorge Peyrano encuentra a la buena fe, que es una norma fundamental de interpretación de los contratos, que a través de los arts. 1198, 1ª parte, y 656, 2ª parte del Código Civil implican dotar al juzgador de instrumentos flexibles o elásticos que lo sitúen a cubierto, tanto de una aplicación mecánica de la norma —surge, entonces, la idea del juez esclavo de la ley— como de los riesgos de una utilización excesivamente libre, como el caso de la *Freirechtsschule* (Peyrano, Jorge W., «Los principios generales del derecho...», p. 15).

la exposición sino, también, el manejo de esas normas y permiten alcanzar nuevas soluciones con la ayuda del procedimiento de analogía²⁰³.

Fascinados algunos juristas con las resultas logradas con el recurso técnico de marras, no trepidaron en sostener que los PGD no eran otra cosa que la analogía llevada a su máximo refinamiento —tal como Ferrara— o que, en el mejor de los casos, ésta bastaba para llenar todas las lagunas del ordenamiento²⁰⁴.

Esa laguna axiológica es lo que debe cubrir el órgano jurisdiccional, recurriendo a normas no formuladas, no establecidas por el legislador oficial, las que tiene que individualizar y deben guardar compatibilidad con las positivas, tanto en su conjunto como en aquellas que se refieren a la materia o zona a que pertenece el caso concreto a resolver; pues la libertad con que actúa en estos casos el órgano jurisdiccional, no le permite arribar a una solución arbitraria o meramente subjetiva²⁰⁵.

En otras palabras, de seguirse estrictamente el sistema legal, difícilmente se llegue a la teórica de los principios sin antes, o contemporáneamente, tratar lo relativo a las lagunas y la analogía. Ello es así porque tanto la laguna, es decir, el déficit de la ley (y según los casos, el de las costumbres), el juez acude a la analogía y luego a los principios generales. De manera que se establece, entonces, una secuencia obligada: 1) la ley análoga; 2) la costumbre; 3) los principios generales. Estos últimos representan una

²⁰³ Mouchet, Carlos y Zorraquín Becú, Ricardo, *Introducción al derecho*, 5.ª edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1962, p. 141.

²⁰⁴ Gardella, Lorenzo, *op. cit.*, p. 129.

²⁰⁵ Díaz Couselo, José María, *op. cit.*, p. 15.

fuerza de tercer grado, aspecto que, por nuestra parte, hemos controvertido al negarles carácter subsidiario y propiciar un sentido concurrente primario²⁰⁶.

Es sabido que el juez debe resolver en todo caso, así lo indica el art. 3.º del CCCN: «El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente juzgada». Nosotros agregamos que no bajo su arbitrio sino debe encontrar, siempre, en el sistema —para que sea válida la presunción de que el orden jurídico es pleno— una norma para regular el caso y, por tanto, tiene que proporcionársele un completo sistema de fuentes y plasmar el indiscutido diálogo de fuentes, siendo los principios generales del derecho, entonces, un medio de completar o de integrar el denominado bloque de legalidad. Entendemos, entonces, que el derecho no tiene lagunas ya que dentro del término «derecho» tendrían cabida, por supuesto, los PGD. Tampoco tiene lagunas todo orden jurídico, que puede estimar como forma de integrar el sistema la analogía, bien sea una *analogia legis* o una *analogia iuris*, siendo esta última el procedimiento con el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto, no ya por la regla que se refiere a un caso individual como sucede en *la analogia legis*, sino de todo el sistema o de una parte del sistema, es decir, que este procedimiento no difiere del que se emplea cuando se recurre a los principios generales del derecho²⁰⁷. Pueden, sin embargo, tener lagunas la ley, porque sea inicialmente imperfecta o nazcan nuevas hipótesis, y la costumbre, por no ser válida para limar la

²⁰⁶ Rezzónico, Juan Carlos, *Principios fundamentales de...*, p. 154.

²⁰⁷ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 248.

imperfección legislativa o satisfacer la nueva hipótesis no contemplada por la ley²⁰⁸.

Muy bien señala Azúa Reyes²⁰⁹ que la labor legislativa no se encuentra terminada, que falta mucho por hacer, pero no sólo eso, también estamos seguros de que no hay necesidad de hacer tanto, es decir, de asumir el papel de legisladores casuistas, de fabricar una legislación exhaustiva que, por otro lado, jamás llegaría a ser conclusa; todo ello para perdernos en un mundo cada vez más enmarañado de preceptos legales que cada día aumentarían la incongruencia legal para acabar por destrozar el sistema. La gran riqueza de posibilidades en las relaciones humanas nunca podrá ser suficientemente prevista por el legislador; ahí está la piedra de toque para satisfacer esas carencias: el recurso a los PGD.

Algunos autores entienden que la función integrativa tiene el límite de lo «jurisprudencialmente admitido». Así lo hace Smith, quien sostiene que «el PGD no explicitado en una norma constitucional o legal constituye sólo un marco conceptual abstracto en el que caben diversas formulaciones, puede decirse que su función normativa adquiere eficacia únicamente cuando estamos en presencia de una formulación jurisprudencial unificada».

1.3 La función interpretativa

Art. 2.º del CCCN: «La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre

²⁰⁸ Jiménez Cano, Roberto M., *op. cit.*, p. 11.

²⁰⁹ Azúa Reyes, Sergio, *op. cit.*, p. 106.

derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento».

Los PGD funcionan como criterios de interpretación de las normas jurídicas. Esta función, también denominada gnoseológica, otorga a los mismos un sentido cognoscitivo, posibilitando el conocimiento o dilucidando el sentido de la norma, de un principio o de una conducta jurídica²¹⁰.

En efecto, los jueces, al momento de resolver y aplicar la norma, deben efectuar un análisis e interpretar la misma de la manera más fiel y concreta al espíritu de la norma. Ello siempre que esta interpretación esté acorde a los principios generales que rigen la cuestión a resolver atentos a la posibilidad, por ejemplo, de que la norma sea inconstitucional o lleve a una flagrante injusticia.

El término interpretación proviene de *inter* ('entre') y *paro* ('comparar'); aplicado a nuestro ámbito podemos convenir de que se trata de una actividad dirigida a investigar el sentido y alcance de una norma jurídica. A pesar de la polisemia de su terminología, y en torno a los PGD, afirmamos que esta función supone que los operadores jurídicos tienen el deber de interpretar todos los actos jurídicos (incluyendo, por supuesto, los normativos), de conformidad con los valores imperantes en la comunidad. Y, a su vez, es tarea de los jueces argumentar sus decisiones.

²¹⁰ Vigo, Rodolfo L., *Principios Generales del Derecho y Principios Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente*, p. 860, La Ley online, 2011, website: <http://www.laley.thomsonreuters.com>, fecha de captura: 21-2-2020.

Tal argumentación es un dato importante para tener en cuenta, no sólo por la justicia de la decisión en sí, sino por su implicancia sociológica ya que provoca la fe de la gente respecto a las autoridades. En ese orden traemos a colación las palabras de Aulis Aarnio²¹¹, quien señala que es esencial recordar que lo que ha reemplazado la fe en las autoridades es la exigencia de que las opiniones sean justificadas, pues de alguna manera la exigencia de la justificación fáctica ha desplazado a la fe en el poder mismo. Es decir, que las decisiones judiciales no sean meros actos de poder o voluntad sino resoluciones fundadas en cierta universalidad explicativa y ponderable, principios que no se utilizan para resolver casos *ad hoc* sostenidos en la mera subjetividad del juzgador, sino que representan un criterio objetivo y generalizable²¹².

A esta altura, y previamente al enfoque acabado del tema, conviene verificar la doctrina de la Corte Nacional en materia de reglas de interpretación. Así el Tribunal ha sostenido que «la primera regla» de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador²¹³. Sin embargo, «la

²¹¹ Aarnio, Aulis, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, México, Ed. Fontamara, 1995, p. 15.

²¹² La Corte Suprema ha advertido sobre este aspecto al señalar que el ingente papel que en la elaboración del derecho se asigna a los jueces, en tanto que los órganos propios de interpretación y aplicación de la ley, sólo reconoce como límite el requerimiento de que sus sentencias estén sustentadas de manera objetiva y seria, pues la que sólo traducen las posturas subjetivas de los magistrados no son vividas como jurídicas. El indudable acatamiento que la interpretación judicial debe a la letra y al espíritu de la ley encuentra su fundamento último en la objetividad con que dicha interpretación ha de formularse (*Fallos*: 316:3053).

²¹³ *Fallos*: 302:973.

primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley»²¹⁴ pues, así como «los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como este la concibió»²¹⁵, las «leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico»²¹⁶.

En esta tarea, el rigor de los razonamientos lógicos no debe desnaturalizar los fines que inspiran la norma, puesto que «no siempre el método recomendable es atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que las nutre es lo que debe rastrearse en procura de una aplicación racional que avenge el riesgo de un formalismo paralizante»²¹⁷. En principio, las leyes deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras que emplean, entendiendo por tal aquel que concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común, es decir, con la consideración habitual y vulgar del término o, si así se ha dispuesto, con la técnica legal empleada por el ordenamiento jurídico vigente²¹⁸.

En la doctrina de la Corte se atiende en la interpretación de criterios sistemáticos, de unidad y congruencia del ordenamiento jurídico. De allí que sostenga «que debe computarse la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional»²¹⁹.

²¹⁴ *Fallos*: 299:167.

²¹⁵ *Fallos*: 300:700.

²¹⁶ *Fallos*: 295:376.

²¹⁷ *Fallos*: 316: 2045.

²¹⁸ *Fallos*: 295:376.

²¹⁹ *Fallos*: 320:1962, consid. 6.

El sentido práctico y moral de la interpretación exige, además, que no se prescinda de las consecuencias que se deriven de la interpretación «pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que esta engarzada la norma». Incluso cuando la interpretación pueda aparecer ajustada a la literalidad del texto, deberá evitarse que «un excesivo rigor formal» deje sin protección el derecho invocado por el recurrente, que no resulta ajeno al bien jurídico tutelado ni al propósito del constituyente²²⁰.

Es así como, en la inquietante búsqueda de lo justo, el intérprete acudirá, hoy en día, a diversos principios interpretativos no necesariamente rígidos ni ordenados, superando la exégesis y la dogmática del positivismo legalista²²¹.

Anticipamos que una de las funciones radica en el carácter informador de los PGD. Ese carácter informador es el que funda, normalmente, su función interpretativa, porque las leyes, si han de estar informadas por aquellos principios, han de interpretarse en el momento de su aplicación, conforme a los mismos.

La tarea del juez es la de interpretar la ley, desentrañar su significado y hacer justicia. Son tareas integradas. Pero ¿qué ocurre si tiene ante sí una ley injusta o un contrato que, aunque libremente concertado, también es injusto? En ese caso está obligado a darle a la ley un sentido que esté acorde con los

²²⁰ *Fallos*: 320:1962, consid. 6 y 321:2780, respectivamente.

²²¹ Mosset Iturraspe, Jorge, «Sobre una supuesta herejía jurídica en torno a la acción de revisión del art. 1198. El derecho como religión, como ciencia y como arte», en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1983, p. 805.

PGD, que sostenga el Código en que se localice la regla que ha de aplicar. El juez, incluso, puede argüir que, aunque el texto de la ley pareciera indicar que lo injusto es lo adecuado, tal interpretación repugna con la razón, la equidad y la justicia o los principios del derecho nacional, que son la base del ordenamiento jurídico²²².

La interpretación del juez deviene tarea «vivificadora» de lo que aparece como inerte. Al respecto, Betti²²³ dice que hay que indagar las valoraciones, entre ellas el inmanente momento teleológico. La voluntad del legislador debe conformarse con las exigencias actuales, con la vida social cambiante. La norma, pues, no se consume en su primera formulación, sino que tiene perdurabilidad temporal.

El intérprete del derecho, a fin de encontrar un PGD atinente a la cuestión dudosa no regulada, busca en la realidad elementos de índole diversa (normas, hechos, valores) que, reunidos, pueden sintetizarse en un principio, constituyendo un foco de luz para iluminar una solución de cada caso en concreto. Es lo que lleva a Rezzónico²²⁴ a hablar de la tarea «vivificadora» de lo que aparece como inerte.

Los PGD posibilitan una interpretación que responda a los requisitos permanentes de lo justo natural y a las exigencias históricas de lo justo positivo, descartando un formalismo paralizante.

Y si se trata de saber cómo acceder al conocimiento de esos principios en la tarea interpretativa, consideramos oportuno acoger una respuesta

²²² *Ibidem*, p. 300 y ss.

²²³ Betti, Emilio, «Sui principi generali del nuovo...».

tradicional a esta cuestión, consistente en remitirse directamente a las que Tomás de Aquino²²⁵ llama «inclinaciones naturales del hombre» infiriendo, así, en los contenidos del derecho natural como parámetro. Pero, agregamos, como sostienen los precursores de la Nueva Escuela del Derecho Natural (Finnis, entre otros), que la tendencia es natural cuando se ordena a un evidente bien humano, cuando la razón percibe esa tendencia como dirigida a una de las dimensiones fundamentales de la perfección humana²²⁶.

Alberto Spota²²⁷ agrega que, en la configuración de estos principios generales, el intérprete debe huir de todo lo subjetivo y atenerse a todo dato objetivo que surge de ese fondo común del derecho comparado, para así hallarse en condiciones de obrar científicamente. El derecho como ciencia es entonces la meta que ha de fijarse. Para ello ha de tenerse siempre presente las transformaciones económicas, sociales y morales a fin de darles satisfacción a través de la ley y las demás fuentes del derecho.

En esa línea, el hecho que se haya calificado a los principios jurídicos como prescripción interpretativa, y no como meros criterios de interpretación o canon hermenéutico, no es casual. Con ello se quiere resaltar el carácter prescriptivo de esta fuente en todas y cada una de sus aplicaciones. La

²²⁴ Rezzónico, Juan Carlos, *Principios fundamentales de...*, p. 112.

²²⁵ De Aquino, Tomás, *Suma Teológica*.

²²⁶ Recordemos que, para la Nueva Escuela de Derecho Natural, los bienes humanos básicos, las formas de perfeccionamiento son: a) la vida; b) el conocimiento y la experiencia estética; c) la excelencia en el trabajo y en el juego; d) amistad, paz, fraternidad; e) la paz interior, la autointegración; f) la armonía entre los humanos. Por su parte, Finnis enumera siete valores o bienes básicos: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad, razonabilidad práctica y religión (Finnis, John, *op. cit.*).

consecuencia práctica que se deriva de atribuir esta fuerza de obligar a la función interpretativa es, como ya se ha dicho, que el intérprete tiene que elegir entre todos los sentidos posibles que pueda tener un acto jurídico (normativo o no) aquél que sea más acorde con los PGD, obligación que, si no es cumplida, podrá ser exigida jurídicamente por quien se vea afectado por el acto incorrectamente interpretado. La infracción del deber jurídico de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con los PGD otorga al perjudicado por la incorrecta interpretación un derecho subjetivo reaccional o impugnatorio que le permite recurrir, para que se reconozca su derecho, a que los actos jurídicos se interpreten según ordena esta fuente de derecho²²⁸.

El valor interpretativo de los PGD reside cuando un texto ofrece dos o más posibilidades de interpretación. Ante ello debemos recurrir como puntos cardinales de interpretación a estos principios. Ello nos conduce a una solución feliz, ya que operan como «patrones de sensatez y equidad», como dice Dworkin²²⁹, a que debe recurrir la discreción de un funcionario encargado de decidir.

A esta altura de la exposición estamos convencidos de que la discreción y la razonabilidad en la interpretación son las caras de una misma moneda. Es por ello por lo que, si estamos frente a derechos de contenido extrapatrimonial interpretados a la luz de un PGD, la tarea del juez debe ser sumamente cautelosa.

²²⁷ Spota, Alberto, *Tratado de derecho civil*, Vol. 1, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1957.

²²⁸ Beladiez Rojo, Margarita, *op. cit.*, p. 111.

²²⁹ Dworkin, Ronald, «¿Es el derecho un sistema de reglas?», en *Cuadernos de crítica*, N.º 5, México, Instituto de Investigaciones filosóficas, UNAM, 1977, p. 35.

Parafraseando a María Marta Didier²³⁰, el juez debe utilizar un patrón hermenéutico interpretativo para determinar si una medida legislativa es o no razonable y, consecuentemente, conforme a la igualdad, lleva a la autora a nombrarlo «escrutinio extraordinario».

Estimamos de gran importancia el aporte de Didier respecto a la semántica de la igualdad y, al definirla, demuestra que se la constituye ligada a la condición humana y, por lo tanto, con efectos axiológicos que vinculan este principio al valor justicia. Se destaca, en este punto, que la igualdad es un concepto relacional y exige, para su análisis, la existencia de un término de comparación, hecho que distingue la igualdad de otros derechos fundamentales.

Así, la igualdad retrata una doble dimensión en su fase de igualdad de *iure* o formal y su necesario complemento, que es la igualdad material o sustancial.

Prosigue la autora analizando las vinculaciones entre los principios de igualdad y razonabilidad. Es en este momento cuando destaca los aspectos más importantes de los tres subprincipios que conforman la razonabilidad, esto es, adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Demuestra el análisis que el juicio de razonabilidad, cuando es utilizado en raciocinios jurídicos relacionados con la igualdad, adquiere características particulares y

²³⁰ Didier, María Marta, El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, Buenos Aires, Ed. Marcial Pons, 2015, p 253 y ss.

varia en intensidad de conformidad a los criterios diferenciadores y a los derechos involucrados.

También, no puede dejar de ser mencionada, la crítica muy pertinente a una concepción utilitarista de la proporcionalidad en sentido estricto, la que es formulada por la autora siguiendo y compartiendo en este punto lo sostenido por el profesor Juan Cianciardo²³¹. En este sentido, la profesora Didier afirma que «considerar una medida como proporcionada o razonable, no obstante alterar el contenido del derecho de que se trate, implicaría reducir la máxima de razonabilidad a un mero juicio técnico o instrumental, desvinculándola de las exigencias que plantea la justicia y perdiendo de vista su origen histórico: preservar los derechos fundamentales de las intromisiones arbitrarias por parte del Estado. Asimismo, ello supondría una contradicción, pues lo razonable no puede diferir de lo justo y lo justo es aquello que a cada uno le corresponde, es decir, su derecho». En consonancia con lo expuesto, la autora se propone una defensa de lo que Juan Cianciardo denominó el juicio de inalterabilidad del contenido esencial del derecho, complemento necesario del juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Sobre el particular, Sebastián Soler²³² resalta que el decir del juez es un acto voluntario, contrariamente a lo que se debe entender. No queda con ello eliminado el problema de la interpretación, pues todo acto voluntario encierra una serie de contenidos entre los cuales los elementos representativos, intelectuales, valorativos y motivantes componen una síntesis sin la cual no

²³¹ Cianciardo, Juan, El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2004, pp. 94-102.

existe no existe propiamente acto voluntario —ni siquiera acción humana—, sino un mero acto reflejo, cerrado dentro del sistema nervioso vegetativo o sin participación en la conciencia. La afirmación de que el acto del juez constituya un acto de voluntad no importa para excluir el problema de la interpretación como acto de captación intelectual. No hay acto humano alguno que no pueda, efectivamente, calificarse como voluntario y que carezca de contenido intelectual en el cual un complicado juego de representaciones, de ideas, de valores, de deberes, de motivaciones no se encuentren presentes junto con elementos de otra naturaleza o procedencia.

Por su parte, Fix Zamudio²³³ manifiesta que el alto grado de abstracción de las normas constitucionales se traduce en un amplio margen de discreción del juez, que le permite matizar su decisión con los principios de la estimativa jurídica sin que por ello pueda abandonar las reglas de la lógica jurídica, y que en el campo de la justicia constitucional el juez tiene gran libertad de conciencia para conformar el orden jurídico secundario a través de la interpretación con los principios axiológicos supremos de la Constitución. Esto no quiere decir que el juez pueda actuar como juez de conciencia, sino que tiene que ceñirse a los lineamientos trazados por el constituyente, debe sacar su interpretación precisamente de los principios consagrados, debe ejercer una discreción informada por la tradición, por la analogía disciplinada por un sistema y subordinada a la necesidad primordial del orden en la vida social.

²³² Soler, Sebastián, *op. cit.*, p.76 y ss.

²³³ Zamudio, Fix, «El Juez ante la norma constitucional», en *Revista de la Facultad de México*, N.º 57, México, 1965, p. 68 y ss.

Autores de la talla de Julio César Rivera²³⁴ indican que los PGD, como elementos de interpretación de la ley, traen dos consecuencias fundamentales:

- las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas, que se resolverán en base a los principios generales;
- el principio general inspirador de una disposición que ofreciere dudas nos dará la clave para su interpretación.

Para concluir con Azúa Reyes²³⁵, podemos decir que los PGD constituyen un factor determinante (entre otros) en la interpretación jurídica, pues la presencia de éstos, en forma consciente o inconsciente, en tal labor va a ser la condensación de lo que un sistema ha consagrado como la finalidad del derecho y que, a la vez, es su punto de partida, y por consecuencia, su base interpretativa.

1.4 La función creadora

El profesor Roberto García Martínez²³⁶ ha sostenido que «entre las múltiples funciones que cumplen los PGD, se encuentra la de despertar la imaginación creadora». Decíamos que la aplicación de los principios permite al operador jurídico y al creador de normas incentivar la imaginación creadora, la inventiva, al punto de poder recrear todo el sistema jurídico. Esa capacidad

²³⁴ Rivera, Julio César, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 144.

²³⁵ Azúa Reyes, Sergio, *op. cit.*, p. 101.

²³⁶ García Martínez, Roberto, *La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho*, Buenos Aires, La Ley, 1986, p. 101 y ss.

heurística nos permite investigar nuevas relaciones y soluciones a los problemas jurídicos.

He aquí la magia de los PGD que animan la inventiva *aggiornante* del sistema jurídico.

1.5 Referencia a otras funciones de los PGD

Parte de la doctrina científica hace referencia a otras funciones de los PGD a las que nosotros, sin discutir su correspondiente importancia, preferimos aludir de forma conjunta en este apartado, porque o bien pueden considerarse ínsitas en algunas de las anteriores, o bien no tienen el alcance práctico aplicativo de las citadas.

Bobbio²³⁷ se refiere a la denominada función limitativa, que es la determinada en Italia por los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado contemplados en el art. 117 de la Constitución con respecto a las normas emanadas de las regiones. También hace referencia como distinta de la función *direttiva* (que alude a la inspiración y orientación de la obra del legislador ordinario por los principios programáticos de la Constitución) a la denominada función sistemática o constructiva, a la que da menos importancia por circunscribirse él sólo a las de carácter normativo.

²³⁷ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 279.

Más tarde, Juan Alfonso Santamaría Pastor²³⁸ se ocupa de esta función indicando que es la consistente en la actuación de los principios como estructuras mentales que permiten la sistematización de la materia jurídica (por lo que recuerda a la función de sistematización destacada por los autores que acabamos de citar); aunque añade, a continuación, que dicha sistematización se produce más en torno a directrices finalistas que entorno a conceptos abstractos, conforme a la jurisprudencia principal y no a la jurisprudencia de conceptos e intereses.

Atienza y Ruiz Manero²³⁹ aluden, igualmente, a una función explicativa, didáctica o de sistematización del derecho por la capacidad de los principios para presentar de una manera breve y ordenada, o bien un sector del ordenamiento jurídico, o bien todo él, que es lo que suele llamarse sistematización del derecho.

Pero, a su vez, sostiene Tardío Pato²⁴⁰, estos últimos autores incluyen una función de justificación del razonamiento jurídico, porque para los órganos jurisdiccionales (y para los abogados y dogmáticos) no sólo sirven los principios generales para resolver los casos jurídicos sino, también, para justificar las decisiones jurídicas adoptadas.

Y, por otro lado, se refieren dichos autores a una función de control y legitimación del poder de los principios porque el ejercicio legítimo de los poderes públicos reside hoy en que éstos sean capaces de perseguir objetivos

²³⁸ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, p. 351.

²³⁹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, p. 46.

²⁴⁰ Tardío Pato, José Antonio, *op. cit.*, p. 154.

sociales (propio de los principios directrices) sin vulnerar los derechos fundamentales de los individuos (conectados con los principios en sentido estricto), y dicho equilibrio depende, en buena medida, de que se desarrolle una teoría y una práctica adecuada de los principios jurídicos.

Igualmente, se destaca entre las funciones de los PGD la abrogatoria con alusión a la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de normas contrarias a los principios constitucionales. Y, finalmente, también se alude a la función de resolución de los conflictos de normas a la que obedecen principios como de jerarquía, especialidad normativa, prevalencia, etcétera²⁴¹.

1.6 Recreación de normas obsoletas

Sigue diciendo el citado profesor que «ese despertar de la imaginación produce otra de las funciones de los PGD: la recreación de normas obsoletas. El derecho se encuentra en permanente movimiento y evolución, íntimamente ligado al devenir político, económico y social, de modo que muchas veces, cuando el legislador no actúa en forma pareja con ese constante cambio, las normas legales suelen quedar viejas en poco tiempo, y una forma envejecida, suele llegar a ser una norma injusta. Estas lagunas axiológicas, o ideológicas, pueden llegar a corregirse a través de los PGD»²⁴².

²⁴¹ Rebollo Puig, *op. cit.*, p. 1554.

²⁴² *Ibidem*.

2. Aplicación de los PGD dentro del ordenamiento jurídico

A esta altura, pasaremos a considerar la aplicación de los PGD dentro del ordenamiento jurídico para abordar desde allí la importancia práctica de su empleo.

Aplicación viene de *ad* ('hacia') y *plicatio*, de *plico* ('plegar', 'aproximar'), de donde interpretar en sentido lato sería la acción de aproximar una cosa hacia otra, y en particular, en la labor del jurista, podemos decir que consiste en la tarea de aproximar la regla general al caso particular, individualizando lo abstracto, plegando una norma concebida en términos generales a las circunstancias particulares de cada caso en concreto, para lo cual importa precisar lo más ajustadamente posible tanto el contenido como el sentido y alcance de la norma.

Guastini²⁴³ entiende que la aplicación de un principio exige concretización. Este acto de concretización es un acto de razonamiento —por lo general, no deductivo y, por tanto, no estricto— que A) tiene entre sus premisas el principio en cuestión y B) tiene como conclusión una regla (inexpresa); por lo tanto, aplicar reglas y aplicar principios son operaciones intelectuales diferentes. Como se puede apreciar, aplicar una regla significa usarla en un razonamiento deductivo para inferir una norma individual. Aplicar un principio significa, en cambio, usarlo como argumento para construir una regla inexpresa, susceptible de aplicación en el primer sentido de la palabra —precisamente, en ella consiste la concretización de un principio en cuestión—.

²⁴³ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 336.

Esto es así porque los principios sin concretización previa —y, a menudo, como diremos a continuación, sin ponderación—, no son, en absoluto, idóneos para resolver controversias concretas.

Sintetizando, continúa el autor, la concretización de un principio es obra no de interpretación propiamente dicha, sino de construcción jurídica.

Sin embargo, los jueces, para la realización de la justicia, deben atender a las características singulares de los casos que les presentan, siendo su deber ponderar con mayor rigor en tales supuestos la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir en una aplicación solo mecánica de los mismos²⁴⁴.

Por ello como tarea previa debemos sortear la pregunta sobre cómo descubrirlos. Pues, entonces, comulgamos con la mayoría autoral que, para el caso, el mecanismo es la operatoria inductiva que permite pasar de la observación de uno o más fenómenos a la ley que nos rige: esto es la llamada «inducción amplificadora» que permite pasar de lo particular a lo general.

En esa línea de pensamiento debemos partir del análisis de tipos singulares, subir mediante la inducción hasta alcanzar un principio más amplio que alcance el mayor número de serie, continuando con una generalización creciente hasta descubrir principios cada vez más amplios que abarquen series más numerosas.

²⁴⁴ Sentencia de la Suprema Corte de la Nación, voto de la mayoría correspondiente a los Dres. Nazareno; Belluscio; Petracchi; Boggiano; Bossert, «Otto Garde y Cía. S.A.I.C.F. c/ González, Teresa del Valle y otros», en fecha 30-6-1999, SAIJ, Sumario: A0053520.

Cada rama del derecho, cada asunto jurídico, tiene sus principios peculiares que pueden ser traídos a la luz por vía inductiva. *Ergo* comenzar por los contenidos propios de la materia o rama específica del instituto a tratar, para pasar luego al derecho privado o público, según corresponda, y terminar con el derecho en su plenitud.

En este marco, es interesante mencionar una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Bogotá que claramente indicó que el test definitivo que permite establecer si un principio es parte del sistema positivo, consiste en verificar si resulta o no armónico con la Constitución, así ésta no lo contenga de manera explícita. En términos hartianos, si es o no identificable como elemento del sistema normativo, conforme a la regla del reconocimiento²⁴⁵.

Ya Francesco Messineo²⁴⁶ expresa, en el mismo tenor de ideas, que la existencia de tales principios generales se concibe fácilmente teniendo presente que las normas singulares, aun cuando sean formuladas en carácter de hipótesis que toman en consideración situaciones particulares, derivan todas ellas de principios de más amplio alcance, que son como el tejido conjuntivo del entero ordenamiento jurídico: principios cuya reconstrucción — aunque delicada y laboriosa— es posible mediante un procedimiento lógico que arranque de lo particular y vaya hacia una progresiva y cada vez más amplia generalización (procedimiento inductivo).

²⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Bogotá, Distrito Capital, N.º C-083/95, Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, Acta N.º 7, Expediente N.º D665, 1-3-1995, *website*: www.secretariasenado.gov.ar/leyes/sco83_95.htm, fecha de captura: 5-3-2020.

²⁴⁶ Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1954, p. 29.

A fin de explicar la técnica de aplicación de los principios, Limongi França²⁴⁷ procura considerarlos según un orden decreciente en la escala de los valores jurídicos, que pasamos a transcribir:

a) los esenciales, que son estables pues abarcan los elementos primeros de justicia, y los básicos que derivan de la naturaleza de las instituciones;

b) los contingentes, que son los que por voluntad de la ley varían en tiempo y en el espacio, cuando en la solución en concreto de la controversia jurídica deben preferirse a los esenciales, porque el aplicador se encuentra sobre una égida del derecho positivo. Estos principios contingentes son los del ordenamiento, del derecho consuetudinario y del de gentes. Si evacuada la ruta anterior no se consigue la solución del caso, se procederá a invocar los elementos de justicia, esto es, los principios esenciales, pudiendo por tanto penetrar en el campo de la jusfilosofía.

Ya dentro de la dinámica de la aplicación de los PGD observamos que, en el derecho comparado, más precisamente en España —siguiendo el trabajo de Jiménez Cano²⁴⁸—, en 1978 un juez dictó un fallo en el cual abiertamente declaró que una ley regularmente sancionada no debía ser aplicada por atentar contra principios jurídicos de orden superior²⁴⁹. No se trataba, en la opinión del juez, de un caso de inconstitucionalidad de la ley, sino de la infracción de un derecho superior de la ley. Si bien la citada sentencia adolece también de cierto legalismo, como lo señala el comentarista, el reconocimiento judicial de que

²⁴⁷ França, Rubens Limongi, *op. cit.*, p. 188.

²⁴⁸ Jiménez Cano, Roberto M., *op. cit.*, p. 11.

existen principios no legislados a los que está supeditada la aplicación de la ley causó cierto escándalo en el mundo jurídico español y en la alzada se confirmó el fallo, pero variando los fundamentos²⁵⁰.

Por su parte, Fernando Reinoso-Barbero²⁵¹ apunta que, ante la necesidad de aplicar un PGD y frente a la ley que no nos ofrece dato alguno, podemos deducir de su espíritu los siguientes requisitos:

1.º) Que el principio no contradiga ni a la ley ni a la costumbre; puede decir lo mismo, pero no puede contravenirlas.

2.º) Que sea susceptible de aplicación al caso concreto. Puede aplicarse directamente en defecto de ley y costumbre o indirectamente cuando proceda aplicar ley y/o costumbre.

3.º) Que el principio sea considerado como tal principio (a la luz del derecho romano o la tradición jurídica nacional —que en su inmensa mayor parte es derecho romano—, conforme el autor citado). Ahora bien, si la ley no define qué es un principio, ¿cómo podemos saber cuándo estamos ante un principio?, porque, como hemos visto, hay doctrinas para todos los gustos. La solución la encontramos en la jurisprudencia, la cual, a los requisitos vistos añade otros dos, pero con tal importancia y sustantividad que su sola presencia basta con independencia de que existan los anteriores:

1) De carácter material: que se haya reconocido en sentencia del Tribunal Supremo.

²⁴⁹ D'Ors, Álvaro, *Esas reglas que ley no deroga*, Buenos Aires, La Ley, 1980, p. 1.

²⁵⁰ Madrazo, Francisco, *Orden jurídico y derecho judicial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985, p. 92.

2) De carácter procesal: citar cuáles son las sentencias en las que se recoge tal principio.

Hablemos ahora la dinámica de los principios generales del derecho dentro del proceso judicial español, para lo cual seguimos, en lo fundamental, al profesor Manuel Albaladejo²⁵².

En principio, los PGD deberían ser aplicados por todos los jueces y tribunales, en cualquier instancia, directamente, a falta de ley y costumbre e, indirectamente (o de forma mediata), en cuanto que informan a la ley y a la costumbre. Así, los arts. 1.º, 1.4, 1.6 y 1.7 del Código Civil español y la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) del 31 de octubre de 1914, disponen que «todo principio del Derecho lleva consigo la necesidad de su estricta observancia cuando se da el caso (ausencia de ley o costumbre) del art. 6.º (hoy 1.º) del Código Civil».

Siguiendo el articulado y la sentencia citados, cuando a los jueces y tribunales les conste la existencia de un principio y la falta de ley y costumbre aplicable al caso deberá resolver según el principio alegado sin necesidad de probar su existencia (siempre que al juzgador le conste su existencia) o, incluso, aunque no haya sido alegado, ya que la «jurisprudencia es muy abundante sobre el tema de que los litigantes exponen los hechos y alegan el Derecho que creen proceda, pero que los Tribunales han de aplicar el que corresponda, sin que esta facultad quede restringida por el hecho de que el

²⁵¹ Reinoso Barbero, Fernando, *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos. Horizonte actual*, Madrid, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 114 y ss.

²⁵²Albaladejo García, Manuel, *Derecho civil*, Tomo I, Vol. I, Barcelona, Ed. Bosch, 1991, p. 114.

invocado por las partes no sea el adecuado», citándose, sólo a título de ejemplo, la STS del 7 de octubre de 1987 y la STS del 21 de noviembre de 1989. Si bien lo normal es que las partes aleguen el principio que convenga a su derecho (para evitar la posibilidad de que el juzgador no lo aplique *ex officio* por desconocimiento), y prueben su existencia (demostrando que el bloque de legalidad lo adopta, en cuanto inspirados por aquél o, simplemente, citando sentencias que lo recojan) y su aplicabilidad al caso, esto es, aducir que se alega por venir a faltar ley y costumbre al caso, para el catedrático emérito de la Universidad Complutense de Madrid no haría falta aducir que se invoca el principio a falta de ley y costumbre, puesto que el juzgador debe conocer la ley (y, por tanto, su aplicabilidad o no al caso). Y la costumbre no se debe tener en cuenta mientras no se pruebe que viene al caso: no si se prueba que no viene al caso (el art. 1.3, párrafo primero, del Código Civil español dispone que «*la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada*»)²⁵³. No obstante, las sentencias del Tribunal Supremo, consideradas literalmente, señalan la necesidad de aducir que se recurre al principio en defecto de ley y de costumbre aplicables al caso²⁵⁴.

Por otro lado, nótese que la frase «sin perjuicio de» del art. 1.4 del Código Civil español viene a reconocer un carácter informador autónomo de los PGD frente a la función integradora siendo, entonces, siempre indirectamente aplicables, aunque no se hubiera reconocido su directa aplicabilidad supletoria,

²⁵³ La cursiva es nuestra.

convirtiéndose entonces en una «superfuente», no en un sentido jerárquico (vertical), pero sí latente (horizontal) sobre el resto de las fuentes, de omnipresente apoyo jurídico para la decisión.

Por otra parte, otra de las funciones de los PGD, y estrechamente relacionada al punto que venimos tratando, sería dada en la solución de contradicciones a través de su dimensión de peso o importancia —*dimensión of weight*—, de modo que quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno de los principios implicados al caso, y la preferencia por uno no implica la pérdida de la juridicidad del principio descartado²⁵⁵. Se trata, según describe Alexy²⁵⁶, de una relación de precedencia condicionada. A su entender, que un principio valga para un caso no implica que siempre sea así.

Consecuentemente, si se pretende la solución de un conflicto judicial por vía de la aplicación de un principio de derecho, debe afirmarse²⁵⁷:

- la vigencia del principio general exponiendo los argumentos en cuya virtud el principio deba considerarse como general del derecho en nuestro ordenamiento, citando los textos legales que lo sancionen, o haciendo ver la conexión existente entre el principios y ciertos textos o, bien, aportando la sentencia con que reconoce o aplica;

²⁵⁴ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1958, la STS del 3 de mayo de 1963 o la STS del 7 de febrero de 1964.

²⁵⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, p. 66.

²⁵⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p.66.

²⁵⁷ Rivera, Julio César, *op. cit.*, p. 148.

- se debe acreditar que no hay ley o costumbre aplicable al caso²⁵⁸.

En la jurisprudencia de la CSJN, cabe destacar una serie de fallos particularmente importantes en materia de principios jurídicos, que constatan la aplicación y las consecuencias teóricas y prácticas que implica la argumentación desde aquellos, según una exquisita selección realizada por Vigo²⁵⁹, a saber²⁶⁰:

1) Bahamondez Marcelo s/ medida cautelar (6-4-1993): en esta causa, la CSJN reconoce el derecho de un miembro del culto Testigos de Jehová a resistirse a una transfusión de sangre, teniendo en consideración a la persona humana como eje de todo sistema jurídico, la libertad de culto y a la dignidad humana como «principio del derecho» de validez intrínseca, o necesaria o de jerarquía supraconstitucional. Asimismo, se apoya el fallo en dos principios jurídicos fuertes como lo son el de la privacidad o intimidad y la disposición del propio cuerpo (de raigambre constitucional por el art. 19 CN).

2) Portillo, Alfredo s/ infracción, art. 44 de la Ley 17531 (18-4-1989): reconoce a un ciudadano, con fundamento en sus convicciones religiosas, el derecho a que el servicio de conscripción pueda cumplirse sin el empleo de

²⁵⁸ En este sentido, Rivera indica que se ha criticado la decisión de 1.ª Instancia de Rosario que autorizó un trasplante de órganos entre personas que no estaban vinculadas por ningún parentesco, siendo que la Ley de Trasplante vigente a esa fecha limitaba la dación de órganos de personas vivas para el caso en que estuviesen destinados a ser implantados en el padre, madre, hermano consanguíneo, cónyuge e hijos o padres adoptivos (art. 13, Ley 21541). Por lo tanto, no era posible recurrir a la integración del ordenamiento por la vía de los PGD, ya que mediaba una prohibición implícita del ordenamiento que no podía dejarse de lado, salvo que se declarase su inconstitucionalidad (*ibidem*).

²⁵⁹ Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos...*, p. 95.

armas. Ello obedece al derecho de todos los habitantes a profesar libremente su culto (arts. 14 y 20 CN) como correlato de uno de los objetivos establecidos en el preámbulo: «asegurar los beneficios de la libertad». Si bien existe cierta tensión entre lo expresado y la obligación de armarse en defensa de la Patria (art. 21 CN) y de proveer a la defensa común, nos parece que la sentencia buscó un equilibrio entre ambos al adoptar la decisión más arriba transcripta.

3) Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad (27-2-1996): en el caso se resolvió sobre el anclaje constitucional de la movilidad previsional a la luz de las Leyes 18037, 23928 y 24463. Es aquí donde se reconoce la existencia de un principio débil iuspositivo como el de derecho a la seguridad social (reconocido por Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto San José de Costa Rica—, con jerarquía constitucional), que tendría la característica de validez extrínseca, jerarquía constitucional, materia sustancial y procedimental, validez sistemática, vigencia nacional, regulación abierta y conocimiento por convención o inferencia.

4) Priebke, Erich (2-11-1995): resuelve por mayoría el pedido de extradición incoado por la República de Italia a fin de someterlo a un proceso por su posible participación en el hecho conocido como «la matanza de las Fosas Ardeatinas», ocurrido el 24 de marzo de 1944. Se reconoce el derecho a la vida como principio fuerte con validez intrínseca, jerarquía

²⁶⁰ Respecto al análisis jurisprudencial particularizado de los fallos citados, remitimos al lector a la obra consultada.

supraconstitucional, materia sustancial, alcance sistemático, vigencia internacional prescriptiva, regulación abierta y conocimiento por evidencia analítica.

5) Nosotros podemos agregar el fallo de la CSJN de 6-11-1980²⁶¹: a través de la equidad, la unión familiar y el amor por el prójimo, se reemplaza la voluntad del menor de dieciocho años para que resulte donante de órganos a favor de su hermano. O también, citar un fallo de primera instancia basado en «el derecho al heroísmo» (reconocido en la Carta Magna en lo pertinente a derechos implícitos o comprendido en la libertad de cultos), al permitir ser dador de órgano a una persona que no se encuentra vinculada en relación de parentesco con el receptor²⁶².

6) Es así como la tarea creativa del juez lo habilita a aplicar los PGD aún en el supuesto de que las partes no los mencionen en su pretensión. En un interesante fallo se advierte que el abuso del derecho, aun cuando las partes no lo solicitan, se debe aplicar porque tiene que ver con la funcionalidad del derecho, ya que ese principio está contenido en una norma imperativa y de orden público cuya aplicación no depende de la voluntad de los particulares, sino que se trata de confiar en la prudencia de los jueces²⁶³. Continúa el fallo:

²⁶¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, LL 1981-A, p. 401, 6-11-1980, JA, 1981, Tomo II, p. 61.

²⁶² Fallo del Juzgado Civil y Comercial N.º 13 de Rosario, LL 1984-B, p.188 y ss. En atención a que la donante era de religión cristiana se hace lugar a su pretensión, en aras de permitirle que cumpla en plenitud con la doctrina del Evangelio en lo dispuesto: «Nadie tiene mayor amor que quien da vida por sus amigos»; «Que os améis los unos a los otros como Yo os he amado»; «Amad al prójimo como a ti mismo».

²⁶³ González de Prada, María y Wayar, Ernesto, La labor creadora del Juez: Aplicación de oficio de la teoría del abuso del derecho, Buenos Aires, El Derecho, 1982.

«Puesto que el concepto del abuso del derecho se obtiene por remisión e importa la categorización normativa de un verdadero principio jurídico. Se trata de una forma de comportamiento que debe observarse porque es considerada básica para resguardar la organización jurídica en tanto responde a una ética que preside todo ordenamiento».

Para aclarar aún más el «*know how*» de la aplicación de los PGD sabemos que no debe existir contradicción entre los principios informadores y las normas particulares por ellos informadas y, si ello ocurriera, el conflicto debería decidirse a favor del principio general superior, por su propia validez o fuerza intrínseca.

Agregamos que los PGD no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que descalificaría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado²⁶⁴.

Es por ello por lo que la correcta aplicación de un principio cobrará relevancia no sólo en orden a la indicada solución de un problema dado, sino también para su mismo entendimiento. Y es allí donde el valor operativo de los PGD reside en que pueden constituir ayudas concretas para la puesta en marcha del razonamiento, esto es, fórmulas de búsqueda en sentido retórico, instrucciones para la invención, es decir, para el hallazgo de puntos de vista resolutivos del problema o posibles vías para su persuasión.

²⁶⁴ Guastavino, Elías, *op. cit.*, p. 146.

Para concluir con el interrogante acerca de la aplicación de los PGD, Carlos Alberto Etala²⁶⁵ sostiene que el art. 2.º del CCCN no define qué son los «principios» ni enumera cuáles son los que designa como tales. Esta es una tarea que compete a la doctrina de los autores, pero es obvio que ésta no podrá elaborar principios de la nada, sino que tratará de desentrañar cuáles son las valoraciones inmanentes a las normas jurídicas que permiten extraer orientaciones, lineamientos, criterios, pautas y directivas adecuadas para dar sentido a su aplicación en los casos que se susciten en el futuro y que no tengan una solución claramente suministrada por la ley. En definitiva, la vigencia cierta de un principio se pondrá de manifiesto no sólo por estar de alguna manera previsto en la ley sino, principalmente, por la efectiva aplicación que de él hagan los tribunales.

3. Los PGD dentro de la argumentación jurídica. Breve referencia

No crea el lector hallar en el presente punto una exposición pormenorizada de las distintas teorías, escuelas y autores en torno al tema de la argumentación jurídica, sino que es nuestra intención abordar el tema desde la funcionalidad del instituto dentro del universo de la dinámica de los PGD.

Según el *Diccionario de la lengua española*, el término «argumento» indica 'razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o niega'. Por lo que la

²⁶⁵ Etala, Carlos Alberto, *Interpretación de las normas en el nuevo Código*, Tomo 2015-E, año 79, N.º 166, La Ley, 4 de septiembre de 2015, cita *online*: AR/DOC/2757/2015, fecha de captura: 23-5-2020, p. 1.

argumentación conforma, en forma canónica, un procedimiento similar al de cualquier demostración, es decir, se trata de una técnica de persuasión fundada.

Aclaremos que la aproximación al tema es desde la óptica más contemporánea de la argumentación jurídica (autores de la talla de Chaïm Perelman, Aulis Aarnio y Robert Alexy se abordarán). Dicho de otro modo, las modernas teorías de la argumentación no son sólo modelos relativos a la aplicación del derecho, sino que acaban generando una visión general, filosófica, de lo jurídico y viceversa.

A pesar de los esfuerzos desplegados por diversos autores a partir de la segunda mitad del siglo pasado, no existe una teoría modelo de la argumentación jurídica.

No estamos ajenos a las críticas que se han volcado en torno a esta línea de pensamiento: entre otras, que estos procedimientos ligados a la razón práctica tienen el peligro de someter las decisiones a valoraciones ajenas al sistema, dejando la solución del caso librada en exceso a la voluntad y a los juicios de valor de quienes aplican la ley, trayendo incerteza y alejándose del método científico. Pero debemos resaltar que sus defensores han intentado, en mayor o menor medida, otorgar las mayores garantías a los procedimientos escogidos de modo de garantizar la justicia del caso, ajustada a derecho y axiológicamente justa.

El presente tratamiento viene a colación de puntos anteriores, motivado por la imperiosa necesidad de resaltar al lector que la tarea del juez no sea un acto de poder o voluntad, sino que se encuentre fundadas en cierta

universalidad explicativa y ponderable. Esto es, que los principios no se utilicen para resolver casos *ad hoc*, sostenidos en la mera subjetividad del juzgador, sino que representen un criterio objetivo y generalizable²⁶⁶. En palabras de Aarnio²⁶⁷, «la justificación fáctica ha desplazado la fe en el poder mismo».

Es sabido que la interpretación jurídica es un acto de comprensión en el que juegan los prejuicios, siendo éstos conocimientos previos de carácter colectivo y cultural. En ese orden, debemos acordar que estos prejuicios no deben ser subjetivos para evitar caer en la arbitrariedad. Y esa argumentación pretendida significa nada menos que justificar la elección y adhesión que realiza el operador jurídico.

Y dicha selectiva adhesión tiene por finalidad convencer al juez en el momento que se expone, mediante la armonización de premisas elásticas en un marco de amplitud.

En consecuencia, se debe evitar la utilización disfuncional de los PGD y no caer en el espíritu angélico pretendido por algunos autores y cuya crítica puede consultarse en la obra de Díez-Picazo²⁶⁸.

A buen tino, la tarea del juez, al utilizar estas normas abiertas que le permiten solucionar una realidad colmada de cambios no tenidos en cuenta por el derecho, puede terminar con el bloque de legalidad. Y es allí donde ese «derecho judicial» no debe ser libre, evitando caer en que los PGD sean la

²⁶⁶ Yacobucci, Guillermo, *op. cit.*, p. 118.

²⁶⁷ Aarnio, Aulis, Derecho, racionalidad y comunicación...

²⁶⁸ Díez-Picazo, Luis, «Constitución y fuentes del derecho», en *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 21, Madrid, 1979, p. 944.

puerta a la injustificada estimación valorativa del juez, sino hitos que no se deben dejar pasar por alto en el razonamiento jurídico.

A partir de la precedente introducción, y en aras de conocer la dinámica de la argumentación y los PGD, pasaremos a exponer someramente las posiciones que en torno al tema que consideramos son de extrema utilidad.

En esa tarea, conforme lo entiende Chaïm Perelman²⁶⁹, el juez debe conocer los valores dominantes de la sociedad y desarrollar argumentaciones de orden —no sólo jurídico, sino también moral, económico político, etc.—, las cuáles serán diferentes a causa del binomio adaptación/adhesión, no solamente según la materia del caso, sino también según las concepciones dominantes acerca del derecho y la justicia, en cada sociedad y en cada momento. Rescatamos, entonces, esa idea de auditorio de la nueva retórica (léase particular y universal) en la cual la totalidad de «hombres razonables» ponen los límites para la elaboración de los argumentos.

Y es allí donde la conciencia social jugaría un papel preponderante en la adhesión a ciertos principios, ya que aportaría la razón encarnada en la historia, en nuestro lenguaje, en otras palabras, la aplicación de los PGD para este preciso momento.

Purificando la posición antes expuesta, Aarnio²⁷⁰ parte del precedente de Perelman sobre la idea de auditorio, pero agrega la necesidad del consenso a través de un parámetro que es la coherencia. Es por ello por lo que el

²⁶⁹ Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Ed. Civitas, 1979, p. 558.

mencionado profesor finlandés sostiene que conseguir el consenso de un auditorio exige una argumentación racional desarrollada en un marco fijo que es expresión de una forma de vida y que requiere, también, del empleo de la persuasión.

Parte de la idea de que el consenso debe ser el de criterio mayoritario²⁷¹, y que dicho auditorio es ideal, formado por la comunidad jurídica que se compromete con las reglas y principios de la razonabilidad que denomina «trascendental» (aquella que permite el relativismo)²⁷². Y si subimos

²⁷⁰ Aarnio, Aulis, «Linguistic philosophy and legal theory. Some problems of legal argumentation», en *Rechtstheorie*, 1979, *website*: www.academia.edu, fecha de captura: 14-6-2018, p. 22 y ss.

²⁷¹ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, traducción de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 254-260.

²⁷² Cfr. con *ibidem*. Aarnio explica que esa racionalidad se despliega, así, en una serie de reglas básicas del discurso que son las siguientes: a) reglas de consistencia: exigen que no haya contradicción interna, que se respete la ley del tercero excluido y que se acepten las consecuencias de la regla de la transitividad; b) reglas de eficiencia: el proceso racional debe concluir, para lo cual se hace imprescindible el principio de significados similares en el uso del lenguaje; c) reglas de sinceridad: se concretan en varios principios. Por una parte, el principio de apertura subjetiva, según el cual todo el que pueda hablar pueda también participar en la discusión, sin que quepa excluir a nadie por no poder apoyarse en una autoridad. Por otra parte, la prohibición de la coacción físico-mental o autoritativa. Por otra, el principio de apertura material, que niega la posibilidad de que existan temas excluidos de la discusión. Por otra, la exigencia de honestidad, que impide que un participante pueda invocar una justificación que sabe que es inválida. Y finalmente, la imparcialidad de los participantes, que los lleva a presentar también argumentos contra sus propias razones; d) reglas de generalización: no se puede invocar un juicio de valor que uno no está dispuesto a generalizar para casos similares; e) reglas de apoyo: los enunciados que forman parte de la justificación no pueden ser lógicamente contradictorios. Las reglas precedentes se completan con las reglas de la carga de la prueba, que son de dos tipos: 1) procedimentales: en primer lugar, la situación prevaleciente (una concepción ya aceptada) debe considerarse justificada y constituye el punto de partida, de forma que la carga de la prueba recae sobre quien la crítica. En segundo lugar, quien presenta una justificación de su punto de vista debe presentar una justificación adicional cuando tal justificación deba sea cuestionada. Y finalmente,

el peldaño siguiente, nos encontramos con la teoría de la argumentación desde el punto de vista del profesor de la Universidad de Kiel, Alexy, quien expone la idea del discurso racional práctico general, en un intento de diseñar un código de razón práctica —que garantice la corrección de los argumentos y, con ello, la justificación de las decisiones o juicios de valor—, integrado por veintidós reglas y seis formas de argumentos²⁷³. El uso de estas reglas y formas de

quien recurre a un punto de vista no relevante para la justificación tiene la carga de la prueba y ha de justificar el uso de tal punto de vista; 2) reglas materiales: por un lado, está el principio de igualdad sustancial que postula el tratamiento similar para los casos similares. Por otro lado, y para el ámbito específico de la dogmática, debe justificarse el abandono del recurso a los trabajos preparatorios y de práctica de la Corte. Las anteriores reglas, tomadas en su conjunto, forman parte de los criterios de aceptabilidad o legitimidad, que serían los siguientes: uso de un lenguaje común (*same intersubjective meanings*), cumplimiento de las reglas de la razonabilidad, deber de seguir las reglas de la interpretación jurídica, la justificación de cada interpretación por referencia a una fuente autorizada —de derecho, al menos— y la posibilidad de referirse a los hechos sociales vigentes en el momento y, sobre todo, al conjunto formado por los valores vigentes.

²⁷³ Las veintiocho reglas del discurso propuestas por Alexy se clasifican en: a) reglas fundamentales: expresan las condiciones mínimas de racionalidad, que son el principio de la no contradicción, el de sinceridad en la discusión, el de coherencia del hablante en sus expresiones descriptivas y valorativas y el de comunidad del uso del lenguaje; b) reglas de la razón: formulan las condiciones máximas de racionalidad. Comprenden una regla (deber) general de fundamentación en la que se basan las demás y otras tres reglas que establecen la libre admisión al discurso y traducen las exigencias de igualdad de derechos y la protección del hablante frente a la coacción. Estas reglas de razón sólo se pueden cumplir de manera aproximada, es decir, definen un ideal; c) reglas sobre la carga de la argumentación: tienen un carácter más técnico y pretenden evitar bloqueos distribuyendo la carga de la argumentación para, así, propiciar un desarrollo fluido del discurso. Establecen la obligación de justificar el trato desigual, el deber de razonar cuando se ataca una norma o proposición no discutida, el de aportar argumentos suplementarios solo en caso de contraargumentos y el de fundamentar las afirmaciones o manifestaciones no referidas como argumentos a una manifestación anterior; d) reglas de fundamentación: son relativas a las características de la argumentación práctica. Se dividen en tres grupos: 1) contiene tres variantes de la idea de universalidad: el principio o regla de intercambio de roles, el principio de consenso y el principio o regla de la publicidad (generalidad o paerura de reglas); 2) está constituido por dos reglas atinentes a la prueba crítica de las convicciones normativas

argumentos posibilita el consenso en cuestiones prácticas pero no garantiza dicho acuerdo y, menos aún, su carácter definitivo. El intento de corrección de ese discurso racional práctico general lo resuelve, en opinión de este autor, el discurso jurídico profundizando la fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente. Y, a través de la justificación jurídica, se llega al resultado esperado.

Es así como, en este contexto, el juez debe justificar su sentencia por dos vías: la interna y la externa. La interna apunta a la justificación dentro del ordenamiento jurídico a partir de una norma del silogismo jurídico y se funda en el principio de universalidad. En tanto la externa²⁷⁴ —a su vez, fundamentación

o morales de quien argumenta. A tenor de la primera, tales convicciones no pasan la prueba si no se pueden justificar racionalmente en el momento actual, aunque en su origen, sí estuvieran justificadas. La segunda dispone que tampoco pasan la prueba (en el plano individual) si las convicciones se han establecido únicamente a partir de condiciones de socialización no justificables; 3) está integrado por la regla de la realizabilidad, resultante del hecho de que el discurso práctico versa sobre cuestiones prácticas reales; e) reglas de transición: establecen la posibilidad del tránsito de una forma u otra del discurso, es decir, permiten que, en cualquier momento, cualquier participante pueda pasar del discurso práctico al discurso teórico (empírico), al análisis del lenguaje y al discurso sobre la teoría del discurso; f) las formas de los argumentos: se trata de formas de argumentos específicas del discurso práctico general, pero que no alcanzan la condición de reglas. Son seis: la justificación de las proposiciones normativas por referencia a reglas; la justificación de las proposiciones normativas por referencia a las consecuencias; la fundamentación de las reglas por referencia a las consecuencias; la fundamentación de las reglas por medio de reglas; las reglas de prioridad, cuya finalidad es dirimir entre dos fundamentaciones de la misma forma o de formas diferentes y que son la justificación de la preferencia absoluta; y la justificación de la preferencia condicional entre reglas y principios (Alexy, Robert, «Teoría de la Argumentación Jurídica»).

²⁷⁴ Alexy clasifica las reglas y formas de argumentos de justificación externa en seis tipos: a) de interpretación (de la ley) b) de argumentación dogmática; c) de uso de los precedentes; d) de argumentación práctica general; e) de argumentación empírica; f) formas especiales de argumentos jurídicos. La justificación externa se encuentra recepcionada en la Opinión Consultiva N.º 7 de la Corte Interamericana de Justicia (*Ibidem*).

de las premisas usadas en la justificación interna— atiende a las premisas que podemos clasificar en tres tipos: a) reglas del derecho positivo: su fundamentación se lleva a cabo mostrando que satisfacen criterios de validez del ordenamiento jurídico; b) las premisas de justificación: pueden ser enunciados empíricos; su fundamentación se lleva a cabo recurriendo a los métodos de las ciencias empíricas, máximas de presunción racional o reglas de carga de la prueba en el proceso; c) caben otras premisas que no son ni lo uno ni lo otro.

Podríamos decir que esta justificación externa abre su abanico a los valores, tales como, entre otros, la igualdad, la reducción de discrecionalidad, la justicia, la seguridad.

En ambos supuestos se debe pasar por el cedazo de la saturación o del agotamiento de la jerarquía de argumentos, ponderando el peso de uno sobre otros. Y la finalidad de la argumentación es optar por la solución más valiosa, echando mano a la prudencia como compromiso para la búsqueda del bien.

Citando palabras de Lucía Aseff²⁷⁵, son las características funcionales de los PGD las que muestran su utilidad y su efectividad en la tarea de argumentar, sea a la hora de resolver, sea a la hora de fundar una petición. Porque no es sólo en el marco de la definición sino en el de la argumentación donde los PGD habrán de encontrar su sentido unitario y su razón de ser, a la manera de un *topoi* —conforme a la clásica caracterización de Theodor Viehweg— en tanto no corresponde asignarles una función descriptiva, sino que constituyen, más bien, un elemento comunicativo que sirve a la

argumentación, cuyo valor pragmático reside, precisamente, en su indeterminación, que por ser tal otorga un «plus» de capacidad creativa a quienes recurren a ellos para arribar a la solución de un problema.

Siguiendo a la citada profesora, en efecto, una de las principales funciones es la de servir a la discusión y resolución de las cuestiones sometidas a la decisión de los magistrados, más por el método problemático antes que por el método sistemático —sin desdeñar su utilidad también en éste—, en cuanto suponen un repertorio de conceptos más o menos aceptados por la teoría general del derecho —o bien, por una rama particular—, que funcionarán como posibilidades de orientación e hilos conductores del pensamiento, es decir, que habrán de adquirir relevancia no sólo para la solución del problema sino también para su mismo entendimiento.

Sigue exponiendo que el valor operativo de los PGD reside en que pueden constituir ayudas concretas para la puesta en marcha del razonamiento, fórmulas de búsqueda en sentido retórico, instrucciones para la invención, es decir, para el hallazgo de puntos de vista resolutivos del problema, o posibles vías para la persuasión, lo que nos llevaría a definirlos más por su función que por determinadas notas intrínsecas comunes a todos y a ubicarlos como signos pragmáticos que siempre habrán de ser elucidados dentro del contexto en el que están situados.

Podemos afirmar que la argumentación es la terminología actual del término «interpretación», la versión más moderna del razonamiento y la justificación.

²⁷⁵ Aseff, Lucía, *op. cit.*, p. 101.

La tarea de argumentar mediante PGD a falta de norma, o coadyuvando a la misma, permite al operador del derecho hallar una respuesta razonable que hoy sea correcta y que, en el futuro, puede corregirse o completarse.

La tarea de argumentación mediante principios y reglas no es una opción sino, como lo apunta Alexy²⁷⁶, «una auténtica necesidad». La obtención de decisiones sobre la base de principios exige abandonar la pretensión de razonar en términos formales para adentrarse en un pensamiento práctico que es, inevitablemente, valorativo, lo cual comporta desarrollar un sistema de procedimientos de argumentación y decisión que integran lo que Alexy llama el lado activo del sistema jurídico, por oposición al lado pasivo, que estaría compuesto por el sistema normativo (reglas y principios).

Como acotación final de este punto, y a título de ejemplo, nos parece interesante mencionar que, en la actualidad, se torna insoslayable argumentar intersubjetivamente en la materia de la bioética, en donde es atendible el recurso de la interdisciplinariedad para la solución más valiosa.

Es así como, en casos en que se encuentre comprometida la salud, el cuerpo humano, la aplicación de determinada práctica médica en la que se recurre a la instancia judicial en pos de su autorización, la decisión jurídica debe estar argumentada en forma acabada (sea mediante el art. 19 de la CN o los pactos y/o tratados internacionales con rango constitucional que, de una forma u otra, expresan al derecho a una mejor calidad de vida).

Adaptar y aplicar los modernos principios bioéticos de beneficencia, autonomía y justicia, requiere de una lectura integral de la solución que se trae

a juzgamiento, en donde las especiales características sociales, económicas, culturales y familiares adhieren inconfundiblemente con las jurídicas, puesto que siempre el derecho tiene en el horizonte soluciones justas que, para serlo, deben forzosamente contemplarlas²⁷⁷.

²⁷⁶ Alexy, Robert, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica...», p. 165 y ss.

²⁷⁷ Jáuregui, Rodolfo Guillermo, «Un caso de esterilización por vía de amparo. Nota a fallo STJER», en *La Ley Litoral Juris*, Año 5, N.º 6, Buenos Aires, 2001.

CAPÍTULO III

La equidad como PGD en su funcionalidad de criterio de interpretación en el nuevo art. 2.º del CCCN

*Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique
tribuere.
Ulpiano*

Habiendo avanzado en la especificidad del tema de los PGD, es oportuno y conveniente analizar ahora el instituto de la equidad, adelantando desde ya que nuestro tratamiento será como PGD. No obstante su importancia y actualidad jurídicas, hemos de advertir nuestra disconformidad con el «olvido» de su inserción literal dentro del Título Preliminar del CCCN — «secreto a voces» sobre el cual volveremos—, siendo que su entendimiento quedó plasmado intrínsecamente en el art. 2.º del CCCN como pauta interpretativa relacionada con el art. 9.º y 10 del CCCN.

Como bien lo expresa Rabbi –Baldi Cabanillas²⁷⁸, si bien la equidad constituye una de las nociones más empleadas en la praxis jurídica, su significado, como ha sido reconocido por doctrina, es impreciso. En su opinión, una vía posible de desentrañarlo es la detectar su sentido en las diversas tradiciones jurídicas que concurren en la configuración del concepto de nuestro derecho, ya que en las notorias diferencias que se observan en el alcance dado

²⁷⁸ Rabbi Baldi Cabanillas Renato “La interpretación del derecho de acuerdo a “equidad” en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina” Persona y derecho Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los Derechos humanos. Número 40 pág 445-486 año 1999. cfr. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=241592> (encriptado al 24.04.2023)

a este término por dichas tradiciones (ha identificado cuatro) , se hallaría la causa de la mentada equívocidad.

Según la clasificación del citado autor, estas serían : la primera la griega” *epikeia*”, la segunda la romana clásica *aequitas*, la tercera la romana post clásica de la tradición cristiana propia de la época de la vulgarización del derecho y la última la equidad del control de constitucionalidad de las leyes. Las cuatro tradiciones estarían presentes en una variada jurisprudencia de sentencias de la Corte Suprema de Justicia que invita a realizar algunas consideraciones sobre la importancia de la equidad en el ámbito de la interpretación judicial, ya que permite advertir los diversos y complejos criterios de argumentación de los jueces especialmente frente a casos difíciles, con vistas a lograr la justicia de las resoluciones sometidas a su consideración.

Precisados los distintos sentidos de la equidad que coexisten de acuerdo a Rabbi Baldi Cabanillas, pasaremos al planteo de Vigo en relación con las diferentes concepciones de la equidad²⁷⁹.

Su abordaje nos parece esencial dada la importancia del enfoque que propone el autor, y para ello transcribiremos, textualmente, los nueve puntos que él expresa en su obra acerca del tema y que creemos que son fundamentales para explicar nuestra posición²⁸⁰:

²⁷⁹ Vigo, Rodolfo, *Distintas concepciones de la equidad*, La Ley, 2015, cita *online*: AR/DOC/1431/2015, fecha de captura: 8-6-2019. En la presente tesis la clasificación es de su autoría con transcripción literal en páginas 156/160

²⁸⁰ Las notas al pie de página que refieren citas y otros comentarios son tomados asimismo de la obra de Vigo.

1. Distintas concepciones de la equidad según Vigo:

La presencia de la equidad (*æquitas*, en latín; *epieikeia* o *epiichia*, en griego) acompaña al origen del derecho con relación a la tensión entre la generalidad de la ley y la solución judicial de los casos. Su etimología remite a *æquus* como 'lo igual' y también 'lo justo'. No obstante, su enclave iusfilosófico, tiene rica y abundante presencia en la ciencia jurídica, los códigos y la jurisprudencia; un buen ejemplo de ello puede ser la nota que Dalmacio Vélez Sarsfield incluye al art. 2567 del viejo Código Civil argentino, donde ratifica que «la equidad debe dirigir la resolución de los jueces». Al hilo de esta consideración queda confirmado que el recurso a la equidad es competencia de los jueces a la hora de resolver los casos que tienen bajo su jurisdicción. De todas maneras, el propósito modesto de esta apartado es limitarnos a recordar algunas definiciones o caracterizaciones teóricas jurídicas de ese importante y tradicional concepto de equidad.

1. La equidad como mera rectificación de lo justo legal (Tomás Casares): la equidad mereció expreso tratamiento de Aristóteles en el Libro V de su *Ética a Nicómaco* ²⁸¹conectándola con la justicia, pero precisando que ella se asimila a lo justo y concreto cuando se torna necesario rectificar lo contemplado en la norma legal que en un caso yerra, dadas su generalidad e imposibilidad de contemplar anticipadamente todos los casos.

Aclara Rabbi, ²⁸²que estos errores no obedecen a la redacción de la ley , o para decirlo con una expresión acuñada por nuestro alto Tribunal , a la

²⁸¹ Comentario sobre *Ética a Nicómaco* p.1085 (citado por Vigo...)

²⁸² Rabbi Baldi Cabanellas “ La interpretación... Revista , op cit refiere a fallos : 310:195, 310:1681, 312:1614, 316:1680, 312:1849, 313:1149, entre otros.

“inconsecuencia del legislador”, sino que son debidos a la naturaleza de las cosas, ya que por su misma esencia, la materia de las cosas de orden práctico reviste un carácter de irregularidad”.

2. La equidad como algo ajeno al derecho (Immanuel Kant): en *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, Kant se ocupa de la equidad dentro del llamado derecho equívoco (*jus æquivocum*) o derecho en un sentido lato (*jus latum*), dado que aquélla carece de la facultad de obligar, pues al que pide en nombre de ese principio de la equidad «le faltan las condiciones que son necesarias al juez para decidir cuánto se le debe y de qué manera se puede satisfacer su petición».

3. La equidad como atemperación del derecho (J. Hervada)²⁸³: la idea de la equidad como vinculada a la indulgencia, misericordia o benevolencia se remonta a Platón, pero ha tenido fuerte presencia en los ámbitos eclesiales a punto que se la ha llamado *æquitas canonica*.

En esta misma línea de pensamiento, Rabbi²⁸⁴ parafrasea a Hervada refiriéndose a que en los casos en que no se puede satisfacer el derecho, la equidad lo acomoda a las circunstancias particulares, dándose una cierta satisfacción, que cancela la deuda correctiva.

Aclarado el punto anterior, Vigo sigue clasificando y transcribimos el mismo orden;

²⁸³ Hervada, Javier, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Pamplona, EUNSA, 2000, pgs. 2060-261. (cita de segunda mano en Vigo “Distintas...”

²⁸⁴ Rabbi op cit Revista... p 453

4. La equidad como igualdad (García Maynez)²⁸⁵: más allá de la referencia etimológica que conecta lo equitativo a lo igual, García Máñez, aludiendo al derecho mexicano, escribe: «Decir que un conflicto de derechos debe resolverse observando la mayor igualdad posible entre los interesados, y afirmar que debe solucionarse acatando los dictados de la equidad, es lo mismo».

5. La equidad como irrelevante (exégesis): en el marco de la exégesis francesa decimonónica resulta innecesaria cualquier apelación a la equidad dado que —en clave rousseauiana— se confiaba que el legislador no sólo contemplaba todos los casos (no había lagunas en la ley), sino que el mismo era intrínsecamente justo.

6. La equidad como irracionalismo judicial (Hans Kelsen): el autor de la teoría pura del derecho escribe: «este problema (de los valores) no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional (...) sino por factores emocionales (...) tiene carácter subjetivo.²⁸⁶

Y a mayor abundamiento y claridad, el autor citado, refiere que otras escuelas han considerado el instituto de la equidad como:

7. La equidad dentro de la legalidad y fuente de ilegitimidad Ferrajoli ²⁸⁷: distintos autores han denunciado que el juez ferrajoliano resulta demasiado decimonónico (entre otros, Riccardo Guastini, Juan José Moreso y Michelle Taruffo). Es que al rechazo de los principios y de la argumentación se le suma su escepticismo ético o de la razón práctica que se condensa en la tesis de que «los valores se asumen pero no se justifican»..

²⁸⁵ García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Ed. Porrúa, 53.ª edición, 2002, p. 386. (cita de segunda mano en Vigo, "Distintas...)

²⁸⁶ Kelsen, Hans ¿Qué es la justicia? Website <https://biblio.juridicas.unam.mx> encriptado al 23.09.2019

8. La equidad como justo concreto (C. Massini)²⁸⁸: el profesor mendocino es un característico representante del realismo jurídico clásico y, respaldándose en los textos de Aristóteles y Aquino, amplía la noción de equidad más allá de la rectificación legal para el caso. En efecto, en el marco del derecho argentino, considera que por medio de los tres institutos, «la interpretación realista de la ley», «la doctrina de las lagunas de la ley» y «la declaración de inconstitucionalidad de la norma», es posible «al juez argentino encarnar en los hechos soluciones justas, soluciones que, cuando no resulten de la estricta aplicación al caso de la ley bajo cuyo supuesto cae el hecho en juicio, no serán sino de equidad».

En efecto esta concepción se encontraría dentro de la cuarta categoría expuesta por Rabbi en páginas anteriores llamada “equidad con control de constitucionalidad de las leyes”, donde el juez o tribunal declara la inaplicación *ad causum o in totum* de las normas. Dicho procedimiento ostenta una función que autoriza a considerarla dentro del género de los denominados “juicios de equidad”,

Para concluir esta acertada clasificación de equidad formulada por el Profesor Santafesino, destaca:

9. Nuestra posición (refiere al autor mencionado, Vigo): la equidad se inscribe, intrínseca y necesariamente, en la función judicial, que consiste en derivar, racional o prudencialmente, desde el derecho válido y vigente la mejor o más justa solución para cada caso. Esta caracterización supone que la equidad es algo propiamente jurídico, en tanto completa el esfuerzo por la justicia que justifica la

²⁸⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 40. (cita de segunda mano, de Vigo en “Distintas...”)

²⁸⁸ Massini Correas, Carlos I., *La prudencia jurídica*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis S.A., 2006, p. 306.

existencia del mismo derecho, pues éste recurre no sólo a normas generales justas sino a determinación jurídica concreta, igualmente justa. La equidad no tiene por objeto atemperar al derecho, más bien lo perfecciona proyectándolo con justicia en los casos particulares. Tampoco la equidad puede ser asimilada por el requisito formal de lo igual, dado que éste quedaría cubierto, también, con un tratamiento injusto pero igualitario en casos semejantes. Dado que el derecho se formula a través de respuestas generales, resulta imposible suponer que pueda contemplarse la totalidad de los casos futuros; de ahí el carácter complementario y necesario de la equidad. Por supuesto que si no hay razón práctica el juicio axiológico de la equidad queda remitido al plano de lo irracional o emocional, por ende, resultaría extraño, casi patológico, auspiciar o reclamar por las partes de un proceso una solución equitativa. Finalmente, la equidad no sólo es algo racional sino necesario y conveniente en la tarea judicial, de manera que su legitimidad se juega en el acierto de ese juicio de justicia para el caso.

En ese sentido continúa Vigo adhiriendo —en parte— a las propuestas del realismo jurídico clásico que conecta la equidad a lo justo concreto determinado por la razón práctica prudencial. Pero nos parece apropiado hablar de «equidad en un sentido estricto», asimilándola a la caracterización aristotélica como rectificación de lo justo legal, y «equidad en un sentido amplio» como lo justo concreto. Precizando este último significado vemos que la equidad se amplía abarcando diferentes supuestos judiciales: a) cuando se aclara el sentido prescriptivo de la norma aplicable (por ejemplo, una sentencia constitucional interpretativa o cuando se clarifica una duda semiótica); b) cuando se opta por la mejor solución para el caso dentro de los márgenes de la norma aplicable (por ejemplo, una condena de homicidio dentro de los márgenes legales); c) cuando se escoge la mejor de entre las respuestas

jurídicas disponibles (por ejemplo, cuando el mismo resultado puede obtenerse por diferentes medios jurídicos); d) cuando se deja de lado en ese caso la norma aplicable dado su disvaliosidad o irracionalidad (no estamos hablando de una declaración con efecto *erga omnes*, dado que aquí la función judicial queda asimilada estrictamente a la legislativa, sino que aludimos a la mera inaplicación para un caso de una norma que lo regula; e) cuando se suple la ausencia de respuesta jurídica para el caso sin afectar exigencias jurídicas indisponibles (o sea, el supuesto llamado tradicionalmente de integración de lagunas de la ley).

Agrega el profesor santafesino que el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica incluye, en el capítulo V, los principios «Justicia y Equidad» y su art. 36 señala: «La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes». Por todo lo expresado, no nos queda sino lamentar el silencio sobre la equidad en el Título Preliminar del nuevo Código Civil y Comercial, ello a pesar de que su aplicación requerirá abundantemente de juicios equitativos por parte de los jueces, conforme a lo que esperarán las partes de esos respectivos procesos.

Hasta aquí, las palabras de Vigo abriendo camino. Es innumerable la jurisprudencia que existe en nuestros tiempos que deja el sello de la remisión a

la equidad como herramienta diaria en el quehacer de sentenciar de los magistrados²⁸⁹.

²⁸⁹ «La equidad no ha sido consagrada en nuestro derecho como principio independiente de la ley. No es fuente directa de derecho. Solamente se la acoge cuando la ley acude a ella para determinadas aplicaciones. Es claro que importa un elemento de indiscutible valor en la interpretación de las normas positivas, a fin de lograr la justicia que el caso requiere, pero no cabe acudir a la equidad para soslayar el sistema legal vigente y menos para contradecirlo abiertamente en la solución del conflicto particular (C. Nac. Civ., Sala C, “Demalde Elia s/ Sucesión”, LL 1986- C 308, 18-12-1995); «La equidad importa la realización de una justicia antiformalista, realista y humana, procura desprenderse de los obstáculos que pueden oponer los textos legales para adecuar el ordenamiento jurídico al natural» (C. Apel. Junín, “Bettini, Mario c/ Garay Silvestre S.R.L.”, LL 980-112, 29-6-1979); «Es tarea más que ardua, imposible, pensar en una regla absoluta o querer trazar una línea categórica de demarcación para deslindar donde principia y donde termina la responsabilidad médica: debiendo en cada caso ser resuelto con un alto criterio de equidad, sin excesiva severidad, que lleve a tornar imposible el ejercicio de la medicina» (C. Nac. Civ., Sala B, “Olsauskas de Argamasilla, Ana M. c/ Municipalidad de Capital, LL 1986- A 413, DJ 9860I, ED 116-283, 11-9-1985); «El juez debe buscar una aplicación equitativa de la ley o de los principios: pero no debe , con descuido de la ley no conocer otra guía que la equidad» (C. Nac. Civ., Sala C, “Wagener María C. c/ Works S.R.L.”, ED 92-439, 30-9-1980); «El Juez no solo puede sino que debe juzgar con equidad en los casos sometidos a su decisión. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del derecho» (C. Nac. Especial Civ. y Com., Sala IV, “González Ilda c/ Poumeu Delille Guy”, LL 1983-A-21, 10-6-1982); «La equidad es creadora, individualizadora e integradora de la norma legal en el trance de elaboración de la sentencia» (C. Nac. Trab., Sala I, Pinto Luis ED 103- 298, 13-9-1982); «La equidad no interviene solo para admitir soluciones que beneficien a los trabajadores, sino que también para asegurar la debida vigencia de los principios generales de justicia aplicada al caso en concreto, por lo que también corresponda se le ponga en práctica cuando de ella se siga una limitación a los derechos del derecho aparente del trabajador» (ST Córdoba, Sala Laboral, LLC 985, 482, 21-8-1984); «El Juez no sólo puede sino que debe juzgar con equidad, en los casos sometidos a su decisión . De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del derecho» (C. Nac. Esp. Civil y Co., Sala IV, 6-10-1982); «Los PÁG.D deben armonizar con las circunstancias particulares de la causa a fin de resolverla en equidad, cuya consideración es principio hermenéutico en materia mercantil» (C. Nac. Com, Sala D, “Morvin S. A. c/ Orly SA” ED Rep 14, p. 750, 15-6-1979).

El postulado que el juez debe siempre sentenciar, si no es en base a la analogía y en último extremo según los principios generales del derecho, constituye al mismo tiempo un principio general del derecho²⁹⁰.

Para realizar la síntesis entre la equidad y la ley se le permite flexibilizar esta última merced la intervención creciente de reglas de derecho no escritas, representadas por los PGD y por la toma en consideración de tópicos jurídicos²⁹¹.

Afirmaremos que la interpretación del juez lleva dos grandes limitaciones formales resultantes de dos principios fundamentales de la Constitución Nacional: el de supremacía de la Constitución y el principio de legalidad, corolario del anterior que implica la necesidad de fundar toda resolución judicial, definitiva o no, en una ley preexistente. Queda excluida, en todo caso, la arbitrariedad, aunque pretenda ejercer sobre supuestos de equidad o principios de justicia, elegidos a *piacere* por el juzgador²⁹².

Respetados los límites objetivos enunciados, que son infranqueables, el juez es soberano en la interpretación de las normas. Las consideraciones de equidad y de justicia pueden, y deben, entrar como ingredientes de su previa tarea de hermenéutica legal, siempre a condición de que se respete el derecho vigente y no se sustituya el texto claro y expreso de la ley por la voluntad personal del juez, que es lo que caracteriza la arbitrariedad.

Ya dentro del orden interno constitucional podemos afirmar grandes visos de equidad en el preámbulo en lo atinente a la premisa de «afianzar la

²⁹⁰ Díaz Couselo, José María, *op. cit.*, p. 17.

²⁹¹ Perelman, Chaïm, *op. cit.*, p. 179.

justicia», reforzada por otra que remite a una justicia metapositiva y razonable —«Dios fuente de toda razón y justicia», siendo que la justicia se afianza en concreto a través de la equidad.

Es así como la Corte Suprema de la Nación, en varios casos, trazó algunas líneas directivas para el juicio de equidad²⁹³:

- la ley no puede interpretarse y aplicarse con exclusivo o excesivo apego a su texto.
- Por lo contrario, más allá de su letra hay que atender a la *ratio* o finalidad.
- El órgano intérprete y aplicador no debe desentenderse del resultado último de su faena, antes bien procurará soluciones más valiosas y evitará aquellas que riñan con el «buen resultado jurídico».
- Porque la aplicación mecánica de la ley y la consagración, a través suyo, de una iniquidad pugna con el adecuado servicio de justicia y resulta incompatible con la recta misión de los jueces.

Es el texto constitucional a través de la reforma de 1994 el que trae a colación Gardella, que encuentra a la equidad como componente obvio de nuestro sistema constitucional:

- el art. 75, inc. 19, acerca de la atribución del Congreso para legislar sobre educación pública, ajustándose al «principio de equidad»;

²⁹² Dana Montañó, Salvador, *op. cit.*, p. 810.

²⁹³ Gardella, Lorenzo, *op. cit.*, p. 17.

- el mismo artículo, en el inc. 2, en cuanto exige que la distribución de los tributos por ley-convenio entre nación y jurisdicciones locales sea «equitativa»;

- el art. 42, que asegura a los usuarios y consumidores, condiciones de trato digno y equitativo.

A esta altura del trabajo debemos recordar que en todos los ordenamientos jurídicos se admite el funcionamiento de tribunales arbitrales en los que los jueces deben fallar *ex aequo et bono*, moderando el rigor de la ley.

La equidad es un elemento de indiscutible valor en la interpretación de las normas positivas para lograr la justicia que el caso requiere, mas ello no significa colocar la equidad por encima de la ley en un ámbito suprallegal que le permita al juez actuar, so pretexto de dar equidad, a su *piacere* y en forma arbitraria.

Sostuvimos que la equidad, axiológicamente hablando, es justicia y, parafraseando las palabras de Roberto Brebbia²⁹⁴, «puede decirse que la meta final del derecho es la justicia, que penetra e impregna toda su estructura, e impone la equidad como factor moderador de todo el sistema, para obtener su concreción en el caso particular. Sin la cual las normas positivas constituirían solo meras aspiraciones y no concreciones del valor justicia en el plexo del mundo del Ser».

A esta altura del trabajo nos preguntamos: ¿es la equidad un PGD? Dos han sido las posturas que la doctrina ha adoptado en torno al carácter de la equidad

como PGD. Por un lado, se le ha negado tal carácter, por otro lado, se le ha reconocido. La mayoría de los autores que hemos consultado, en forma categórica pero apriorística, afirma que la equidad es un PGD.

En Italia, Osilia sostiene que la equidad es un PGD, ya que «toda ley, en cuanto no es un acto arbitrario individual, se inspira necesariamente en una cierta idea de equidad que precede a la determinación de la esfera de libertad de cada uno, a la reglamentación de sus relaciones, al modo de dirigir sus conflictos. La ley, bajo este aspecto, es la expresión más auténtica de la equidad y esta equidad es concebible con el procedimiento de abstracción de los PGD positivo, con los cuales se identifica»²⁹⁵.

A favor, Eduardo García Máynez²⁹⁶ sostiene que la equidad es un PGD y funda su postura argumentando que, si analizamos una serie de disposiciones legales, llegamos necesariamente, por inducción, a obtener preceptos más abstractos, en los que late el anhelo del legislador de hacer preceptos justos, y recuerda a Gustavo Radbruch, para quien todo derecho positivo representa «un ensayo desgraciado o feliz, de realización de la justicia». Para el jurista mexicano esta razón es suficiente para calificar a la equidad como principio general del derecho, el primero de ellos, sin que, por ser la equidad el más elevado de los principios, se le pueda negar el carácter de ser uno de los principios generales.

²⁹⁴ Brebbia, Roberto H., «La equidad en el derecho de daños», en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997. p. 45-54.

²⁹⁵ Citado en García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 140.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 377.

En el sentido negativo del tema, Azúa Reyes²⁹⁷ sostiene que la equidad, a través de su única forma posible de realización que es la justicia legal, se encuentra presente como idea, como inspiración y como finalidad en todas y cada una de las partes de un ordenamiento jurídico dado, cualquiera que él sea. Se funda en una base ideal, que es la razón, luego, entonces, podemos considerar a la equidad como el principio absoluto del derecho, y con ello, creemos fundar suficientemente nuestra postura en el sentido de negar a la equidad el tan difundido carácter de principio general para llegar a esta afirmación: la equidad es el principio absoluto del derecho y, por lo mismo, no puede encontrarse al mismo nivel de los demás que sólo alcanzan el carácter de generales.

Como veníamos diciendo, García Máynez²⁹⁸ se manifiesta a favor de la opinión que considera la equidad como PGD, ya que sirve de base de todos los principios. Dice que si, de un lado, hiciéramos una interpretación positiva de la expresión PGD y así sustentamos que, para llegar a su establecimiento, tendrá el juez que elevarse por inducción hasta las normas más abstractas, partiendo del estudio de gran multiplicidad de dispositivos especiales del derecho positivo, tendremos que admitir que, en el fondo de esas disposiciones, palpita el deseo —realizado o no— de sus autores de hacer de ellas preceptos justos. Así, si una norma que ordena al legislador la elaboración de leyes justas es la expresión del primero de sus deberes, no se podrá decir que la equidad sea radicalmente diferente de los PGD. Si, de otro modo lo interpretamos sobre el

²⁹⁷ Azúa Reyes, Sergio, *op. cit.*, p. 169.

²⁹⁸ García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 377.

prisma iusnaturalista, la conclusión tendrá que ser la misma. En cualquiera de las hipótesis, la conciencia valorativa del juzgador le insinuará que, sin olvidar las exigencias de seguridad jurídica o sin oponerse a las disposiciones de la legislación vigente, debe acatar el principio que le ordena ser justo en el caso en concreto. La equidad nada más es una señal para la solución justa de los casos singulares; cuando en el caso de omisión no hay ley aplicable, debe el juez inspirarse en criterios equitativos.

Digamos que existe un enlace entre los PGD y la equidad: siguiendo a De Castro y Bravo²⁹⁹, la equidad no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios superiores (*altiora principia*) de justicia para decidir un caso para el que resulta inadecuada (según el principio general correspondiente) la regla legal.

Rezzónico³⁰⁰ entiende que la equidad es, de por sí, un principio general de gran magnitud que guía la justicia por las problemáticas anfractuosidades del caso particular. La equidad fija, la clave de lectura de la justicia, es variable al infinito, como son variables los casos que deben definirse.

Otros autores niegan tal equivalencia, entre ellos María Helena Diniz³⁰¹, Giuseppe Piola³⁰² y Francesco Ferrara³⁰³.

²⁹⁹ De Castro y Bravo, Federico, *Derecho civil en España...*, p. 471.

³⁰⁰ Rezzónico, Juan Carlos, *Principios fundamentales de...*, p. 334.

³⁰¹ Diniz, María Helena, *op. cit.*

³⁰² Piola, Giuseppe, «L'equita», en el *Digesto italiano*, Vol. X, Torino, 1895-1898, p. 506.

³⁰³ Ferrara, Francesco, *op. cit.*, p. 61.

2. Funciones de la equidad

A continuación, daremos algunas notas a acerca de las funciones de la equidad en su aplicación a la luz de los PGD.

Siguiendo a Paul Vinogradoff, podemos hablar de tres funciones: a) *iuris adivandi* o posibilidad de adaptar la norma al caso en concreto, es decir, la concreción de la ley según las circunstancias del caso a juzgar; b) *iuris suplendi* o integración de las lagunas del derecho; c) el *iuris corrigendi*, que evita las consecuencias excesivas de la norma en el caso de juzgamiento.

Por su parte, Adolfo Di Majo³⁰⁴ considera: a) la adaptación de la norma al caso como un modo de aplicación del derecho, un expediente de técnica legislativa que salva el contraste entre el derecho escrito rígido y las necesidades propias del caso en concreto, lo que no excluye la idea de templar el rigor de la norma escrita en relación a las circunstancias del caso; b) la medida, abarcando hipótesis en las que la decisión del juez debe basarse en cálculos, individualizando elementos del contrato o de la relación que no pueden fijarse por anticipado, apareciendo ello como «justa apreciación del juez»; c) la formulación judicial del derecho como contrapropuesta a la legislativa, lo que significa una equidad social y se vincula con la política del derecho.

La equidad ejerce influencia en la elaboración legislativa, de allí que la llamemos función formativa. Aparece como informadora de ciertas leyes, asimismo, en la interpretación de las normas. En esa función interpretativa

puede significar: a) el predominio de la finalidad de la ley sobre su letra aplicada, en el sentido de coadyuvar a la inteligencia del texto normativo, de conformidad con los datos fácticos-sociales; b) la preferencia, entre varias interpretaciones posibles de una norma, por la más benigna y humana³⁰⁵.

De lo expuesto se extrae que la equidad goza de sentido de benignidad, moderación y caridad, lo que equivale a *benignitas, humanitas, pietas y clementia*³⁰⁶, ya que, ante la tensión con el derecho, necesita una respuesta más humanizada.

Reforzando la idea de que la equidad es un PGD aparece el sentido de la «adaptabilidad en el tiempo» que se relaciona con las exigencias de nuestros días y en un medio social determinado.

Y concluyendo sobre este tema, repetimos las palabras de Del Vecchio: «por esto se hace necesario el uso de la equidad»³⁰⁷; de ello se deriva, como clara enseñanza, que no es sólo un medio secundario, sino un instrumento necesario al intérprete, por la naturaleza misma como está planteada su tarea, dicho con cierta generalidad: normas abstractas, por una parte, y casos específicos, a veces no contemplados o con resultado injusto disvalioso en su aplicación específica por la otra. En efecto, Vittorio Frossini agrega que la equidad implica una suerte de «válvula de seguridad» del mecanismo jurisdiccional, siendo irrenunciable en toda la experiencia jurídica y la ética, en

³⁰⁴ Di Majo, Adolfo, *Dibattito en L'equità Convegno in onore a Primo Tondo*, 1975, *website*: www.academia.edu, fecha de consulta: 9-6-2020., p. 176 y ss.

³⁰⁵ Diniz, María Helena, *op. cit.*, p. 252.

³⁰⁶ Biondi, Biondo, *Instituzioni di diritto romano*, p. 63, *website*: www.academia.edu , fecha de captura: 31-6-2018.

lo que tiende de analogías con ese principio; no debe entenderse tanto como moralidad del sujeto sino más bien como ética civil, como sistema de valores sociales, como ideología de una comunidad, de la cual el jurista trata de ser intérprete.

En páginas siguientes volveremos sobre este punto de funcionalidad, pero ya en su faz algorítmica, (pensando *out of the box*) intentando como principio jurídico ingrese a la categoría disruptiva, en intento de transformar el control de la una sentencia como acabado final de un proceso judicial . Ello partiendo de la base que es necesario conocer el instituto desde su genética doctrinaria. De allí el innegable y merecido tratamiento del tema.

3. La equidad escondida en el Título Preliminar

Se ha convertido en un gran interrogante de fondo qué vertebró la incorporación de la equidad por fuera del Título Preliminar.

Es sabido que el Título Preliminar se ubica bajo un paradigma teórico-metodológico alejado del positivismo legalista imperante en el siglo XIX, el que se reemplaza por un planteamiento conocido como «principalista» o de la razón «práctico prudencial».

Por lo expuesto, en el Título Preliminar rezan los fundamentos (III, 3) no teniendo pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema sino que aspira al diseño de una línea de base. Se asume, pues, la idea ya planteada por Coing, según la cual el trabajo en torno al sistema sigue siendo una tarea

³⁰⁷ Citado en Rezzónico, Juan Carlos, *Efecto expansivo de la buena fe*, Buenos Aires, La

permanente: sólo es preciso hacerse cargo de que ningún sistema pueda dominar deductivamente la plétora de problemas; el sistema tiene que permanecer abierto. Esta es sólo una síntesis provisional³⁰⁸.

Sin embargo, pese al claro apartamiento del modelo legalista, continúa expresando el autor citado que el Título Preliminar no incluye como fuentes del derecho criterios ya extendidamente aceptados, tal es el caso de la jurisprudencia y de la equidad.

Ese desliz (vaya a saber si intencional o no) de no considerar la equidad en el Título Preliminar pese a que, según la nota del art. 789 del Código de Vélez, «siempre es un principio para el derecho civil» y a que la reforma de la Ley 17.711 lo había receptado en el art. 907 del Código Civil (indemnización por equidad). Asimismo, había sido incorporada como fuente por un ordenamiento que la Comisión redactora tuvo a la vista, según surge de los fundamentos (III, 1), el art 3.2 del Código Español, luego de la reforma de 1972-1974 a su Título Preliminar y que prescribe que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas»³⁰⁹.

Sin perjuicio de ello, en el cuerpo del nuevo Código hay innumerables artículos que hacen referencia a la equidad.

En algunos casos se mantiene, casi textualmente, lo dispuesto por el Código Civil anterior. Eso sucede con el caso de la lesión (art. 332, CCCN), el reajuste en el contrato de servicios (art. 1255, CCCN) y el legatario que adquirió el bien que recibe por testamento (art. 2507, CCCN). En otros casos

Ley, 1991, p.347.

³⁰⁸ Rivera, Julio César, *op. cit.*, p 54.

es posible identificar una ampliación de la regulación con relación a la legislación derogada. Ejemplo de ello son el criterio de reajuste equitativo que está incorporado en los arts. 1261 (caso del desistimiento unilateral), 1267 (imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa) y 1268 (destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega). En lo que concierne a la donación remuneratoria, el nuevo art. 1564 del CCCN sigue al código anterior y también incorpora una mención al tema en el art. 464 referido a la calificación de ciertos bienes como propios de cada uno de los cónyuges. En el nuevo art. 1742 del CCCN se prevé la regla general de atenuación de responsabilidad por parte del juez, en cierta continuidad con el anterior art. 1069 del Código Civil. Dispone el art. 1742: «Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable». Se mantiene, de tal modo, la exclusión de esta posibilidad para casos de dolo y se agregan el deber de considerar «la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho». Por su parte, el art. 1750 rescata la idea de reparación por actos involuntarios basada en razones de equidad, con algunas particularidades: 1) elimina el carácter puramente potestativo de la reparación del daño causado por actos involuntarios, que en el anterior art. 907 del Código Civil se plasmaba en la expresión «los jueces podrán»; 2) mantiene la referencia a las «razones de equidad», lo que plantea, por un lado, cierto carácter excepcional de la situación y, por el otro, la remisión a un tipo de

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 54.

indemnización morigerada conforme a los criterios del art. 1742 del CCCN; 3) al remitir al art. 1742 se aparta, claramente, del principio de reparación «plena» previsto en el art. 1740 del CCCN; 4) mantiene los dos criterios de ponderación del juicio de equidad que figuraban en el anterior art. 907, modificado por la Ley 17.711 (patrimonio del autor del hecho y situación personal de la víctima), y agrega la mención a las «circunstancias del hecho». Otras aplicaciones resultan, en cambio, innovadoras respecto al Código anterior. Entre los casos de nuevos usos de la equidad encontramos el art. 650 del CCCN donde se califica la distribución de tareas entre los padres, en la modalidad de cuidado personal compartido indistinto: «el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado». Un nuevo uso aparece también en el art. 1068 del CCCN, donde la equidad aparece como criterio último de interpretación de los contratos a título oneroso: «Expresiones oscuras. Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes». En la regulación de los contratos de consumo, el art. 1098 del CCCN se refiere al deber de «trato equitativo y no discriminatorio»: «Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores». En relación con el arbitraje, el art. 1652 considera el caso del

contrato en que se autoriza expresamente a los árbitros a «decidir la controversia según equidad». Si ello no sucede, y nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables compondores, «se debe entender que es de derecho». Este artículo plantea un interesante problema de fondo, en el sentido de determinar si estamos ante una concepción de la equidad como una realidad «extrajurídica», distinta a la solución «de derecho». Los desarrollos sobre la noción misma de equidad nos permiten concluir que ello no es correcto y que hay que considerar a la equidad como una parte de la justicia y, por tanto, como una institución propiamente jurídica, aunque de carácter excepcional. Un nuevo uso de la equidad se destaca en relación con el estado de necesidad como justificación de un daño en el art. 1718 del CCCN, que dispone: «Está justificado el hecho que causa un daño: [...] c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo».

El art. 1785 del CCCN postula, por su parte, a la equidad como criterio señero para determinar el deber que pesa sobre el dueño del negocio de remunerar a quien ha hecho una gestión útil, «si la gestión corresponde al ejercicio de su actividad profesional, o si es equitativo en las circunstancias del caso». Finalmente, podemos reconocer una dimensión inversa en el nuevo Código en la que no se mantienen ni introducen nuevos casos de equidad, sino que se eliminan referencias preexistentes en la antigua codificación. Si bien el

retroceso es mínimo, y muchas veces meramente nominal, existen supresiones puntuales que consideramos necesario mencionar.

En tal aspecto, cabe puntualizar el nuevo artículo referido a la teoría de la imprevisión (art. 1091, CCCN) y el nuevo artículo sobre protección de la intimidad (art. 1770, CCCN). También desaparece la mención a la equidad que contenía el anterior Código en relación con las obligaciones naturales, que ahora cambiaron su denominación en una redacción que merece críticas: «Pago espontáneo. El pago espontáneo de una obligación prescripta no es repetible» (art. 2538, CCCN). En función de lo dicho podemos concluir que no hay una modificación sustancial en cuanto a los usos del término «equidad» en el nuevo CCCN en comparación con el anterior código. Pero sí se evidencia una transformación cualitativa del valor acordado a la equidad como fuente jurídica, como consecuencia de la exaltación de los principios jurídicos y de la importancia hermenéutica asignada al caso, ya no sólo como materia pasiva del derecho sino como entidad co-constructiva del derecho. En sintonía con ello, advertimos en la nueva legislación un incremento cuantitativo apreciable de previsiones normativas que positivizan la idea de equidad. Algunas de ellas condensan la concepción romana de equidad y otras trasuntan la aplicación de la equidad como *epikeia*, de la tradición aristotélica.

Desde la óptica de la jurisprudencia, la equidad se invocó, reiteradamente, como un parámetro axiológico decisivo para apartarse del rigor de las soluciones jurídicas generales, cuando su aplicación conducía a resultados manifiestamente injustos. En este sentido, la Corte Nacional ha recurrido en más de una ocasión a la equidad como pauta flexibilizadora de

normas procesales cuando éstas entran en conflicto con principios jurídicos fundamentales. En tal sentido, se ha resuelto que: «[...] no obsta a lo resuelto que el recurso de queja por apelación extraordinaria denegada interpuesto por el Defensor General fuera deducido vencido del plazo establecido por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación pues priorizar el principio de perentoriedad de los plazos no solo resultaría contrario a razones de justicia y equidad que median en el caso sino que además significaría frustrar los derechos que se encuentran en juego mediante una decisión excesivamente rigurosa y, cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con articular tutela constitucional»³¹⁰. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha hecho uso de ella para justificar el reajuste de contratos, cuyo equilibrio sinalagmático quedó desfasado como consecuencia de circunstancias económicas extraordinarias: «Reclamado el pago del saldo del precio convenido en dólares estadounidenses por el contrato de compraventa cuya procedencia depende de la interpretación de las normas dictadas en la emergencia económica, en particular, del art. 11 de la ley 25.561 (en cuanto ordenó la pesificación de las deudas entre particulares), la sentencia que difiere la pretensión de reajuste equitativo, desatiende las pautas de equidad y esfuerzo compartido previstas en las normas de emergencia y en los lineamientos esbozados por la doctrina legal de este Tribunal. Tal aplazamiento

³¹⁰ Borda, Guillermo A., *op. cit.*, p. 93.

constrañe a los accionantes a replantear un tópico ya debatido, generando un dispendio jurisdiccional incompatible con el adecuado servicio de justicia».

También se ha apelado al recurso de la equidad cuando los elementos obrantes en la causa resultan insuficientes para determinar la concreta extensión de un derecho, pero no hay duda acerca de su existencia: «En definitiva, de lo que vengo exponiendo se desprende que me veré forzado a recurrir a las amplias facultades que me otorga el último párrafo del art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial, fijando de tal modo, y a falta de mayores elementos, una indemnización de acuerdo a parámetros de equidad y razonabilidad»³¹¹.

Los tribunales inferiores de la Provincia de Buenos Aires también han apelado a la equidad como pauta integradora de derecho. Así, por ejemplo, en materia de determinación de tasa de interés, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata sostuvo que: «Reconocida la potestad de los jueces para fijar las tasas de interés moratorio, también deberá admitirse el que no sean vulneradas las reglas que deben gobernar toda decisión judicial: la equidad y la prudencia, el respeto por los principios inherentes al orden jurídico, la debida atención a las circunstancias del caso, la expresión del proceso racional que origina la decisión tomada, etc.»³¹².

³¹¹ Ver por todos SCBA, "González de Iburguren, Ethel Myriam y otros c/ Biondo, Alejandro Juan Ramón. Cumplimiento de contrato", LP C 1208, 21-2-2018 (Arazi, Roland *et. al.*, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado y comentado*, Tomo I, 2^{da} edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012, pp. 346-347).

³¹² Aboslaiman, Lucrecia, « La equidad como principio general del derecho. Criterio de interpretación», en *Revista argumentos. Estudios Transdisciplinarios sobre Culturas*

Según el profesor Vigo, la equidad se inscribe intrínseca y necesariamente en la función judicial, que consiste en derivar, racional o prudencialmente desde el derecho válido y vigente, la mejor o más justa solución para cada caso. Esta caracterización supone que la equidad es algo propiamente jurídico, en tanto completa el esfuerzo por la justicia que justifica la existencia del mismo derecho, pues éste recurre no sólo a normas generales justas sino a la determinación jurídica concreta, igualmente justa. La equidad no tiene por objeto atemperar al derecho, más bien lo perfecciona proyectándolo con justicia en los casos particulares. Tampoco la equidad puede asimilarse al requisito formal de lo igual, dado que éste quedaría cubierto, también, con un tratamiento injusto pero igualitario a casos semejantes. Dado que el derecho se formula a través de respuestas generales, resulta imposible suponer que pueda contemplarse la totalidad de los casos futuros, de ahí el carácter complementario y necesario de la equidad. Por supuesto que, si no hay razón práctica, el juicio axiológico de la equidad queda remitido al plano de lo irracional o emocional, por ende, resultaría extraño, casi patológico, auspiciar o reclamar por las partes de un proceso una solución equitativa. Finalmente, la equidad no sólo es algo racional sino necesario y conveniente en la tarea judicial, de manera que su legitimidad se juega en el acierto de ese juicio de justicia para el caso³¹³.

Jurídicas y Administración de Justicia, N.º 4, 2017, pp. 65-75, website: <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar>, fecha de captura: 14-7-2019.

³¹³ Vigo, Rodolfo L., *Distintas concepciones de la equidad*, La Ley, 2015, cita *on line*: AR/DOC/1431/2015, fecha de captura: 8-6-2019.

Descartadas las visiones precedentes, concluimos adhiriendo a las propuestas del realismo jurídico clásico que conecta la equidad a lo justo concreto determinado por la razón práctica prudencial. Pero, nos parece apropiado hablar de «equidad en sentido estricto» asimilándola a la caracterización aristotélica como rectificación de lo justo legal, y de «equidad, en un sentido amplio» como lo justo concreto. Precizando este último significado vemos que la equidad se amplía abarcando diferentes supuestos judiciales: a) cuando se aclara el sentido prescriptivo de la norma aplicable (por ejemplo, una sentencia constitucional interpretativa o cuando se clarifica una duda semiótica); b) cuando se opta por la mejor solución para el caso dentro de los márgenes de la norma aplicable (por ejemplo, una condena de homicidio dentro de los márgenes legales); c) cuando se escoge la mejor de entre las respuestas jurídicas disponibles (por ejemplo, cuando el mismo resultado puede obtenerse por diferentes medios jurídicos); d) cuando se deja de lado en ese caso la norma aplicable dado su disvaliosidad o irracionalidad (no estamos hablando de una declaración con efecto *erga omnes*, dado que aquí la función judicial queda asimilada estrictamente a la legislativa, sino que aludimos a la mera inaplicación para un caso de una norma que lo regula; e) cuando se suple la ausencia de respuesta jurídica para el caso sin afectar exigencias jurídicas indisponibles (o sea, el supuesto llamado, tradicionalmente, «de integración de lagunas de la ley»).

A través del espejo de los principios y valores jurídicos, el Código Civil y Comercial de la Nación auspicia una conexión material entre derecho y moral, en cuyo seno sobresale la equidad como principio articulador de principios.

Como sostiene Vigo, «los principios jurídicos [...] implican recuperar para el derecho el sentido último que explica y justifica su existencia, que él no es un mero medio técnico en donde solo importa su perfección sistemática. Los principios remiten el derecho a la antropología o, mejor dicho, a lo que es más propiamente humano, o sea, su eticidad, su felicidad y su buen vivir y convivir». Y la equidad viene a garantizar, precisamente, la coexistencia justa de aquellos principios en cada caso concreto³¹⁴.

En conclusión, en el nuevo CCCN la equidad no ha sido literalmente tratada en su Título Preliminar. Si bien no está expresamente enunciada, podemos inferir que la intención estaría dada cuando advertimos que el art. 2º, mencionando a los PGD, la incluirían en esa categoría, jugando un papel preponderante como pauta interpretativa; y en su art. 3º, en cuanto al deber de fallar de los jueces mediante una decisión razonablemente fundada —nosotros agregamos, prudencialmente—, desde el derecho válido y vigente, tendiente a lograr la más justa solución para el caso en cuestión.

³¹⁴ Vigo, Rodolfo L., *La interpretación (argumentación) jurídica...*, p. 349.

CAPÍTULO IV

Código Civil y Comercial de la Nación. Ubicación de los principios

jurídicos en el artículo 2.º. La nueva era

No piensen que he venido a anular la ley o a los profetas; no he venido a anularlos sino a darles cumplimiento.

Mateo 5:17/48

1. Un poco de historia

1.1 Los aires de la codificación

Se ha entendido como codificación a aquel proceso sobre el cual una comunidad jurídica fija el contenido del derecho vigente, reuniéndolo en un cuerpo escrito con vocación de permanencia³¹⁵.

El siglo XIX mostró la expansión del modelo codificador cuyo protagonista fue el Código de Napoleón, en tanto sirvió de fuente a códigos de países europeos, latinoamericanos y de otros continentes. Dicho proceso codificador no se limitó al derecho civil únicamente, sino que se extendió al comercial y a otras ramas del derecho.

Cuando Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo elaboraron el proyecto del Código de Comercio —que se determinó como ley para el Estado de Buenos Aires, entonces separado del resto de la Confederación— no existía todavía una codificación en el orden civil.

³¹⁵ Highton, Elena I., «Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del Derecho argentino», en *Claves del Código Civil y Comercial*, Alegria, H. y Mosset Iturraspe, J. (dirs.), Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 16.

Ello los obligó a redactar treinta capítulos de derecho común. La ley mercantil surgió, entonces, con numerosas disposiciones de corte civilista.

Luego de la reunificación política, este Código de Comercio fue extendido toda a la Nación por la Ley 15, de 1862. Con esos fines se revisó, con el objeto de suprimir disposiciones que se habían incluido ante la ausencia de un Código Civil y de mantener coherencia con éste. En 1889 resultó convertido en la Ley Nacional 2637.

Ya haciendo un análisis del Código de 1869, Jorge Llambías³¹⁶ sostiene que Vélez Sarsfield no se comportó como un ideólogo, sino que fue prudente en cuanto a la ponderación de los usos y costumbres de la sociedad sobre la que legislaba. En el mismo sentido, agrega el autor: «(...) el ideólogo, llevado muchas veces de buena fe por una cierta percepción *a priori* del orden social, pretende acomodar la realidad y a su particular ideal, sin atender a las exigencias propias de la teoría social en trance de ordenarse (...). El jurista en cambio, sin dejar de orientarse por el ideal que lo anima y especialmente estimulado por la virtud de la justicia, está atento en el despliegue de su actividad a las condiciones concretas de la realidad ambiental que lo circunda (...). En este sentido Vélez Sarsfield era un jurista acabado e intuía plenamente lo que convenía a la salud de su pueblo, tal como lo demostró en la organización del régimen matrimonial».

Señalaremos, simplemente, que la sanción de un Código Civil único argentino llevó al mismo Alberdi a afirmar que «la idea de un código unitario y

³¹⁶ Llambías, Jorge, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Tomo 1, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1999, p. 191 y ss.

centralista es incompatible con la idea de un país compuesto de muchos estados soberanos o semisoberanos (...). Después de haber construido en el molde de la Constitución de los Estados Unidos, el Código Civil es una contradicción in *terminis*, un absurdo legal»³¹⁷.

Más tarde, desde comienzos del siglo XX, los códigos alemán y suizo de las obligaciones reflejaron una metodología más moderna que la del Código Napoleón y sirvieron de inspiración a nuevos códigos y a las reformas de los existentes. Lo mismo sucedió con el Código Civil italiano de 1942³¹⁸.

1.2 La consecuente descodificación

La descodificación aparece como un fenómeno que sustrae al código de su lugar central producido por la legislación especial. Se abandonó la unidad del sistema jurídico con la creación de una multiplicidad de microsistemas y de subsistemas, cada uno con principios y lógica propios. El problema central es la gran desconexión que existe entre estos microsistemas, cada uno crece y se desarrolla con gran autonomía. Los códigos quedan erosionados y ello da lugar a la descodificación.

En el siglo XX, destaca Rivera que la doctrina advirtió que existía un proceso de descodificación; Natalino Irti y su famosa obra *La edad de la descodificación* marcaron el rumbo. Así, el autor cita a Rodolfo Sacco quien sintetiza las ideas de Irti sobre el tema, diciendo: «El Código Civil ha perdido el

³¹⁷ Alberdi, Juan José, *Obras Completas*, Vol. VII, Buenos Aires, 1887, p. 80.

³¹⁸ Rivera, Julio César, *op. cit.*, p. 9.

monopolio, su lugar central en beneficio de la Constitución, del derecho administrativo, del derecho del trabajo, debe compartir su rol con leyes que hablan otra lengua y manejan otros conceptos»³¹⁹.

En la Argentina, el proceso de descodificación ha sido agudo antes de 1968, año en que se produce la mayor reforma parcial del CCV³²⁰.

Pese al anuncio de la «muerte» de los códigos, una corriente de opinión, ciertamente significativa, distingue adecuadamente entre el envejecimiento de los códigos y el método de la codificación en sí. No hay duda de que los códigos decimonónicos envejecieron como consecuencia de los acelerados cambios sociales del siglo XX y, más aún, con la creación de comunidades supranacionales ni siquiera avizoradas por los autores de esos códigos.

Al respecto, José Luis De los Mozos³²¹ afirma «la era de la descodificación está por ahora afortunadamente superada». Dicha afirmación implica concebir la codificación no como una meta inmóvil sino un proceso, un conjunto esencialmente dinámico, al cual continuamente se incorporan normas nuevas y se desechan las caducas y que por lo tanto exige una revisión permanente.

1.3 Necesidad de *aggiornamento*: la recodificación

³¹⁹ Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, traducción de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, Ed. Bosch, 1992.

³²⁰ Rivera, Julio César, *op. cit.*, p. 13.

³²¹ De los Mozos, José Luis, *op. cit.*

El fenómeno anterior origina la imperiosa necesidad de volver a codificar para satisfacer la tendencia que exige remozar o sustituir contenidos del derecho privado³²², con la finalidad de unificar la materia civil y la comercial en un mismo cuerpo.

Así las cosas, se evidencia un proceso que la doctrina ha llamado de «recodificación»³²³, que demuestra que la codificación sigue estando vigente como método de expresión legislativa, sobre todo en el derecho civil.

Este nuevo Código, y especialmente el Título Preliminar, trata de colocar ciertos principios que, de algún modo, sistematicen y presten sentido por encima de esa legislación especializada, un poco incoherente, abundante y asistemática. El nuevo Código se constituye en la base de una interpretación sistemática de toda la legislación civil y, en gran medida, general³²⁴. Es dable destacar que el nuevo contenido de los códigos, que son fruto de este proceso, dan lugar a la aparición de una relación de subordinación respecto de la Constitución y del derecho supranacional.

Carlos Emilio Depetris y Ana Villar³²⁵ sostienen que el CCCN constituye una de las manifestaciones de una corriente recodificadora, acaso la más relevante en el plano internacional a la fecha, al asumir desde el inicio la incidencia de la descodificación como también la imposibilidad e inutilidad de

³²² Highton, Elena I., *op. cit.*, p. 17.

³²³ Rivera, Julio César, *op. cit.*, p. 19.

³²⁴ Highton, Elena I., *op. cit.*, p. 18.

³²⁵ Depetris, Carlos Emilio y Villar, Ana, *Concepto y contenido del derecho civil. Posibles reformulaciones a la luz del constitucionalismo*, website: https://www.academia.edu/26878315/Concepto_y_contenido_del_Derecho_civil._Posibles_reformulaciones_a_la_luz_del_constitucionalismo.pdf, fecha de captura: 26-8-2019.

agrupar en un cuerpo, con pretensiones de duración o eternidad, todas las reglas de derecho civil y comercial vigentes en el sistema³²⁶.

En la presentación del proyecto, Ricardo Lorenzetti³²⁷ afirmó que un código de nuestro siglo se inserta en un sistema complejo, caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. Bajo ese marco, determinando el lugar y el rol que ocupará el nuevo Código en ese sistema, dice a continuación que: «Lo importante es entonces que el Código defina los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición metodológica central de este Proyecto. En relación con las leyes especiales, se ha decidido mantenerlas, como se desprende del texto de la ley

³²⁶ Sintetizando a los autores podemos decir que, dentro de los hitos principales en la historia del derecho civil, la descodificación se produce durante el siglo XX como un paulatino y creciente proceso de desgaste que va afectando a los códigos decimonónicos, en cuanto a las pretensiones de unidad e integralidad que caracterizaron al movimiento codificador, a la luz de leyes especiales que sustrajeron sectores completos de los códigos o, en todo caso, contemplaron situaciones y relaciones ignoradas hasta entonces, con lógicas y principios no siempre coincidentes con los previstos en aquellos. Marca, luego, la constitucionalización y convencionalización del siglo XX, que mostró una creciente injerencia del Estado en la economía y una penetración del derecho público en ámbitos propios del derecho privado. Así, el derecho civil, en las últimas décadas, se ve limitado, acechado, invadido por principios constitucionales y convencionales. El derecho civil deja de ser protagonista y autosuficiente de la cultura jurídica.

Un último hito de recodificación producido como consecuencia de que la supresión de códigos y vigencia de microsistemas en los ordenamientos jurídicos no se hizo realidad. El retorno al método de los códigos, no ya como universales, eternos o enciclopédicos, sino como una concentrada mirada de principios generales, de reglas abiertas, dialogantes con los preceptos propios de cada sector y leyes especiales, constituye un punto de partida, pero no necesariamente de arribo.

³²⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis, «Presentación del Proyecto», en *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional* redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2012, pp. III-VIII.

de aprobación. Es lo que sucede con salud mental, consumidores, sociedades, etc. Sin embargo, la potencialidad de los principios irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y jurisprudencia. [...] Existen áreas en las que la legislación y la doctrina avanzaron extensamente, como ocurre, por ejemplo, con el derecho internacional privado o la propiedad comunitaria indígena, o la regulación de la salud mental. Sin embargo, en un código, sólo pueden consignarse reglas generales y no es posible trasladar por completo ese caudal normativo, propio de una legislación especial».

Siguiendo la línea de análisis, podemos concluir que el legislador argentino se ha constituido en un verdadero precursor en la implementación de esta nueva tendencia codificadora, adaptando su legislación civil a la complejidad de los nuevos tiempos. Este concepto se ve reflejado en una frase en los fundamentos de la Comisión redactora: «Por fin cabe referirse a otro modelo de codificación, más complejo, propio de una época multicultural, podríamos decir posmoderna, en la que nos encontramos con un Código de textura abierta». Me refiero a ella, puntualmente, porque es prácticamente una autodefinition del código, teniendo en cuenta, además, que los códigos actuales no tienen notas, por lo tanto, para conocer el origen doctrinario de la norma debe recurrirse a los fundamentos escritos por la Comisión redactora del Código.

El capítulo 1 del Título Preliminar del nuevo CCCN da cuenta de los procesos de constitucionalización y convencionalización del derecho, fija el criterio de «aplicación e interpretación conforme de la ley», es decir, la

necesidad de confrontación de la norma escogida para dar respuesta a un caso, a los principios y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad federal, integrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales que gozan de su misma jerarquía. Más adelante dicha asunción se advierte en diversas normas sobre derechos humanos como, asimismo, en reiteradas menciones sobre la dignidad de la persona humana, entre otras muchas evidencias. Santiago Alfonso³²⁸ establece, con claridad, que determinados hechos de contenido jurídico ocurridos a mediados del siglo XX permiten comprender que se ha producido el fin de la era del Estado de derecho legal y se ha abierto la etapa del Estado de derecho constitucional.

Los tres hitos que dan origen a esta nueva era, de acuerdo con el autor citado, son los juicios de Núremberg de 1947, la sanción de la Constitución alemana de 1949 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. Estos tres acontecimientos jurídicos, que tuvieron lugar en los años inmediatos a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, ponen en marcha un nuevo modo de entender y operar el derecho, tanto a nivel nacional como internacional.

Referenciando nuevamente a Lorenzetti, en la presentación del proyecto afirma que «Por primera vez, hay una conexión entre la Constitución y el derecho privado basada en los aportes de la doctrina y jurisprudencia en este tema».

³²⁸ Alfonso, Santiago, *Una nueva era del derecho*, 2017, *website*: <http://www.elderecho.com.ar>, fecha de captura: 2-10-2019.

Sin lugar a duda, el modelo del neoconstitucionalismo, principalmente a través de la función que encomienda a los jueces, contiene una posibilidad de lograr que los derechos constitucionales estén más asegurados frente a la distracción, desentendimiento o violación por parte de los otros poderes de gobierno. Los derechos a la vida y a la salud, el derecho a la igualdad, los derechos sociales, el acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela judicial efectiva deben mucho a una activa y creativa labor judicial. Así lo sostiene Alfonso³²⁹, que indica que la prudente, lúcida y decidida acción de los jueces y, en particular, de los tribunales constitucionales puede hacer mucho para la mejora en puntos concretos del sistema jurídico y político de un determinado país.

Cabe pensar que el modelo del neoconstitucionalismo tiene dos riesgos principales: la extralimitación judicial y una impronta excesivamente individualista y relativista en la concepción e instrumentación de los derechos humanos, que puede llegar a desvirtuar su contenido y alcance.

En cuanto a la posibilidad de la extralimitación habrá que estar atentos a no llevar al debate judicial lo que es propio del debate legislativo, incursionando, de ese modo, en áreas que son propias de la función gubernamental a cargo de los poderes de base electoral y para lo que no está debidamente preparado ni diseñado el proceso judicial. La Corte Suprema argentina se hizo eco parcialmente de esta postura cuando, en el caso «Rendón», afirmaba: «El remedio a la posibilidad genérica de que la función

³²⁹ Alfonso, Santiago, En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales,

legislativa se aparte de las exigencias del bien común, debe buscarse en los comicios y no en los estrados de la Corte Suprema, pues la Constitución Nacional no encomienda a ella la satisfacción del bienestar general, en los términos del art. 67, incs. 16 y 28».

Observa, de manera aguda, Alfonso³³⁰: «Una indebida intervención judicial podría llevar a imponer preferencias personales de los magistrados, en coordinación con los medios de comunicación, las ONG “más progresistas”, y a veces los organismos internacionales, por sobre las decisiones de base mayoritaria».

En suma, se corre el riesgo de que algunos jueces se sientan llamados a resolver, desde los estrados judiciales, los más difíciles y complejos problemas sociales y políticos, cuando el proceso judicial no está diseñado para eso.

Más allá de lo expuesto, en nada desmerece al derecho privado seguir cumpliendo su rol de cuerpo jurídico infraconstitucional destinado a reglar las relaciones privadas entre particulares, sin necesidad de alterar la jerarquía normativa que se ordena a partir del principio de supremacía establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional³³¹.

A modo de corolario, adviértase al lector que todo lo expuesto debe darse dentro de un marco armónico de estricta división e independencia de los tres poderes del Estado.

Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.

³³⁰ Ibidem.

2. Título Preliminar

Antes de entrar en materia, la existencia de un título preliminar radica en aportar algunas reglas que confieran significación general a todo el cuerpo, proveyendo de un núcleo central al sistema judicial.

Es así como el Título Preliminar se ubica bajo un paradigma teórico metodológico alejado del positivismo legalista imperante en el siglo XIX, el que se reemplaza por un planteamiento conocido como «principalista» o de la razón práctico prudencial.

En efecto, el recurso excepcional a la interpretación previsto en el art. 16 del CC o en las reglas III y IV del Título Preliminar del Código de Comercio, se reemplaza por el convencimiento de que se está ante una tarea insoslayable, a partir de la cual se establece el sentido de las leyes frente a los casos regidos por el código, art. 1, y para lo cual se habla de una pluralidad de ellas, lo que incluye la Constitución Nacional y a los tratados sobre derechos humanos.

En igual línea, la CSJN ha sostenido: «la regla de interpretación prevista en el art. 16 (del Código Civil) excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como principio general vigente en todo el orden jurídico interno»³³².

³³¹ Dalla Vía, Alberto Ricardo y García Lema, Alberto M., *Estudios constitucionales sobre el código civil y comercial de la nación*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016.

³³² *Fallos*: 312:957.

Por lo expuesto, nótese que el Título Preliminar no tiene pretensiones de ordenar en modo cerrado todo el sistema, sino que aspira al diseño de una línea de base³³³.

Desde esta perspectiva, debemos celebrar esta apertura interpretacionista porque es allí donde se nota, aún más, la imperiosa necesidad de acudir a los PGD a través de un pensamiento coherente e inteligible. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

2.1 Pautas generales: sistema de fuentes, reglas, principios y valores

La Comisión reconoce que es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, con diálogo de fuentes, y no sólo utilizar reglas sino, también, principios y valores.

Es así como Rabbi-Baldi Cabanillas puntualiza que, en ese horizonte, no sólo resulta necesario «fijar alguna reglas mínimas de interpretación» a modo de «guías» para el sistema jurídico, sino que es menester incluir criterios «para el ejercicio de los derechos, cuyo destinatario no es el Juez sino los ciudadanos», además de «naciones generales sobre bienes individuales y colectivos, que le dan al Código un sentido general en materia valorativa». Da la idea de que se está hablando de un paradigma bien alejado del positivismo

³³³ Rivera, Julio César, *op. cit.*, p. 54.

legalista y muy próximo al pensamiento de la razón práctica, el que también se ha conocido como «no positivista» o «principalista»³³⁴.

Coincidimos con el autor en lo que puntualiza cuando afirma que «el dinamismo y la complejidad de la realidad actual también impacta sobre otra nota del código de la que el Título Preliminar no tiene pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, sino que aspira al diseño de una línea de base que se aparte de las clásicas “partes generales” planteadas por la pandectística alemana de aquel siglo y que procura suministrar elementos para proporcionar una “argumentación jurídica razonable»³³⁵.

El autor citado continúa con su desarrollo afirmando que se trata de una código abierto por definición, es decir, permeable a los problemas que ofrece la realidad y a las normas que, como se verá, se van sistematizando bajo la estructura de principios. Consecuentemente abre las puertas a una argumentación que pondera valores, que sopesa alternativas y que, en definitiva, procura encontrar soluciones filtradas por la idea de lo razonable mucho más que por el empeño lógico deductivo, como se advierte en la tradición legalista que gobernó el prestigioso proceso codificador del siglo XIX.

Así, el Título Preliminar distingue entre derecho como sistema y la ley, que es una fuente principal, pero no la única. Se mencionan las fuentes del derecho, se fijan algunas reglas mínimas de interpretación que permiten la integración de lagunas, se promueve la seguridad jurídica y la apertura del

³³⁴ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del..., p. 24.

³³⁵ *Ibidem*, p. 25.

sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores³³⁶.

2.2 Cambio de paradigma. Generalidades

Como lo remarcamos en los puntos anteriores, el Título Preliminar tiene dimensión constitucional y expansiva porque establece pautas que son de la teoría general del derecho. Así, por ejemplo, establece cuáles son las fuentes del derecho, cómo tiene que dictar sentencia el juez, cuándo entran en vigor las leyes, etcétera.

Es un código que está destinado a regir toda la teoría jurídica y no solamente el derecho civil y comercial. Incluye el derecho a la igualdad en su concepción constitucional moderna.

Se incorporan cláusulas generales o principios. Además, impone reglas, que son mandatos normativos indeterminados que deja que el juez complete con los hechos y los aplique.

Básicamente se puede decir que el Título Preliminar define las fuentes del derecho, brinda reglas de interpretación, suministra guías para el ejercicio de los derechos, reconoce distintos principios generales (buena fe, abuso, fraude, etc.) y, finalmente, remarca el ámbito de aplicación del código con relación a los derechos y bienes.

Los dos primeros capítulos («El derecho» y «La ley») comprenden pautas dirigidas particularmente a los jueces, mientras que el capítulo tercero

³³⁶ Highton, Elena I., *op. cit.*, p. 20.

(«Ejercicio de los derechos») más bien tiene como destinatarios a los ciudadanos.

Siguiendo las palabras de Ricardo Lorenzetti³³⁷, presidente de la Comisión redactora, el Título Preliminar es concebido como la puerta de entrada al Código Civil y al resto del sistema y, por ello, contiene una serie de artículos de gran significado valorativo para todos los casos que se regulan. Su utilidad es manifiesta en el campo de la aplicación e interpretación del derecho, ya que provee unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable, dentro de un sistema basado en principios y reglas. Todo ello le confiere un efecto expansivo indudable, pudiendo ser referencia en otros ámbitos normativos.

Encontramos conveniente referenciar el Título Preliminar del CCCN en este trabajo doctoral porque, en su contenido, vislumbramos luces directrices que guían todo el sistema jurídico. Nos referimos a aspectos que se vinculan a nociones generales del derecho, a la problemática general de las fuentes del derecho y, en particular a cada una de ellas, a conceptos jurídicos fundamentales y principios comunes a todo el sistema como la buena fe, abuso del derecho, fraude a la ley y otros, etc.

Todo ello dará pie para que, en el próximo capítulo, tratemos concretamente sobre nuestra propuesta de nociones de control de calidad que se expanden a través del CCCN.

³³⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, De Lorenzo, Miguel F. y Pablo Lorenzetti (coords.), Tomo 1, Santa Fe, Ed. Rubinzal–Culzoni, 2014, p. 25.

Esta ampliación de contenidos normativos en la parte introductoria del nuevo texto legal no es un detalle irrelevante. Marca una mirada distinta de la experiencia jurídica: el abandono de la visión positivista que tradicionalmente ha prevalecido en la cultura jurídica de los siglos XIX y XX. El fin de ese modelo nos lleva a parafrasear a Norberto Bobbio, quien afirma que el modelo positivista responde a una teoría formal del derecho, esto es, una teoría que estudia el derecho en su estructura normativa, independientemente de los valores a que esta estructura sirve y del contenido que encierra. Afortunadamente, en esta nueva era, hemos avanzado: lejos estamos de aquellas expresiones.

Siguiendo a Marcelo López Mesa³³⁸, el descrédito en que ha caído el positivismo radical ha hecho adquirir una mayor trascendencia a la intervención de los jueces y, como auxiliares de éstos, a los principios generales del derecho, los estándares y las normas abiertas, instrumentos que alguien llamó, acertadamente, los órganos respiratorios del derecho.

Suponer que los problemas civiles, comerciales, agrarios, laborales, penales o de cualquier naturaleza pueden afrontarse trabajando solamente con la regla expresada en los códigos o textos legales de cada rama, la dogmática tradicional y la jurisprudencia recaída décadas atrás en casos similares o análogos, hoy ya no es aceptable.

El juez del siglo XXI debe buscar por todos los medios posibles el resultado social esperado, por lo que su mayor misión no es aplicar la ley, sino

³³⁸ López Mesa, Marcelo, Los principios generales del derecho, su alcance y aplicación, Tomo 90, Rosario, Edit. Zeus, 2018.

hacer justicia. Nuestra Corte Suprema en el caso «Santa Coloma»³³⁹ del 5 de agosto de 1986 expresa que «las sentencias de los jueces no pueden ofender el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el Preámbulo de la Carta Magna».

Los principios y valores constitucionales, incluyendo a la fuente internacional, traspasan en la actualidad todas las ramas del derecho y, por tanto, exigen un trabajo muy distinto y mucho más complejo con relación al modo tradicional aludido.

Principios como el de *pro homine*, el de *pro actione* o el de *favor debilis*, de raigambre internacional pero receptados en nuestra Constitución³⁴⁰, no pueden, válidamente, desatenderse ante un problema de la realidad que deba afrontarse toda vez que condicionan el modo de encararlos, en cualquier rol que desempeñe el operador jurídico.

³³⁹ *Fallos*: 308:1160

³⁴⁰ De acuerdo con Germán Bidart Campos, el principio *favor debilis* implica que «en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o, dicho negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad con la otra». El principio *Pro Hominis* indica que el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional; el principio *pro actione* es el derecho a ser oído por un juez o el derecho a audiencia, cuyo linaje constitucional es indiscutible, este principio también llamado principio de acceso a la justicia debe ser libre, ya que no ha de estar sujeto a condicionamientos excesivos, lo cual conduce a rechazar requisitos legales para la admisión de demandas o recursos que sean poco razonables o restrinjan injustificadamente dicho acceso (Bidart Campos, Germán J., «Las fuentes del derecho constitucional y el principio “pro homine”», en *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Bidart Campos, G. y Gil Domínguez, A. (coords.), Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 20).

La innovación en el modo de trabajar en derecho no es nueva ni atribuible al nuevo Código, sino a los procesos históricos del derecho civil. Se trata, concretamente, de analizar errores y aciertos. El Código recepta el cambio, lo exterioriza e impone su necesaria implementación.

Seguir trabajando en el ejercicio profesional, en el desempeño de la magistratura o de cargos vinculados al servicio de justicia, en la enseñanza del derecho bajo la lógica positivista, tal vez pueda salir airoso por algún tiempo o en ciertas ocasiones, pero parece razonable predecir que el futuro le deparará, en general, resultados negativos atribuibles a su visión acotada de la experiencia jurídica, que traerá consigo una ostensible debilidad de argumentación en sus postulaciones o decisiones. Tal el caso «Vlasov»³⁴¹, donde la CSJN sostuvo que «la garantía constitucional de la defensa en juicio supone elementalmente la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho».

Para finalizar, coincidimos con Juan Pablo Limodio en que «si efectivamente el Título Preliminar aporta reglas para interpretar e integrar habrá que leer el mismo en consonancia con aquellos aspectos valorativos que ha querido darle el codificador [...]. La lectura de dichos aspectos valorativos demuestra que a pesar de que en algunos puntos, por ejemplo, cuando se refiere al derecho, no se inclina por una definición, propone un nuevo

³⁴¹ CSN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Cavura de Vlasov, Emilia c/ Vlasov, Alejandro”, Magistrados: B. Villegas Basavilbaso, A. D. Aráoz de Lamadrid, L. M. Boffi Boggero, P. Aberastury, R. Colombres, ID SAIJ: FA60000001, 28-3-1960.

paradigma para la sociedad civil, lo cual implica una fuerte toma de posición [...]. Las mismas palabras que se utilizan nos muestran un contenido “fuerte”, porque precisamente no es lo mismo adherir a una concepción que identifica al derecho como objeto de una virtud, o aquel que piensa que este es sinónimo de la subjetividad».

Ante lo expuesto, entendemos que el control de calidad, en cuanto a la actividad de los operadores jurídicos, debe estar dirigido a esos aspectos valorativos.

2.3 Contenido

Abrir el CCCN y leer sus primeros artículos nos alerta sobre un cambio significativo: el nuevo Título Preliminar no alude sólo a las leyes como el de Vélez Sarsfield, sino que en cuatro capítulos refiere a:

- El derecho: se incorporan directivas referidas a la obligación de decidir, las fuentes y reglas de interpretación (art. 1.º a 3.º).

- Las leyes: se regula la ley como fuente formal principal; obligatoriedad de la ley, leyes transitorias, el modo en que se cuentan los intervalos del derecho (arts. 4.º a 8.º).

- El ejercicio de los derechos subjetivos: se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos dirigidos al ciudadano: buena fe, abuso de los derechos, fraude a la ley, renuncia de la ley, ignorancia o error de la ley (arts. 9.º a 14)

- Los derechos y los bienes: se especifica el campo regulatorio del Código en la materia (arts. 15 a 18).

Luego de este somero pero claro encuadre del contenido del Título Preliminar nos parece interesante referirnos puntualmente a los PGD dentro de él. Es importante, en este sentido, advertir que el código derogado positivizó algunos principios generales como ser la buena fe (art. 1198, CC), el abuso del derecho (art. 1071, CC), orden público (art. 21, CC), la equidad (art. 907, CC), etc. Actualmente tomaron tanta relevancia, que los tres primeros se encuentran regulados precisamente en el capítulo «Ejercicio de los Derechos», sirviendo de reglas para los ciudadanos en el ejercicio de todos los derechos subjetivos.

En forma expresa, el CCCN trata a los principios en su art. 2.º asignándoles una función interpretativa.

Coincidimos con Noemí Nicolau³⁴² en cuanto que advierte que la técnica de regular mediante principios está presente en todos los libros, pues cada vez que regula una institución se fijan, en primer lugar, bajo la denominación Disposiciones Generales, los principios que deben aplicársele. Esto obliga a prever soluciones flexibles que puedan adaptarse judicialmente. Esto plantea, nos dice la autora, «cierta incerteza y en alguna medida se traslada el poder del legislador a los jueces, pero la seguridad, el poder y el orden no siempre, por el contrario, casi nunca, aseguran la justicia».

Por lo dicho, siguiendo a Vigo³⁴³, hubiera sido muy interesante la inclusión de los principios al art. 1º, en la nómina de fuentes. De esa forma se

³⁴² Nicolau, Noemí *et. al.*, «Algunos lineamientos del nuevo Código en materia de Derecho Civil», en «Nuevo CCyC su implicancia en diversas áreas del Derecho»; Rosario, *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, 2015.

³⁴³ Vigo, Rodolfo L., «Comentarios al capítulo 1 del Título Preliminar»...

hubiera validado expresamente las funciones integradora, correctiva y validadora de reglas.

2.4 Capítulo 1 del CCCN. El derecho

El derecho es una ciencia que tiene como finalidad regular la conducta del hombre para que prevalezca el orden social y una adecuada interacción entre los individuos libre de problemas y controversias. A estos fines, debe aplicarse todo el derecho, no sólo la ley³⁴⁴.

En este sentido, afirma Rodolfo Vigo que «[...] el derecho no sólo está en las reglas sino también en principios y valores, pero si vamos al capítulo del derecho ellos no aparecen en la nómina del art. 1.º referido precisamente a las “fuentes” sino simplemente en el art. 2º, cuando se habla de la interpretación de la ley. De ese modo, los principios (y valores) sólo tendrían una función interpretativa, pero se les desconocería las funciones: integradoras, correctiva y validadora de las reglas».

El capítulo 1, intitulado «Derecho» contiene los tres primeros artículos del nuevo CCCN:

Artículo 1. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben resolverse 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.

Artículo 2. Interpretación. La ley debe interpretarse 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.

Artículo 3. Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Es importante señalar que, en los Fundamentos del Anteproyecto, se lee que con ello se propone «distinguir normativamente el derecho de la ley», pues una «identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica».

A esta altura del trabajo reiteramos la postura de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas³⁴⁵, quien al referirse a la nueva normativa luego de transcribir distintos pasajes de los Fundamentos del Anteproyecto, concluye que ellos «indican una orientación filosófica marcada: fuentes de derecho y no fuente de derecho, reglas y principios; valores, o criterios mínimos de interpretación están hablando, en especial a partir de las expresiones subrayadas, de un paradigma bien alejado al del positivismo legalista, y muy próximo al del pensamiento de la razón práctica, al que también se ha conocido como “no positivista”, o principialista».

³⁴⁴ Highton, Elena I., *op. cit.*, p. 30.

³⁴⁵ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 2008.

El propósito de este capítulo no es dar una definición del derecho ni de sus fuentes, lo que sería impropio de un código, sino fijar reglas claras para la decisión. En tal sentido, se consideran las fuentes y se establece el requisito de la razonabilidad de las decisiones como estándar de control de la decisión judicial³⁴⁶.

2.4.1. Los artículos 1.º a 3.º. Breves comentarios y observaciones. Noción y utilidad de las fuentes del derecho

Acudiendo a la noción de fuentes que ha primado en la doctrina civilística nacional, se han entendido por fuentes del derecho al modo como se revela, expresa o exterioriza el fenómeno jurídico; Jorge Llambías³⁴⁷ aludía a «medios de expresión del Derecho». O bien, recurrir a la noción de fuente seguido por Ricardo Lorenzetti³⁴⁸ de «criterios de objetividad». Criterios de objetividad a los que se recurre para encontrar respuestas jurídicas.

Cuando un abogado tiene un caso en sus manos y necesita diseñar una estrategia para el mismo, recurre a los textos legales en busca de las reglas y principios que lo contemplen, consulta opiniones doctrinarias y repertorios jurisprudenciales; lo propio hace el juez para resolver los conflictos que se someten a su decisión, el asesor para elaborar su parecer jurídico y el docente, incluso, para preparar una clase que aborde algún problema puntual de la realidad.

³⁴⁶ Highton, Elena I., *op. cit.*, p. 30.

³⁴⁷ Llambías, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, 5.ª edición actualizada, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1973, p. 49.

Mencionamos en la introducción la pertenencia impropia del problema de las fuentes al derecho civil cuando, por su naturaleza y su vasta extensión, constituye temática propia de la teoría jurídica y de la filosofía del derecho, y actualmente, también, en virtud de las transformaciones operadas por el constitucionalismo del derecho constitucional. Es que, en rigor, un sistema de fuentes debería establecerse en la Constitución³⁴⁹.

Como nuestra Constitución no lo ha hecho hasta el momento, el legislador civil ha considerado necesario establecerlo en este ámbito.

2.4.2. El sistema de fuentes establecido en el art. 1º. Reflejo de la constitucionalización del derecho civil

La primera directiva para el juez es la determinación de la ley aplicable al caso. En verdad no podría haberse decidido algo distinto porque ello implicaría una alteración drástica del sistema jurídico argentino.

La ley es la fuente formal principal, pero cuando se menciona la ley no es sólo la que cotidianamente vemos como tal, sino también, las leyes convenio, las normas superiores como la Constitución o los tratados y convenciones del bloque constitucional como también los tratados de integración del Mercosur y otros grupos supraestatales, los concordatos y los tratados en general. También son normas las que tienen contenido inferior al de la ley, como los decretos, los decretos de necesidad y urgencia, las

³⁴⁸ Lorenzetti, Ricardo (dir.), *Código Civil y Comercial comentado...*, p. 28.

³⁴⁹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007.

ordenanzas, los reglamentos, las resoluciones ministeriales o emanadas de otras autoridades, etcétera³⁵⁰.

No se alude a la ley aplicable, sino a «las leyes que resulten aplicables».

El uso del plural remite a dos cuestiones:

1) Deja en claro que ya no es la regla específica del código la única fuente infraconstitucional donde el operador podrá encontrar respuestas, sino que existen otras leyes o microsistemas, de igual o distinta jerarquía, que también podrán aportar las propias para afrontar un mismo problema.

Se asumen así los efectos irreversibles del proceso de descodificación y, por tanto, la imposibilidad de volver a plantearse los cometidos de «unidad» e «integridad» asumidos por los codificadores un siglo atrás. Tema abordado en puntos anteriores.

2) Se asume el caos reinante en la materia, el «mundo de leyes desbocadas» al que alude Eduardo García de Enterría³⁵¹, o ya «la era del desorden», en expresión de Lorenzetti³⁵², que entre otras manifestaciones se expresa a través de la proliferación normativa, muchas veces inconexa, que naturalmente ha traído consigo una merma de la certeza y una creciente impredecibilidad en las relaciones y situaciones jurídicas, con una pluralidad de fuentes.

³⁵⁰ Highton, Elena I., *op. cit.*, p. 44.

³⁵¹ García de Enterría, Eduardo, «Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas», en *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1999, *website*: www.academia.edu, fecha de captura: 26-9-2019.

³⁵² Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Santa Fe, Ed. Rubinzal–Culzoni, 2008, p. 28 y ss.

La Comisión redactora, para enfrentar dicha pluralidad y sus inconvenientes, acude a la técnica del «diálogo de fuentes», si adoptamos la expresión acuñada por Erik Jayme³⁵³. El trabajo sobre los hechos y los textos jurídicos debe hacerse con otra visión, vinculando las distintas fuentes y armonizándolas hasta lograr un resultado o respuesta que sea no sólo aceptable y cotejado frente a una regla particular, sino aceptable para el sistema.

Tal es el caso del fallo del Tribunal Colegiado de Familia N.º 5 de Rosario (Santa Fe) que resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 403, inc. 3, del CCCN y autorizar la celebración del matrimonio de V.E.N. y L.G.C., con respaldo constitucional consagrado en los arts. 8.º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto de la tutela efectiva para evitar la frustración de derechos concretos, amparados por garantías constitucionales, el art. 706 y conchs. del CCCN y los arts. 67 y 142, inc. 7, de la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁵⁴.

La comentada referencia a «las leyes» como primera fuente del derecho no les otorga exclusividad. El artículo refiere a las leyes que resulten aplicables,

³⁵³ Citado en Frustragli, Sandra A., Implicancias del pluralismo jurídico en el ámbito del Derecho privado (especial referencia a las normas de defensa del consumidor), website: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc>, fecha de captura: 22-5-2019.

³⁵⁴ Tribunal Colegiado de Familia N.º 5 de Rosario (Santa Fe), “N. V. E. y Otra S/ Inconstitucionalidad art. 403 INC. c) CCC», 29-11-2016. Breve reseña: N.V.E. nace de la unión entre C.E.N. y E.G.D., quien fallece. C.E.N., su progenitor, contrae segundas nupcias con L.G.C. el 25-09-2009. El 22-01-2010, C.E.N. fallece. Luego N.V.E. comienza una relación de noviazgo con L.G.C., sin haber tenido nunca entre ellas trato de madrastra/hijastra. El 07-11-2016 se presentan ante el Registro Civil para contraer matrimonio, el Registro lo rechaza por existir impedimento de parentesco por afinidad en línea recta. Se presentan ante la Justicia y solicitan inconstitucionalidad del caso concreto del art. 403 inc. C) del CCCN.

«conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte». Encontramos aquí la primera conexión del nuevo texto con el bloque de constitucionalidad, el reconocimiento por parte del legislador del constitucionalismo y la incidencia determinante de la Constitución y de los tratados jerarquizados en el trabajo con las fuentes y la aplicación del derecho. La directiva hacia el juez y, como decíamos al principio, a todos los operadores jurídicos, es la de buscar respuestas en las leyes, pero no sólo en ellas, sino confrontadas con el bloque de constitucionalidad.

Agrega la norma comentada que para que la aplicación de las leyes «se tendrá en cuenta la finalidad de la norma». Este pasaje tiene suma importancia, ya que implica un cambio hermenéutico de alcances insospechados respecto al Código de Vélez Sarsfield.

La referencia a la finalidad de la norma implica abandonar como criterio interpretativo el que nos remitía «al espíritu de la ley», del art. 16 del CC, o «a los fines que aquélla (la ley) tuvo en mira», del art. 1071 del CC, el cual nos imponía, para desentrañar el sentido o los alcances de una ley, un análisis retrospectivo para reconstruir el pensamiento y las motivaciones que tuvo el legislador al sancionarla.

Se deja de lado este criterio y se lo reemplaza por el de «la evolución histórica de la ley», propuesto por Raymond Saleilles³⁵⁵ hace un siglo atrás, según el cual la norma debe interpretarse de acuerdo con su finalidad actual teniendo en cuenta la transformación de las necesidades sociales y

económicas, conforme a las circunstancias contemporáneas que pueden ser muy distintas a las existentes durante su origen.

Esta pauta manda adecuar el contenido de la norma a las circunstancias sociales de cada momento, es decir, del momento en que se la interpreta para su aplicación. Si bien el cambio es positivo en tanto evitará la cristalización del derecho, reconociendo su nota de historicidad y dotando, en cierta medida, de vida propia a las leyes que acompañarán las transformaciones sociales, indudablemente trae consigo un problema que no es menor: el incremento de incertidumbre derivado del hecho de que nada asegura interpretaciones homólogas o similares por parte de los jueces, dependiendo de su mirada de la realidad y de las circunstancias.

La pauta hermenéutica abandonada, al lado del defecto de la cristalización, dotaba al sistema de mayor certeza toda vez que la investigación retrospectiva del espíritu de la ley, centralizada en datos de mayor objetividad como los antecedentes parlamentarios, los discursos, mensajes de elevación, fundamentos del proyecto, etc., y permitía arribar a resultados más concluyentes y justificables.

La parte final del art. 1.º menciona como fuente a los «usos, prácticas y costumbres», afirmando que serán vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos (*costumbre secundum legem*), o en situaciones no regladas legalmente (*praeter legem*), siempre que no sean contrarios a derecho. Cabe recordar aquí que han existido polémicas al respecto y, no

³⁵⁵ Saleilles, Raymond, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2.ª edición, Madrid, Ed. Reus, 1925, *website*: <https://www.academia.edu>, fecha de captura:

pocos autores, se han encargado de señalar situaciones singulares en las que la realidad mostraba el desuso o caducidad de la ley por la fuerza de una costumbre contraria.

El propio Guillermo Borda, protagonista de la reforma de 1968, señala sobre el particular que es necesario afirmar como principio que la costumbre *contra legem* carece de valor jurídico, ya que lo contrario implicaría fomentar la desobediencia; pero luego reconoce la configuración de situaciones excepcionales que justifican admitir la derogación o caducidad de la norma por la costumbre³⁵⁶.

Sin perjuicio de considerarlo materia opinable, tengo ciertos reparos en la utilización de las expresiones «usos y prácticas» que, en puridad, no constituyen fuentes del derecho, dado que cumplen con sólo uno de los requisitos o elementos de la costumbre jurídica: el comportamiento generalizado de un grupo o colectivo en un determinado sentido; carecen del elemento subjetivo consistente en la convicción de que el comportamiento común responde a una necesidad jurídica, la exigencia de que el grupo o la sociedad debe comportarse de ese modo y no de otro. Ambos elementos son configurativos de la costumbre jurídica que, de acuerdo con la mirada tradicional del tema, constituye sin dudas una de las fuentes del derecho.

La referencia a los usos y prácticas estaba presente en el Código de Vélez Sarsfield, mientras que la referencia a las segundas fue eliminada por la Ley 17711. No obstante, subsistían con presencia relevante en el derecho

20-6-2019.

³⁵⁶ Citado en Depetris, Carlos Emilio y Villar, Ana, *op. cit.*

comercial como pautas de interpretación de los contratos comerciales (arts. 218, inc. 6°, y 219 CCo). Tal vez su inclusión en el nuevo Código sea una consecuencia de la unificación operada.

La inconveniencia que planteo reside en el riesgo de que, en determinados casos, se invoquen «usos» o «prácticas» que, como tales, no logran constituirse en costumbre jurídica, para justificar comportamientos abusivos o contrarios a derecho y que, en virtud de lo estipulado por el artículo analizado, se interprete válida tal justificación.

Un comentario aparte merece la eliminación de la «jurisprudencia» en el artículo proyectado durante el tratamiento parlamentario del proyecto. Como es sabido, el Anteproyecto incluía en el artículo primero, como pauta de interpretación, la expresión «A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso». Desconocemos las razones de la supresión, pero lo cierto es que, aun así, sin mención expresa en el sistema de fuentes establecido, la jurisprudencia seguirá teniendo la importancia que ha tenido y tiene como fuente en nuestro sistema jurídico; basta señalar, como uno de los tantos ejemplos que así lo acreditan, la construcción hecha por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a lo largo de los años, en materia de responsabilidad del Estado, llenando vacíos normativos. En todo caso, cabe recordar que el Código de Vélez Sarsfield tampoco la menciona en sus arts. 16 y 17 y eso no ha impedido, en la práctica, que adquiriese la relevancia que los operadores le han acordado.

Rabbi-Baldi Cabanillas aclara que, a su entender, el proyecto refiere a la jurisprudencia en el tercer párrafo del artículo, aunque referida a la

interpretación: «a tal fin se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Ello en consonancia con la impronta judicialista del articulado que venimos tratando»³⁵⁷.

Finalmente, creemos que debieron incluirse los tratados y concordatos carentes de jerarquía constitucional pero dotados de jerarquía supralegal por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Su importancia, superior a las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, justificaba su mención en la norma. No obstante, al igual que lo dicho respecto a la jurisprudencia, la omisión no implicará más que un defecto formal sin mayores consecuencias prácticas, pues en el trabajo con los materiales jurídicos no podrá prescindirse, válidamente, de dichos instrumentos cuando resultaran aplicables al caso.

2.4.3. El artículo 2. La interpretación. Los principios y valores

Art 2.º del CCCN. 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 valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento».

Veamos ahora que este art. 2.º se vincula directamente con su anterior, indicándonos cómo debe llevarse a cabo la interpretación de la ley aplicable al caso, reemplazando al art. 16 del Código de Vélez Sarsfield.

³⁵⁷ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato,, Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del..., p. 27.

Valga aclarar que «toda tarea interpretativa —como sostiene Gargarella, citado por Rabbi-Baldi Cabanillas— [...] nos exige, de modo especial, de un ejercicio de reflexión teórica y de carácter colectivo»³⁵⁸, de allí que pasaremos al tema que nos ocupa.

Al correlacionar ambos textos, sostiene Rabbi-Baldi Cabanillas³⁵⁹ que «el artículo recepta siete reglas, cuatro de las cuales ya se hallaban presentes en el anterior ordenamiento: a) las palabras de la ley; b) sus finalidades (que en el código de Vélez Sarsfield se conoce como “el espíritu de la ley”); c) las normas análogas y d) los principios jurídicos. A su vez, innova al incluir: e) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos; f) los valores jurídicos y g) la consideración del ordenamiento “de modo coherente” [...]».

Por su parte, Fernando José López de Zavalía discrepa del distinguido profesor. Opina que todos los criterios ya estaban contemplados por el código de Vélez Sarsfield si se hace una lectura conjugada de los artículos 16 y 14, en especial los incisos 1 y 2, pues los tratados forman parte del derecho público de la República y a los valores se refería el mismo inciso al mentar «la moral y buenas costumbres»; y, finalmente, la consideración al «ordenamiento “de modo coherente» surgía del juego combinado de los primeros incisos del art. 14 con el art. 16.

Como quiera que ello fuere, en definitiva, resulta claro que ha sido intención explícita del legislador el diseño de «un sistema de fuentes complejo,

³⁵⁸ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Interpretación jurídica. Teoría y práctica jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2020, p. XVIII.

en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores» (Fundamentos III,1).

Para entender los alcances de tal vocación, resulta oportuno atender a la explicación que proporciona Alexy sobre el particular: «El punto decisivo para distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse 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 siempre sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente».

En cuanto a los valores y su diferencia con los principios, ha dicho el autor citado que «son lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico» , y por ello, el problema de prioridad entre los principios se corresponde con un problema de jerarquía de los valores.

³⁵⁹ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del....*, p. 61

Por lo expuesto, y siguiendo a Zavalía, entendemos que el problema central será discernir si la referencia a tales principios y valores se agota en los positivizados por una fuente social y humana actualmente dominante o si trasciende a aquellas.

Al respecto, López Olaciregui realiza una síntesis sobre la doctrina de la Corte Suprema de la Nación que intentaremos puntualizar:

a) Que los jueces no deben sustituir al legislador, sino aplicar las normas tal como este las concibió, puesto que les está vedado juzgar el acierto o conveniencia de disposiciones dictadas por los otros Poderes del Estado.

b) Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente es necesario indagar lo que dicen jurídicamente, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país; en esa indagación, no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco ceñirse rigurosamente a ellas cuando una interpretación razonable y sistemática así lo requiera.

c) No es un método recomendable atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que lo que debe rastrearse, en procura de una aplicación racional, es el espíritu que las informa a fin de aventar el riesgo de un formalismo paralizante y de determinar lo que la norma ha querido mandar jurídicamente.

d) Un precepto legal no debe aplicarse literalmente sin una formulación circunstancial previa conducente a su recta interpretación jurídica, ya que, de lo contrario, se corre el peligro de arribar a una conclusión irrazonable.

e) Las disposiciones legales no deben considerarse aisladamente, sino correlacionándolas con las demás que disciplinan la misma materia.

f) La exégesis de una norma incluye tanto la armonización de sus preceptos como su conexión con las demás que integran el ordenamiento jurídico.

g) La interpretación de las leyes debe hacerse computando la totalidad de sus cláusulas y de la forma que mejor armonice con los principios y garantías constitucionales.

h) Debe preferirse la interpretación que favorece los fines de una norma y no la que los dificulta.

Luego, el artículo en cuestión alude a sus finalidades —nos hemos referido al respecto con anterioridad—, sin embargo creemos importante hacer una referencia muy breve al respecto tomando las palabras de Ricardo Lorenzetti³⁶⁰: «No se trata entonces de ignorar la intención del legislador, sino de dar preferencia a las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación por sobre la intención histórica u originalista, que alude al momento de la sanción». En esta línea, se ha dicho que «los constituyentes decidieron sujetarse a unos principios fundamentales para convivir en sociedad, pensados para que sean perdurables e inmunes a las tentaciones de cambiarlos frente a las previsibles mudanzas de opinión. Sin perjuicio de ello, se expresaron con sabia amplitud, para permitir su adaptación a los tiempos futuros. Los valores y principios constitucionales tienen una valoración de perdurabilidad y de precisión que los protege contra su desnaturalización, y por ello no debe confundirse la indeterminación lógica con la valorativa [...]. Se trata entonces de que el elemento a considerar no es sólo el contexto de sanción de la norma,

sino el de aplicación, de modo que pueda ser sometida a una prueba de verificación de la *permanencia de su adaptación constitucional*»³⁶¹.

Nuevamente, se mencionan, luego, las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos. Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben tenerse en cuenta para decidir un caso. Esta es la función que tiene como fuente de derecho referida en el art. 1º. No es caprichosa su inclusión en el art. 2º, en el sentido que ratifica la exigencia de su consideración en la tarea hermenéutica porque proveen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. La Corte Suprema lo ha señalado expresamente: «la operatividad de los tratados sobre derechos humanos, y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos»³⁶². La incorporación de los tratados sobre derechos humanos especificados en el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional es una decisión de los constituyentes, que los poderes constituidos no pueden discutir. La función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con base en los principios de armonización, complementariedad, y pleno significado de todas las disposiciones»³⁶³.

A mayor relevancia, a título de novedad, cabe asignar a la mención de los «principios y valores jurídicos». Aquí aparece, a nuestro entender, la

³⁶⁰ Lorenzetti, Ricardo (dir.), Código Civil y Comercial comentado...

³⁶¹ CSJN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Itzcovich, Mabel c/Administración Nacional de la Seguridad Social”, LL 2005-F-362, voto del Dr. Lorenzetti.

³⁶² Fallos: 315:1492; 318:514.

³⁶³ CSJN, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad”, voto del Dr. Lorenzetti, ID SAIJ: FA05000115, 14-6-2005.

asunción del constitucionalismo como interpretación, como pensamiento eje de muchas de las modificaciones operadas. La duda que tal directiva general nos depara puede mencionarse, en primer término, a qué principios refiere. Si sólo a los consagrados, explícita o implícitamente, por el propio Código, por las leyes especiales y, fundamentalmente, por el bloque de constitucionalidad o, ya bajo una perspectiva más iusnaturalista, a principios generales inmanentes extraídos de la naturaleza de las cosas, de la razón o, incluso, de la fe religiosa. La apertura a los principios, sin mayores precisiones, y fundamentalmente a los valores jurídicos, es posible que dé lugar a un sinnúmero de interpretaciones posibles de justificación más o menos razonable y, por tanto, a un incremento de discrecionalidad judicial y su natural lastre de incertidumbre. Se trata de daños colaterales con los que tendremos que convivir merced al influjo del constitucionalismo dominante, más allá de reconocerse que tampoco el positivismo ha sido eficaz para evitarlos, al menos en las décadas recientes.

En el código derogado, los principios tenían un carácter preferentemente supletorio³⁶⁴, ahora tienen, además, a los dichos de Bobbio, una «función de integración y control axiológico»³⁶⁵. Los principios son normas abiertas, indeterminadas, que obligan a cumplir un mandato en la mayor medida posible y compatible con otros principios competitivos. Por eso se dice que son

³⁶⁴ Art. 16: «Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso».

³⁶⁵ Citado en Lorenzetti, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial. Fundamentos...

mandatos de optimización³⁶⁶; en su aplicación se busca el nivel óptimo mediante un juicio de ponderación³⁶⁷. Ponderar es establecer comparaciones, establecer el peso de cada uno y aplicar el mayor en el caso concreto.

El viejo art. 16 incluía el recurso a los PGD, «teniendo en consideración las circunstancias del caso». Si bien esta última referencia desaparece en el nuevo texto, la perceptible «impronta casuística» que caracteriza el Título Preliminar permite encontrarla en otras disposiciones (art 1.º, 3.º y 10).

Coincidiendo con la definición ya expuesta de Alexy, respecto de que los PGD son mandatos de optimización « [...] que pueden ser cumplidos en diversos grados», parece que la Comisión redactora asume una idéntica perspectiva. Para ella «deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico» (Fundamentos III, 4, 2).

Con referencia a los valores mencionados en la Constitución y en las leyes son citados con frecuencia en las decisiones judiciales: «afianzar la justicia», el «bienestar general», «la solidaridad», etcétera.

Cabe preguntarse, ¿qué funciones cumplen los valores desde una perspectiva jurídica? Para contestar este interrogante tomamos lo expresado por Ricardo Lorenzetti³⁶⁸ y podemos, así, puntualizar:

³⁶⁶ Alexy, Robert, «Teoría de la Argumentación Jurídica», en *Centro de Estudios Contemporáneos España*, Madrid, 1989, p. 143, *website*: www.biblioteca.calp.org.ar, fecha de captura: 15-10-2019.

³⁶⁷ Betti, Emilio, «Interpretación de la ley...», p. 283.

³⁶⁸ Lorenzetti, Ricardo (dir.), *Código Civil y Comercial comentado...*

- En el campo de la validez material hay un límite axiológico que puede encontrarse mediante la invocación de valores.

- En el campo argumentativo pueden contenerse de los principios, en tanto éstos contienen una idea o referencia valorativa. En este caso, la argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores.

- En otros casos, el valor expresa un juicio comparativo (compara un valor con otro), y en ello se diferencia del principio (mandato de optimización: manda a hacer algo en la mayor medida posible). Esta valoración comparativa surge cuando de dos objetos se dice que uno tiene mayor valor que otro, expresándose juicios de preferencia o equivalencia.

- En otros supuestos, el valor puede utilizarse con fines clasificatorios, en el sentido de categorización de objetos.

Sin perjuicio de que la doctrina haya sistematizado un importante número de funciones de los PGD, los redactores precisan tres: a) axiológica: frecuentemente empleada por la jurisprudencia de la Corte Suprema cuando descalificó «soluciones manifiestamente contrarias a valores jurídicos»; b) supletoria: actúa ante lagunas del sistema jurídico a fin de no determinar normas que resultan contrarias a una solución de justicia, es decir, que son contrarias a una práctica social, a una costumbre del foro o a ciertos criterios objetivos (función también determinada limitativa); c) integrativa o interpretativa: acaece cuando añade el jurista italiano «el recurso a los principios ayuda a despejar dudas entre varias interpretaciones posibles, escogiendo aquella que mejor se ajuste al principio en juego».

Finalmente, la Comisión considera inconveniente «una enumeración de principios y de valores por su carácter dinámico». Este señalamiento guarda coherencia con la función de estos criterios (en especial, en su fase productiva) y con la estructura abierta del Código, orientada hacia el judicialismo: no cabe efectuar una enumeración tasada de estándares, ya que estos van surgiendo en cada caso y se estructuran en el marco de determinadas circunstancias históricas, dando pie al ley histórica de Josef Esser³⁶⁹: «en todas las culturas jurídicas se repite un ciclo que consta de descubrimiento de problemas, formación de principios y consolidación del sistema». Según esto, los auténticos factores que forman el sistema son los principios jurídicos, y no los conceptos abstractos, «en tanto aquellos serán conocidos especialmente en el caso problemático, son soluciones generalizadas de problemas»³⁷⁰.

2.4.3.1. La coherencia

Es importante la referencia final de la norma de la interpretación «[...] de modo coherente con todo el ordenamiento». Tal vez aquí se encuentre la idea rectora en materia hermenéutica: la necesidad de «coherencia» interpretativa, en el sentido de que el criterio seleccionado por el órgano de adjudicación no implique dejar de lado otras reglas que provee el sistema —cuya armonización o diálogo se propicia—, o ya vulnerar principios y valores jurídicos del bloque de constitucionalidad.

³⁶⁹ Esser, Josef, *op. cit.*

La coherencia ya no se encuentra en la ley apriorísticamente, como ocurría en los tiempos de la codificación, sino *a posteriori*, en la construcción de la respuesta jurídica para el problema o conflicto planteado. En este punto ha tenido influencia decisiva Ricardo Lorenzetti y, en cierto modo, la idea de coherencia nos remite a su «esquema de razonamiento y justificación judicial».

De manera introductoria sintetizaremos la propuesta del autor: en los «casos fáciles», en los que el derecho aparece determinado, el juez debe comenzar seleccionando los hechos relevantes del caso, identificar la norma aplicable y subsumirlos en ésta (método deductivo). Esta solución debe luego controlarse (primer control) con los precedentes recaídos en casos similares o análogos y, si la respuesta escogida implica un cambio, debe asumirse la carga de argumentación para justificarlo. El segundo control es el de coherencia con el resto del sistema jurídico: la solución debe ser armónica con el ordenamiento. Finalmente, debe haber un tercer test de índole consecuencialista, lo que implica considerar los efectos de la sentencia, tanto jurídicos como económico-sociales, así como también la posible generalización del criterio, lo que en ciertos casos —situaciones de gravedad institucional u otras análogas— podrá funcionar como una especie de alarma que, tal vez, haga atemperar o modificar en algún sentido el criterio adoptado.

En otra vía, en los «casos difíciles» (en los que existe una cierta indeterminación del derecho aplicable, antinomias complejas, colisión de principios, etc.), el procedimiento deductivo es insuficiente y aparece la discrecionalidad judicial. Discrecionalidad que no implica que el juez esté

³⁷⁰ Rivera, Julio César, *op. cit.*, p. 65.

habilitado a resolver lo que quiera, sino que se le impone recurrir a la argumentación jurídica basada en principios, justificando la decisión en términos de corrección. Es también aquí apreciable la impronta constitucionalista.

Conforme lo expresa Amós Grajales³⁷¹, el art 2.º, al hablar de coherencia, se refiere a la coherencia con el ordenamiento que, al reconocer también la existencia de principios y valores que terminan influyendo en qué 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 alexiana— 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 había concebido un sistema jurídico pleno y cerrado y a su vez coherente por sí solo. Lo cerrado ha dejado paso a lo abierto del sistema, a lo coherente con lo normativo y no normativo.

A nuestro entender, la coherencia no tiene que ver con un sistema cerrado —esto es coherente con la voluntad del legislador—, sino que propiciamos que esa coherencia sea más amplia, con los principios y con los valores en el momento social e histórico en el que se encuentra el intérprete.

En otras palabras, sostenemos que el art. 2.º del CCCN presupone una previa coherencia interna del ordenamiento como un todo y una coherencia

externa de éste con el bloque constitucional en el que se encuentran los derechos humanos positivizados, los principios y los valores.

El ya citado autor Grajales agrega: «Nacen, pues, ahora, 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, el art. 2.º del Código es hijo directo de esta concepción del derecho. Ninguna duda cabe de que su texto destierra la idea que la gran mayoría de los jueces en nuestro sistema ha mantenido hasta hoy sobre el modo en el que deciden y dictan sus sentencias»³⁷².

Gustavo Kaufman³⁷³ considera que el jurista positivista sólo tiene en cuenta la ley, cerrándose ante todo posible elemento supralegal 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

³⁷¹ Grajales, Amós A., El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como «la boca de los principios». De la subsunción a la ponderación, 2015, publicado en: SJA 29-7-2015, 3, cita online: AR/DOC/4937/2015, fecha de captura: 9-11-2019.

³⁷² Ibidem.

³⁷³ Kaufman, Gustavo Ariel, *Sentido y vigencia del art. 33 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1992.

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 arbitrariedad.

Por su parte, José María Salgado³⁷⁴ sostiene que la coherencia puede ser interna en la solución del caso, en la que ella debe guardar correlación con los antecedentes que la justifican, y otra conforme la cual el caso debería resolverse de conformidad con la interpretación coherente de las normas, en una visión global, tanto doméstica como convencional. Dicha interpretación, para que resulte armoniosa con «todo» el ordenamiento, no puede realizarse a partir de la argumentación del tribunal, sino que debe basarse, necesariamente, en la hermenéutica que otros tribunales han hecho de casos análogos.

Desde el punto de vista material, la coherencia es la unidad de sentido o la armonía entre los preceptos de un ordenamiento, puesto que desde la mirada formal aquella se centra en la ausencia de inconsistencias o contradicciones entre las normas³⁷⁵.

El deber de coherencia fijado en el art. 2.º del CCCN reclama, para su concreción práctica, que se instauren mecanismos dirigidos a generar uniformidad en la jurisprudencia que deben ser considerados como un subsistema integrante de los procesos provistos por el Estado para resolver controversias.

³⁷⁴ Salgado, José María, *El Código Civil y Comercial de la Nación, el deber de coherencia y los precedentes vinculantes*, 2016, publicado en: SJA 1-2/2017, 31, cita *online*: AR/DOC/5050/2016, fecha de captura: 25-11-2019.

³⁷⁵ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del....*, p. 263 y ss.

El trabajo sobre el precedente remite siempre a un sustento argumentativo. Existe, más allá de las gradaciones en la obligatoriedad y de su consecuente prescripción normativa, una ponderación del discurso del tribunal por parte de los operadores y de los justiciables que valora positivamente el ejercicio de la fundamentación, tanto de seguimiento como de cambio de jurisprudencia. El deber de coherencia, entonces, se encuentra conectado con el trabajo argumentativo basado en los precedentes, propios y/o vinculantes, y hace a la obligatoriedad de fundamentación y motivación de la sentencia, tal como lo prevén los ordenamientos procesales. Su uso responsable y real, en definitiva, reviste una condición de validez constitucional.

Ahora bien, la pretendida interpretación coherente la podemos encontrar en todo el sistema jurídico; nótese, a título de ejemplo, en el tema de la reparación civil, como bien entiende la Doctora Verónica Melo, tutora a cargo de la presente tesis, que en su obra comenta que «hemos dicho que la cuantificación ha de servir para construir una representación exacta del menoscabo sufrido. Aún si se admite la dificultad de lograr dicha exactitud correspondencia, el Magistrado debe presentar un criterio que no sea excesivamente laxo, a punto que la víctima se enriquezca a costa del accionado, ni tan estricto que acuerde una indemnización exigua que no sea sino una reparación simbólica. En este sentido cuando la jurisprudencia alude a

un criterio amplio, se refiere a la integridad o plenitud que debe cumplir la faena cuantificadora, que no aliente el establecimiento de montos exorbitantes»³⁷⁶.

En cuanto a la jurisprudencia de interpretación y coherencia nos referiremos a distintos fallos para echar más luz al tema: «Corresponde definir en autos el alcance de la prioridad de paso de quién, circulando por la derecha, accede a una avenida conforme la expresa previsión normativa (art. 41, inc. d) Ley 24.449, según Ley Provincial 13.927, y la interpretación casatoria vinculante y obligatoria concretada por la Suprema Corte de Justicia (arts. 161 inc. 3 a), 168, 171 Const. Pcia. Bs. As.; arts. 278, 279 y concs. CPC; SCBA, Ac. 118.128 del 8/4/2015 “Rearte”). Soy de la opinión que esa regla normativa (art. 41 inc. d ley 24.449) debe armonizarse con el principio cardinal que rige la circulación vial y que se expresa como mandato abierto e indeterminado: “circule de manera de no dañar a otro, con la máxima cautela y previsión, de modo que tenga el control de su vehículo sin entorpecer la circulación ni afectar la fluidez del tránsito”, el que se desprende de la conjugación y complementación de las conductas prescriptas y descriptas por los arts. 39 inc. b), 50, 64 y concs. de la Ley 24.449. Todo ello en el marco de fuentes plurales del derecho privado (reglas, principios y valores), procurando su unidad sistémica y su coherencia “a posteriori” (arts. 1.º, 2.º, 3.º, 7.º y concs. CCCN)»³⁷⁷.

³⁷⁶ Melo, Verónica, Valor vida. Incapacidad psicofísica. Derechos personalísimos. Análisis doctrinarios y jurisprudenciales, Buenos Aires, La Ley Región Litoral, 2017, p. 18.

³⁷⁷ Juzgado de la Prov. Buenos Aires, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Azul, Provincia de Buenos Aires, “López, Carlos Adrián c/

2.4.4. Deber de resolver. La razonabilidad

Art 3. Deber de resolver: «El Juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada».

Partiendo de que el Proyecto muestra a las claras la vocación judicialista que surge de las premisas del artículo mencionado, pasaremos a considerar un nuevo tópico: el de la razonabilidad como directriz para evitar la arbitrariedad de la sentencia. El nuevo Código encomienda a los jueces la gran tarea de completar e integrar sus disposiciones porque, como ya lo hemos adelantado, el Código no abriga pretensiones de completitud³⁷⁸.

Pues bien, como sostiene Rabbi-Baldi Cabanillas³⁷⁹, a lo anterior deberíamos agregar la función de controlar el alcance de un texto procedente de los restantes poderes, que ubica al Poder Judicial en el puesto de verdadero poder en su relación con los otros departamentos del Estado; ha pasado de un lugar en cierto modo «secundario», a un sitio —por el momento esta afirmación basta— de igualdad con aquellos.

En esa línea, se trata de una nota característica del moderno Estado de derecho, por cuanto: a) el Estado reserva para sí la potestad de solución de conflictos por lo que, escribe Ferreyra Rubio, no puede admitirse que el juez se

Esperatti, José Oscar y otros s/ daños y perj. autom. c/ les. o muerte (exc. Estado)", Ref: ID47022, 8-6-2017.

³⁷⁸ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del..., p. 40.

excuse de cumplir su misión, ya que esto determinaría «[...] un alto grado de dispersión y conflicto social»; b) el Estado encomienda a uno de sus poderes (judicial) la resolución de los asuntos jurídicos, prohibiendo, de tal modo, el reenvío de otros poderes, tal como sucedió en diversas épocas y lugares, a fin de que sean esos los que diriman los asuntos ante el vacío u oscuridad legal³⁸⁰.

La norma reitera, aunque con distinta redacción, el deber impuesto a los jueces por el viejo art. 15 del CC («Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes»). Aclaración: Vélez Sarsfield toma la idea textual del *code napoleon*. Prohíbe, de tal modo, la configuración del *non liquet*, expresión usada por los romanos para referirse a ciertos casos cuya solución no estaba clara y que, por ello, quedaban sin decisión. Esto no es posible en el derecho moderno, donde los sistemas jurídicos parten del dogma ineludible —o ya de la ficción— de la plenitud del derecho, dando la idea de que siempre puede encontrarse una solución en el sistema.

La novedad del artículo se encuentra en el agregado final, en la expresión «mediante una decisión razonablemente fundada». Podría suponerse que no hay innovación, ya que ha sido una exigencia del Estado de derecho que el juez motive sus decisiones incurriendo, en caso contrario, en arbitrariedad.

³⁷⁹ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, Interpretación jurídica. Teoría y práctica..., p. 274.

³⁸⁰ Rivera, Julio César, *op. cit.*, p. 67.

Ahora bien, en los últimos tiempos, de la mano del tránsito operado hacia el Estado constitucional de derecho, se ha producido un cambio decisivo en lo que refiere a la motivación de las decisiones adoptadas por los organismos públicos (legislativos, ejecutivos y judiciales).

Explica Atienza³⁸¹ que los poderes estatales son limitados y deben justificarse de un modo mucho más exigente, sin que resulten aptos para ello la referencia a la autoridad (es decir, a que la decisión fue adoptada por el órgano competente), ni al cumplimiento de los procedimientos exigibles, sino que se requiere un control en cuanto al contenido. Y afirma: «[...] el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone un sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos».

De allí, entonces, que la referencia contenida en la norma respecto a la fundamentación de las decisiones no resulte inocua o redundante.

Es más bien decisiva para determinar una mayor exigencia argumentativa. ¿Implicará esto para los jueces (y para todos los operadores jurídicos, pues la exigencia se desparrama también hacia ellos) escribir más, decir más, reproducir más doctrina y jurisprudencia en apoyo de la decisión adoptada? No, en modo alguno.

³⁸¹ Atienza, Manuel, «El derecho como argumentación», en *Revista de Derecho* (versión online), Vol. XIX, N.º 1, 2006, pp. 285 y 286, fecha de captura: 4-1-2020.

En realidad, este incremento tal vez implique lo contrario, o bien, en resumidas cuentas, justificar mejor las decisiones, abandonando formalismos y prácticas inconducentes para pasar a explicar de un modo claro (comunicable) las verdaderas razones que motivan la decisión, mejorando el contenido argumental y posibilitando el control de lo decidido por los interesados. Lo que se exige no es, propiamente, un incremento cuantitativo sino cualitativo en las decisiones. Y tal cosa no es menor, si reparamos en las deficiencias que la práctica del derecho suele mostrar a través de textos que presentan escasez o ausencia total de argumentos, falacias de distinto tipo, argumentación inconducente o incoherente con la conclusión, recurrencia interminable a citas y transcripciones que no siempre guardan relación lógica y concreta con las postulaciones o resoluciones que pretenden fundarse (para lo cual el uso de la informática, en particular de la posibilidad de copiar y pegar que, a la par de los enormes beneficios que ha traído consigo, genera como lastre este mal uso, nada infrecuente, del recurso). El desarrollo actual de estudios sobre «argumentación jurídica» tiene mucho que aportar a la práctica para, como toda buena teoría, mejorarla.

La razonabilidad, por lo tanto, se invoca como un instrumento para individualizar la solución más adaptable a los tiempos y a las circunstancias, la más lógica y la que da mejores respuestas a las exigencias económico-sociales del momento, acatando a las reglas de interpretación de la ley³⁸². La razón formula el derecho, y la razonabilidad debe estar presente como criterio de individualización de la norma y de fundamento de la decisión judicial. Así,

concluye Highton, «en definitiva, la razonabilidad simboliza un inevitable componente del Derecho, de la norma jurídica y de la decisión judicial».

Por otra parte, el deber de fallar nos aproxima a la idea de la discrecionalidad de la que goza el juez al momento de sentenciar.

Una simple lectura de la tabla de contenido del código vigente nos da cuenta de las numerosas y diversas normas en las que aparece claramente instalado el poder discrecional judicial, como asimismo directivas para la decisión judicial en diversas materias y regulaciones de institutos procesales.

Veamos:

- Obligaciones: consagra facultades judiciales en cuanto a intereses en obligaciones de dar dinero (art. 771), en supuestos de cláusula penal y sanciones conminatorias (arts. 794 y 804) o regulación del pago por consignación judicial (arts. 904 a 909).

- Contratos: dispone el control judicial de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (art. 989) o en contratos de consumo (art. 1122); determinaciones judiciales en el precio de la compraventa (art. 1134), en la locación de obra (arts. 1255, 1261 y 1265) y en el cobro del saldo ejecutivo en cuenta corriente bancaria (art. 1440).

- Responsabilidad civil: regula la acción preventiva del daño (arts. 1711 a 1713); determina la aplicación de sanción pecuniaria disuasiva en materia de violación de derechos de incidencia colectiva y moderación de la punición irrazonable o excesiva por condenaciones pecuniarias administrativas, penales

³⁸² Highton, Elena I., *op. cit.*, p. 56.

o civiles (arts. 1714 y 1715), legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho (art. 1718); se prescriben los factores de atribución del daño objetivo y subjetivo con elementos para valoración de la conducta y la relación causal (arts. 1721 a 1727); impone la carga de la prueba de los factores de atribución y de las eximentes de responsabilidad civil (art. 1734); se faculta al juez para modificar la carga de la prueba (art. 1735) y se determina quién debe probar la relación de causalidad (art. 1736); contempla la atenuación judicial de la responsabilidad por equidad (art. 1742) y en daños causados por acto involuntario (art. 1750); edicta sobre el *onus probandi* en materia de daños (art. 1744); prescribe facultad judicial en indemnizaciones por fallecimiento (art. 1745, ap. b).

- Títulos y valores: en forma taxativa precisa las defensas oponibles de fondo que puede oponer el deudor (art. 1821); contempla el ámbito de aplicación y los efectos de las medidas precautorias (art. 1822).

En consecuencia, este modelo de justicia que ve la necesidad, no sólo de resolver los conflictos sino también de solucionar los problemas que los originan, necesita de jueces que dominen técnicas y estrategias para desarrollar y mejorar sus habilidades interpersonales, psicológicas y de trabajo social. Estos nuevos planteamientos implican afrontar, de manera colaborativa e interdisciplinaria, la resolución de estos problemas sociales en los que el juez/a se debe desempeñar de manera activa responsable.

La pregunta que surge inevitablemente es: ¿qué entendemos por «razonable», entonces?³⁸³ La cuestión ha inquietado a la jusfilosofía desde antiguo, y constituye el lugar por excelencia del ya referido pensamiento de «la razón práctica prudencial» que inspira el Título Preliminar. Atienza distingue dos sentidos: uno amplio en el que —siguiendo a Perelman— se considera «que todas las decisiones jurídicas deben ser razonables», de modo que la razonabilidad operaría como un criterio o límite general del razonamiento jurídico, y otro, «estricto», en el que la razonabilidad puede predicarse exclusivamente respecto de cierto tipo de decisiones jurídicas: las que no podrían (o no deberían) adoptarse siguiendo criterios de estricta racionalidad, «que son aquellas que únicamente respetan las reglas de la lógica deductiva». Esta última es la razonabilidad que menta el documento, ya que el diálogo de fuentes que reclama, en el que son determinantes el recurso a principios y valores en el marco de un sistema abierto, no se aviene con un procedimiento lógico-deductivo, sino con una respuesta ponderativa (o de balance) entre derechos competitivos cuya estructura de razonamientos se encadena mediante argumentos. Como escribe Perelman, «La razonabilidad es una síntesis que combina la preocupación de la seguridad jurídica con la equidad, la búsqueda del bien común con la eficacia en la realización de los fines admitidos de donde más que el legislador, es al juez al que se confiara la realización de esa síntesis»³⁸⁴.

³⁸³ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato,, Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del..., p. 40.

³⁸⁴ Citado en Rivera, Julio César, *op. cit.*, p. 68.

Se trata concretamente, parafraseando a Atienza³⁸⁵, de que una decisión jurídica es razonable si y solo si: 1) se toma en situaciones en que no se podría, o sería aceptable, adoptar una decisión que respete los criterios de racionalidad formal; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión; 3) obtiene un máximo de consenso.

Por ello, el control de la motivación de cualquier motivación judicial, al amparo de una facultad discrecional, efectuado por una instancia superior y suprema no debe limitarse a verificar que el acto impugnado tenga una motivación más o menos exhaustiva, pues tiene, también, la obligación constitucional y legal de evaluar si la decisión adoptada cumple con el requisito de razonabilidad y, de esta manera, descartar la existencia de un acto arbitrario³⁸⁶.

En esa línea, la Comisión Reformadora expresa: «razonablemente fundada» es una expresión que se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias». Está configurada por el Alto Tribunal a partir del precedente *Rey c/ Rocha* (1909), que se ha desplegado —como dice Sagüés— a través de una dilatada familia de resoluciones, objeto de diversas clasificaciones (las que exhiben un exceso ritual manifiesto, incongruentes, auto-contradictorias, que prescinden de pruebas o de hechos notorios, etc.), que concluyen en un común denominador: la ausencia de una decisión «razonablemente fundada». Como se añade en los fundamentos (III, 4), el requisito de la razonabilidad es un estándar de control de la decisión judicial

³⁸⁵ Atienza, Manuel, *op. cit.*

que va asociado a que no constituyen tales aquellas resoluciones que arriban resultados disvaliosos o antifuncionales. Bajo esta lógica se obtiene una consecuencia no menor: si lo valioso viene a ser sinónimo de lo no arbitrario y, por lo tanto, de lo razonable, de acuerdo con el alcance asignado a los principios y valores en el art. 3 del CCCN se concluye que la decisión razonablemente fundada en este artículo no es otra que una decisión moral³⁸⁷

Y es aquí donde la discrecionalidad se encuentra limitada por el instituto de los PGD, colaborando con su compromiso en la resolución del caso para alcanzar la solución justa y verdadera del litigio.

Por ende, la propiedad característica de los PGD de ser una norma abierta a diversas interpretaciones, su mutabilidad en tiempo y espacio contribuyen a la labor de los magistrados, en cuento, son el punto final del entendimiento jurídico.

«Los jueces son, en cuanto ministros de la ley, servidores del derecho para la realización de la justicia, que puede alcanzarse con resoluciones positivamente valiosas, derivadas razonablemente del ordenamiento jurídico vigente... incluso en los principios que lo integran para la decisión de los casos concretos»³⁸⁸.

Didier destaca, en su publicación *Igualdad, discriminación y fecundación in vitro*³⁸⁹, que «La Corte Suprema argentina también ha invocado y aplicado

³⁸⁶ Lamadrid Ibáñez, Hugo, Razonamiento judicial. Motivación de resoluciones y control de logicidad materiales para el análisis, Perú, Ed. Marsol, 2009, p. 35.

³⁸⁷ Rivera, julio César, *op. cit.*, p.68.

³⁸⁸ CSJN, 10-7-2012, *Fallos*: 355:1305.

³⁸⁹ Didier, María Marta, «Igualdad , discriminación y fecundación *in vitro*», en *Jurisprudencia Argentina*, enero/marzo 2012, pp. 1290-1307.

reiteradamente el principio de razonabilidad, cuyo fundamento constitucional se encuentra en los arts. 28 y 33 CN. La Corte Suprema ha sido reacia a precisar su contenido o significado, limitándose a afirmar que la razonabilidad de las leyes depende de su adecuación a los fines que persiguen y de la ausencia de iniquidad manifiesta, vinculando también la irrazonabilidad con la alteración fundamental de los derechos de las personas»³⁹⁰.

En ese hilo conductor, Didier cita a Jonathan Barnes y destaca que el principio de razonabilidad no atribuye, por sí mismo, derechos sino que brinda un parámetro de control jurisdiccional de las regulaciones o reglamentaciones de los derechos fundamentales. La autora advierte que, en el derecho continental europeo, el principio de razonabilidad también se denomina de proporcionalidad y se compone de tres juicios o subprincipios: el juicio de adecuación o idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. De forma sucinta intentaremos, siguiendo a Didier, poner luz sobre el contenido de estos, advirtiendo al lector que unos se suceden a otros³⁹¹.

El juicio de adecuación implica valorar si la medida reguladora del derecho fundamental resulta idónea para alcanzar la finalidad pretendida mediante su dictado. Los fines públicos, o socialmente relevantes, se deben plasmar tanto fáctica como jurídicamente. Estos fines y los medios elegidos deben ser constitucionalmente legítimos.

³⁹⁰ Cfr. *Fallos*: 249:252; Cfr. *Fallos*: 199:466.

³⁹¹ Didier, María Marta, «Igualdad, discriminación y fecundación...», pp. 1290-1307.

El juicio de necesidad implica ponderar la restricción impuesta por la norma que sólo resultará necesaria si no hay otra que resulte menos gravosa sobre los derechos afectados pero que al mismo tiempo susceptible de lograr la eficacia en tanto alcance el fin perseguido³⁹².

Finalmente, sobre el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, establece Didier³⁹³ que «implica efectuar un balance entre costos y beneficios, entre ventajas y desventajas, y conlleva el peligro de incurrir en un juicio utilitarista, en tanto bastará encontrar un fin público legítimo e imperioso para justificar una restricción de derechos humanos o fundamentales»³⁹⁴.

Destaca la autora que «considerar que una medida es proporcionada o razonable, no obstante alterar el contenido del derecho de que se trate, implicaría reducir la máxima de razonabilidad a un mero juicio técnico o instrumental, desvinculándola de las exigencias que plantea la justicia y

³⁹² Didier cita a Jonathan Barnes en «Introducción al principio de proporcionalidad...»: «Para valorar la necesidad de la medida, Bernal Pulido agrega al criterio de la eficacia tres más: a) el de la temporalidad, lo que implica que el medio alternativo sea tanto o más expeditivo que la medida legislativa cuestionada; b) el de la realización del fin, lo que supone que el medio alternativo contribuya para la realización de tantos o más aspectos relativos al fin, como aquellos que se originan por causa de la medida legislativa y c) el de la probabilidad, conforme al cual el medio alternativo debe contribuir con tanto o mayor seguridad que la medida legislativa para la obtención del fin inmediato» (*Ibidem*, p. 505).

³⁹³*Ibidem*.

³⁹⁴ Aclara Didier, y cita a Cianciardo, que «se ha señalado que el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* no debe reducirse a un balanceo entre costos y beneficios, sino que además debe exigir, en primer lugar y antes de efectuar dicho balance, valorar si la medida afecta el contenido esencial del derecho fundamental en juego, en cuyo caso será considerada irrazonable. Por tanto, se ha llegado a la conclusión de que la proporcionalidad *stricto sensu* de una medida presupone dos cosas: "a) que la medida no altera el contenido del derecho fundamental involucrado; y b) que la medida no alteradora introduce precisiones tolerables de la norma iusfundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido"» (*Ibidem*).

perdiendo de vista su origen histórico: preservar los derechos fundamentales de las intromisiones arbitrarias por parte del Estado. Asimismo, ello supondría una contradicción, pues lo razonable no puede diferir de lo justo y lo justo es aquello que a cada uno le corresponde, es decir, su derecho»

En este sentido, se ha señalado que «la postura de la Corte argentina no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. Se admite la existencia de dos pasos: una cosa es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios y otra la razonabilidad entendida como no-alteración de los derechos en juego»³⁹⁵.

Siguiendo la explicación de Didier, referencia que la CSJN ha señalado que el principio de igualdad exige consagrar un trato legal igual a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, imponiendo que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a algunos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias³⁹⁶.

Coincidimos con la autora sobre el ineludible examen de razonabilidad para que el creador de la norma determine qué criterios son relevantes para fundar un trato diferenciado.

Continúa destacando que «El juicio de razonabilidad de las distinciones normativas no posee las mismas características que el juicio de razonabilidad de medidas vinculadas con derechos fundamentales diversos al derecho de igualdad. En efecto, "[...] la jurisprudencia no efectúa el mismo juicio de

³⁹⁵ "Dessy", *Fallos*: 318:1894 (1995), considerando 12 del voto de los ministros Fayt, Petracchi y Boggiano.

³⁹⁶ Cfr. *Fallos*: 16:118, 1875; 95:327, 1902; 117:22, 1913; 123:106, 1916; 124:122, 1916; 126:280, 1917; 132:198, 1920; 137:105, 1922; 138:313.

razonabilidad para todos los casos en los que se invoca una violación del derecho de igualdad, sino que hace depender la intensidad de dicho juicio de los criterios utilizados para diferenciar y de los derechos con respecto de los cuales se establece la distinción de trato impugnada. Así, cuando las normas discriminan en el ejercicio de los derechos fundamentales o utilizan criterios considerados sospechosos, tales como la raza, la nacionalidad, el sexo o la condición de hijo extramatrimonial, puede observarse una intensificación del juicio de razonabilidad, que se traduce en la aplicación de estándares más estrictos y difíciles de superar».

Estimamos que la razonabilidad deviene apta para soportar el transcurso del tiempo y la velocidad de actualización a nivel argumentativo que exigen los momentos actuales de los que la labor jurídica no escapa.

CAPÍTULO V

Control de calidad de la aplicación de los PGD

No os dejéis, ante todo, seducir por el mito del legislador. Mas bien, pensad en el Juez, que es verdaderamente, la figura central del Derecho. Un orden jurídico se puede concebir sin leyes, pero no sin jueces.

Francesco Carnelutti

ELABORACION DE UNA NORMATIVA ISO SOBRE LOS PGD

Nuestro objetivo —ya revelado en las páginas iniciales del presente trabajo— no es otro que el de auspiciar el advenimiento de un pensamiento jurídico más preocupado por la dinámica de los PGD en su faz práctica, atendiendo al pretendido control de calidad en su aplicación al caso en concreto, mediante la implementación de una norma ISO³⁹⁷ que permita seguir

³⁹⁷ La norma ISO 9000 designa un conjunto de normas sobre calidad y gestión continua establecidas por la Organización Internacional de Normalización (ISO). La siguiente, ISO 9001, es una norma internacional de gestión de calidad aplicable a cualquier tipo de organización de cualquier sector o actividad. Está basada en los ocho principios de gestión de calidad fundamentales para una buena gestión empresarial: 1) orientación al cliente; 2) liderazgo; 3) participación del personal; 4) enfoque basado en procesos; 5) en foque de sistema para la gestión; 6) mejora continua; 7) enfoque basado en hechos para la toma de decisión; 8) Relaciones mutuamente beneficiosas con el proveedor. La Organización Internacional de Normalización tiene su oficina central en Ginebra, Suiza, y está formada por una red de institutos nacionales de estandarización en 156 países, con un miembro en cada país. El objetivo de la ISO es llegar a un consenso con respecto a las soluciones que cumplan con las exigencias comerciales y sociales (tanto para los clientes como para los usuarios). Estas normas se cumplen en forma voluntaria ya que la ISO, como es una entidad no gubernamental, no cuenta con la autoridad para exigir su cumplimiento. Sin embargo, estas normas pueden convertirse en un requisito para que una empresa se mantenga en una posición competitiva dentro del mercado (Fuentes consultadas: Organización Internacional de Normalización: www.iso.org; Organismo Argentino de Acreditación: www.oaa.org.ar;

un conjunto de pautas que aseguren que la concreción del principios general del derecho no irrite a su sentido original sino que, por el contrario, lo plasme a cabalidad.

Si las normas ISO (en especial, la 9001) son consideradas como un conjunto normativo sobre calidad y gestión continua (SGC) para determinado funcionamiento, establecidas por un órgano que excede las fronteras del país, como lo es la Organización Internacional de Normalización, y que son controladas internamente por el IRAM, deviene plausible considerar este sistema como un parámetro ejemplar de análisis a los fines que nos comprometen en el presente (cfr. Gráfico N.º 1 al finalizar el presente capítulo).

A nuestro entender, las normas ISO offician como modelo a seguir para el planteo de una posible ISO PGD y es a tales efectos que nos encaminamos a responder ciertos interrogantes fundamentales:

1) ¿Es posible y conveniente el control de calidad de la actividad jurisdiccional puesta a aplicar un PGD?

2) Si la respuesta fuere positiva, esta norma ISO PGD ¿oficiaría como criterio obligatorio o meramente facultativo?

3) ¿Cuál es el mecanismo para introducirla en el sistema jurídico?

4) ¿Qué contenido tentativo podría estar contenido en una norma ISO PGD para officiar de guía para el auto y heteromonitoreo de la calidad de las sentencias judiciales?

1.1 Acerca de la plausibilidad y conveniencia de controlar la calidad de la actividad jurisdiccional puesta a aplicar un PGD

Merece señalarse que la norma ISO 9001 / año 2015 de control de calidad³⁹⁸, a partir del 20-9-2010 en la Argentina, deviene aplicable no sólo al sector privado sino también a la Administración Pública a través de la norma IRAM 30.900, por lo que encontramos razonable y posible admitir la posibilidad de la creación de una norma ISO para el control de la calidad de las decisiones que toman los Magistrados basadas en PGD.

No obstante que las normas ISO, en general, están destinadas a un proceso de gestión que suele involucrar a numerosos agentes, en el cual cada sujeto desempeña una función específica, a diferencia del caso que nos ocupa y que tiene al juez como único destinatario de la ISO PGD, estimamos que ello no obsta a la aplicación de un parámetro de base que tienda a encarrilar conceptual, axiológica y argumentalmente el desarrollo de la solución judicial en orden a lograr un producto de nivel, asegurando que el PGD encuentre un destino ajustado a su esencia, cuando baja del cielo de los conceptos a la tierra de la praxis.

Ahora bien, debido a que esas notas propias de los PGD —su generalidad y su abstracción— propicia en ocasiones su utilización incorrecta, se vuelve imprescindible que los jueces eviten incurrir en cualquier forma de manipulación, deliberada o inadvertida, de los PGD mediante el respeto a una serie de pautas mínimas que podrían encarrilar el buen pensar y argumentar

³⁹⁸ www.documentación@iram.org.ar

del juez, proporcionándole una herramienta de contralor autogestionado de su propia técnica de juzgamiento.

Y, del mismo modo que mediante las ISO PGD se proporciona a los autores de los pronunciamientos judiciales herramientas para efectivizar el automonitoreo de su quehacer, también se brinda a los órganos de revisión de aquellos instrumentos para el monitoreo heterogestionado de la aplicación de los PGD, a los fines de la verificación de la calidad del procedimiento seguido por el magistrado emisor y de la sentencia en sí misma considerada.

Así, para que ese proceso de decantación del PGD *in abstracto* a su materialización *in concreto*, es decir, para que el pasaje del contenido general del principio hacia su implantación en el caso —en tanto norma particular— se opere con corrección y adecuación, de modo tal que obtenga el resultado perseguido —solución justa—, entendemos que resulta posible ordenar una serie de pautas o directivas a tener en cuenta por los propios magistrados a la hora de utilizar un PGD al sentenciar, una suerte de manual del usuario o tutorial que les impida caer en esa temida actitud de temeraria acrobacia jurídica.

A nuestro entender, es posible introducir ciertas pautas que podrían ser sintetizadas con la denominación «norma ISO PGD» y que bien podrían proporcionar un andarivel básico por el cual transitar cuando los jueces se encuentran en situación de ejercer su poder discrecional, en especial, cuando las normas legales vigentes resulten lo suficientemente oscuras, dudosas o inexistentes como para habilitar la aplicación directa de los PGD. Pero, dicho sea de paso, esa norma debe abrirse a futuras correcciones y ampliaciones.

Es decir, saber a qué atenerse jurídicamente en esa aplicación o al menos contar con las respuestas previsible y anticipada para cada problema jurídico³⁹⁹.

Es evidente que el control de calidad de la acción de juzgar, conforme a los aludidos estándares, no ha de prevenir ni mucho menos curar los innumerables problemas configurados por las interpretaciones distorsivas de un PGD o las soluciones contradictorias que provocan *strepitus fori*, mas sí estimamos que pueden coadyuvar a un mejoramiento del desempeño de la función jurisdiccional, en la delicada y honorable faena que le atañe.

Esta suerte de guía primaria de control, constituida por pautas valorativas prediseñadas, oficiaría de apuntalamiento para este «examen de conciencia» del juez cuando se encuentra elaborando su pronunciamiento, aportándole los acicates adecuados para testear la calidad de su producto y para despertar la propia percepción de los vicios que este pudiere estar anidando. Con el mismo rigor de discernimiento es posible hacer jugar la herramienta ISO PGD en el control de calidad heterodoxo que ejercen los órganos revisores, cuando éstos no son los autores de la decisión impugnada (v. gr. en los recursos de doble instancia).

De tal modo, el poder advertir e identificar, en etapa temprana, los problemas de una incorrecta interpretación, así como la chance de neutralizarlos mediante la incorporación de la ISO PGD en la conciencia de los jueces y en la dinámica judicial antes de arrojar el producto final que es la

³⁹⁹ Al respecto, ver lo referente a seguridad jurídica en Vigo, Rodolfo L., *Pensar el derecho. Ensayos de la teoría jurídica contemporánea*, N.º 7, Perú, Ara Editores, 2010,

«sentencia», aparecen no solo como posibles, sino también como convenientes, toda vez que suponen la introducción efectiva de un mecanismo de mejora continua del acto volitivo de juzgar; a la par que se erigen en un modo de actualización de la vigencia práctica y útil de los PGD en tanto presencia viva y dinamizante del sistema jurídico.

En síntesis, siguiendo el modelo de la ISO 9001, consideramos tan «posible» como «conveniente» la elaboración de un sistema de control de calidad (norma ISO PGD), por las razones que puntualizaremos a continuación. La norma ISO PGD:

1) Permite neutralizar errores judiciales y fallos contradictorios; modela una conciencia judicial ordenada a plasmar la razonabilidad en sus decisiones.

2) Colabora con el juez en el ejercicio de su poder discrecional, aportándole una «nómina amplia» de criterios coherentes que iluminarían la aplicación de los PGD, en caso de oscuridad o penumbra del derecho.

3) Configura un material de innegable riqueza disponible para operadores del derecho ante eventuales problemas futuros y análogos a los resueltos.

4) Incrementa la eficacia y/o eficiencia del sistema mediante el dictado de fallos justos.

5) Facilita a los jueces la utilización práctica de los PGD para que el derecho sea, en definitiva, la verdadera búsqueda de un ajustamiento de las relaciones sociales.

6) Restituye actualidad y vigencia práctica a los PGD.

7) Propende a cristalizar el valor «seguridad jurídica», que es una de las primigenias aspiraciones del Estado de derecho, evitando el *strepitus foris* derivado del dictado de fallos contradictorios.

8) Contribuye a la satisfacción de los justiciables destinatarios del fallo y, en la medida que se logre tal aspiración, habremos cumplido con la esencia de los mandatos de optimización propugnados por Alexy.

9) Favorece a un adecuado análisis consecuencialista de las sentencias toda vez que, mediante las pautas ISO PGD, se mida el sacrificio de determinados bienes evitado gracias a la opción efectuada.

10) Enaltece la calidad de la actividad jurisdiccional en orden a elevar cualitativamente el contenido de la sentencia, su altura argumental y su factura técnica como un producto de «alta gama».

11) Auspicia, fomenta y contribuye a desarrollar el valor de «prudencia» en la intención y el hábito de su ejercicio en la conducta de los magistrados, entendida como la sabia capacidad de discernir en cada situación lo que se pretende como correcto.

En síntesis, de lo expuesto cabe que concluir que deviene posible establecer una norma ISO PGD para que la sentencia sea conforme a la «calidad esperada y requerida» por el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional, al declamar su norte de «afianzar la justicia», en modo análogo a la reconocida norma IRAM ISO 9001, que propone un modelo de gestión de calidad que en la actualidad es internacionalmente aceptado.

Asimismo, resulta conveniente que la norma ISO PGD sea elaborada y luego tenida en cuenta como una herramienta que sirva para una mejor calidad de las decisiones judiciales.

Asentadas, pues, las tesis de la posibilidad y de la conveniencia de elaborar una norma ISO PGD corresponde abordar los restantes interrogantes planteados *ut supra* (cfr. Gráfico N.º 2 al finalizar el presente capítulo).

1.2 Acerca de si esta norma ISO PGD oficiaría como criterio obligatorio o meramente facultativo

Es menester aclarar que la propuesta que propugnamos en relación con la elaboración de la ISO PGD concibe a la misma como una directiva enderezada a marcar una tendencia dentro del espectro amplio abarcado por la discrecionalidad de los jueces.

Ese control de calidad jurisdiccional estaría orientado a mantener la coherencia del sistema en la que la norma ISO PGD no sería inicialmente operativa. Esto así, ya que la ISO PGD no es concebida como el establecimiento de un criterio de justicia que apunta a la solución del caso en sentido determinado, sino como un conjunto de pautas que inciden directamente en la selección de los principios aplicables al caso y su alcance. Así, si se considera que el PGD es un instrumento que no solo que oficia de soporte del sistema jurídico todo, sino que también necesita reeditarse en el plano de la cotidiana praxis a la versión de su aplicación real, esta herramienta

debe ser utilizada de un modo pautado, ordenado y correcto, para que su utilización resulte eficaz.

Apreciamos que —como cualquier instrumento del derecho—, una vez ejercitada y afianzada, deviene adecuado postular como aspiración máxima su aplicación obligatoria para los magistrados en situación de sentenciar o de revisar sentencias de las causas que se han traído a su conocimiento.

1.3 Acerca del medio idóneo para introducir la ISO PGD en nuestro sistema jurídico

Para responder a este interrogante, merece destacarse un concepto que ha sido puesto ya de resalto en orden al control de calidad ISO⁴⁰⁰: «no alcanza solamente con cumplir los requisitos de documentación exigidos por la norma ISO, no alcanza con poner en marcha el sistema y dejarlo actuar por sí mismo. La verdadera diferencia está en la gente. Si los directivos (en nuestro caso: los jueces) no se involucran seriamente, no comprenden la necesidad de cambiar, si no respetan atención a los mercados, si no ponen en práctica un liderazgo participativo, si no impulsan una cultura de calidad a lo largo y a lo ancho de la organización, la implementación de las normas solo será un nuevo requerimiento formal condenado al fracaso. Solo el esfuerzo compartido de todos los integrantes de la organización hará posible que los beneficios de trabajar según los estándares de la ISO se hagan realidad. Otros motivos que pueden hacer que los resultados obtenidos no sean los deseados, se

relacionan con una mala planificación, errores en la identificación y la definición de los procesos críticos y/o una incorrecta evaluación costos-beneficios».

Estimamos aplicable lo recién transcripto al ámbito jurisdiccional, enderezado al cometido de concretizar los PGD con el mayor grado de acierto axiológico y finalista al circunscripto ámbito del conflicto sociológico que subyace a la existencia de un proceso judicial que busca el dictado de su sentencia. Para ello, un modelo de gestión exitoso necesita un rol activo y un compromiso de alta dirección en manos de un operador de derecho dotado de poder.

Asimismo, la formulación de esta ISO PGD deberá ser adecuadamente formulada por estudiosos y expertos del derecho quienes, amparados por su experticia, aunando criterios tomados de la jurisprudencia de los tribunales nacionales, y aún internacionales, y profundizando en la doctrina más destacada, estandaricen los criterios orientadores para que los magistrados, en sus sentencias, logren la realización de los valores que preexisten a la comunidad como supremos y se adaptan a los actualmente vigentes en nuestra sociedad.

Esta guía sería aplicable en todos los fueros del Poder Judicial, no obstante lo cual, bien podría ser útil como referencia también para otros organismos públicos que deban resolver cuestiones administrativas vinculadas.

En relación con nuestra propuesta, en Perú se ha registrado un importante avance en el desarrollo de la teoría de motivación de las resoluciones judiciales, que podría incorporarse a nuestro sistema como un

⁴⁰⁰ Fuente consultada: <http://www.unlu.edu.ar/~ope20156/normasiso.htm>.

marco legal posible. En ese país se ha elaborado una *Guía de Pautas Metodológicas para la Elaboración de Sentencias*. Esta guía, emanada de la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, es muy útil porque contiene, también, un listado de control de calidad y de verificación de los principales aspectos que debe contener una sentencia expedida en un proceso civil o en un proceso penal «sin afectar la independencia o autonomía de la labor jurisdiccional»⁴⁰¹. Para la redacción de este documento se elaboró un diagnóstico previo de los factores endógenos y exógenos que afectan negativamente la calidad de las sentencias.

Partiendo de los contenidos de la norma ISO 9001, y en nuestro orden, sugerimos seguir el mismo plan de acción tendiente a ese pretendido control de calidad, esto es:

- a) identificar los procesos necesarios para el sistema de gestión de calidad (SGC);
- b) determinar la secuencia y las interacciones de los procesos;
- c) determinar los criterios y los métodos de funcionamiento y el control de tales procesos;
- d) asegurar la disponibilidad de recursos y la información necesaria para el funcionamiento y monitorización de los procesos;
- e) monitorizar, medir y analizar tales procesos;
- f) implementar acciones necesarias para obtener los resultados previstos y la mejora constante de tales procesos;

⁴⁰¹ Lamadrid Ibáñez, Hugo, *op. cit.*

Ahora bien, partimos desde la idea de Betti, quien sostiene que los principios jurídicos son «ideas germinales», definición que se relaciona con el carácter inacabado de ellos, por lo que la labor judicial aparecería como la destinada al «acabamiento» de aquellas semillas, entendido éste como el crecimiento y desarrollo del PGD en su manifestación práctica, hasta su estado de actualización de ese estado potencial.

Debemos aclarar que la existencia de una ISO PGD en nada implica limitar su extensión sino, por el contrario, de lo que se trata es de asegurar que esa extensión se verifique dentro de un plano de saludable germinación y florecimiento. Más aún cuando entendemos al unísono con Alexy que estos operan como «mandatos de optimización». En otras palabras, la ISO PGD entra en acción para ordenar una dirección o camino hacia su aparición al terrenal modo de vida en el contexto de una sentencia, y de su cabal y ulterior ejecución en la vida de los justiciables.

Esos criterios orientadores de gestión de control de calidad, enunciados en una norma ISO PDG, no tienen ni la entidad ni el rol de una «súper norma», sino que integrarían el ordenamiento jurídico con una misión eminentemente instrumental, vale decir, como una especie de bisagra cuyo contenido es susceptible de reformularse conforme lo autorice el dinamismo propio del derecho y los cambios sociales, tecnológicos y económicos del país.

Son criterios jurídicos que intervienen en el acto de juzgar como un cedazo de la calidad de esa acción y de su resultado (la sentencia) los que, correctamente implementados, validan la perfección del sistema y contribuyen a la seguridad jurídica de un Estado.

En otras palabras, se favorece la previsibilidad de la actividad jurisdiccional —evitando que esta se constituya en una quimera para el justiciable, con el alto contenido de azar que hoy reviste con un aura al Poder Judicial y a sus resultas— y se contribuye a la moralización del derecho.

El método para implementar por el magistrado, a la hora de autogestionar su «examen de conciencia» o «análisis de calidad» de su labor mediante la ISO PGD, no será otro que el «juicio de ponderación» o *balancement* —que posteriormente expondremos—, y que adelantamos como aquel que establece comparaciones aplicando el mejor criterio (en términos de mayor/menor) en el caso concreto.

1.4 Acerca del contenido tentativo que podría estar contenido en una norma ISO PGD para oficiar de guía para el automonitoreo y heteromonitoreo de la calidad de las sentencias judiciales

A los fines de adjudicar un contenido mínimo —y apenas con intención de ofrecer una sugerencia seria y suficiente— para garantizar que el control de calidad del proceso de concretización de los PGD se lleve a cabo discrecional y justamente, auspiciando y fomentando el valor de la prudencia en la conducta y en la intención de los magistrados, a continuación se sugerirá una propuesta de pautas tentativas para la elaboración de una norma ISO PGD.

2. Criterios orientadores sugeridos para la elaboración de normas ISO PGD

2.1 Primer criterio, desde la perspectiva axiológica: la coherencia con el orden constitucional y con los pactos internacionales

Con la aspiración de sugerir los principales lineamientos que servirán a los jueces para ajustar o concretar el contenido de una norma ISO PGD, deviene primordial considerar el superior control de calidad de orden axiológico configurado por nuestra *highest law*, la Constitución Nacional y, claro está, por los pactos internacionales, al cual deberá adecuarse cada solución a la que se arribe judicialmente.

Pero pretendemos hablar, a su vez, de argumentación jurídica constitucional, y el rasgo central distintivo de ella reside en la apelación a argumentos o razones tomados de la Constitución o de los tratados supraconstitucionales incorporados por ésta al ordenamiento nacional.

De esta manera, esa argumentación constitucional puede ser esgrimida por distintos operadores y, también, por distintos jueces, aunque corresponde destacar que en los Estados modernos de derecho se han instituido jueces específicos a los que se les recomienda pronunciar, autoritativamente, la última palabra en esa materia de la argumentación constitucional.

Ahora bien, así como hay un ámbito privilegiado exclusivo para estudiar la argumentación constitucional, que es el de los jueces constitucionales y sus decisiones resolutorias, este no supone su análisis de modo excluyente, sino que los jueces de primera y ulteriores instancias hoy también se ven comprometidos con el análisis y contralor activo de la constitucionalidad de sus decisiones.

Ello así por cuanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el resonado caso «Mill de Pereyra, Rita A. y otros c/ Provincia de Corrientes», en fecha del 27-09-2001⁴⁰², postuló expresamente que los jueces están facultados a efectuar un control constitucional oficioso, es decir, prescindiendo de si hubo o no pedido de parte, en estos términos: «Los jueces están facultados para ejercer de oficio el control de constitucionalidad —en el caso, se declaró inconstitucional la ley de convertibilidad 23.928 (Adla, LI-B, 1752) en un juicio por actualización de haberes judiciales, decisión que fue revocada por la Corte al entender que dicha norma no viola garantía alguna—, sin que ello atente contra el principio de división de poderes, pues siendo legítimo el control de constitucionalidad en sí mismo, carece de sentido sostener que no se produce un avance indebido del Poder Judicial cuando media petición de parte y sí cuando no la hay», concluyendo que su ejercicio por parte de los jueces no vulnera el derecho de defensa.

Afirma Sagüés⁴⁰³ que «El tema, en verdad, no es nuevo: algo similar ocurre cuando se efectiviza por el juez un precepto subconstitucional no invocado por los litigantes, pero aplicado por el magistrado en virtud del tradicional principio *iura novit curia*. Además, podría añadirse que si la declaración de inconstitucionalidad de oficio causa agravio a una parte, ésta

⁴⁰² Publicado en DJ2001-3, p. 807; LA LEY 2001-F, p. 891; LA LEY 2002-A, p. 34; LA LEY 2003-A con nota de Claudio D. Gómez; LA LEY 2003-A, p. 234; Comadira, Julio Rodolfo, «Las bases constitucionales del procedimiento administrativo», *Colección de Análisis Jurisprudencial. Elementos de Derecho Administrativo*, La Ley, 2005, p. 613; Resnik, Mario H. (dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Teoría del Estado*, La Ley, 2004, p. 386.

⁴⁰³ Sagüés, Néstor P.; Gelli, María Angélica y Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

podría objetar lo decidido en una instancia posterior, ordinaria (si ello ocurrió en una sentencia de primera instancia, por ejemplo), o en su caso, extraordinaria (y para ello sería viable, incuestionablemente, el recurso extraordinario federal, conforme las pautas del art. 14 de la Ley 48, a fin de discutir mediante el mismo el tema de derecho federal — constitucional— introducido de oficio por el juez en esta hipótesis, v. gr., por el superior tribunal de la causa, en la sentencia definitiva)».

Sin embargo, el mismo autor efectúa la salvedad de que «el control judicial de oficio, del que siempre hemos sido partidarios, debe partir de una doble presunción de constitucionalidad de las leyes: primero, por la tesis tradicional obrante en la materia. Segundo, porque si el perjudicado por la norma no invoca su inconstitucionalidad, quiere decir que no le causa agravio constitucional. En síntesis, el control judicial de oficio de la constitucionalidad de las normas demanda una especial prudencia, responsabilidad y honestidad en los operadores judiciales, mayor que cuando actúan a pedido de parte. El juez no es el amo, sino el servidor de la Constitución».

En definitiva, la argumentación constitucional constituye la matriz de toda argumentación jurídica respecto del particular derecho vigente desde el que se argumenta⁴⁰⁴. Es así como la teoría de los principios ha contribuido en la interpretación y práctica de la Constitución, constituyéndose en razones justificativas para la expansión de los derechos fundamentales y su irradiación al sistema jurídico.

⁴⁰⁴ Vigo, Rodolfo L., *Pensar el derecho...*

Es preciso destacar que ese deber intrínseco de adecuar las soluciones jurídicas a la norma constitucional hoy también supone un imperativo de coherencia con la normativa convencional de orden internacional, conforme al criterio sentado *in re* «Almonacid Arellano vs. Chile»⁴⁰⁵. En este fallo, el tribunal internacional dijo que «es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos...el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplica en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana».

Sagüés⁴⁰⁶ explica que «el control de convencionalidad tiene un doble papel: a) uno, destructivo, o represivo: los jueces locales no deben aplicar las normas nacionales, incluyendo las constitucionales, opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre

⁴⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Almonacid Arellano vs. Chile”, 26-9-2006, Serie C, N.º 154, Pár. 124, La Ley *online*.

⁴⁰⁶ Sagüés, Néstor P. *et. al, op. cit.*

dicho Pacto; b) otro, a partir del caso «Radilla Pacheco»⁴⁰⁷, de tipo constructivo: los jueces nacionales deben interpretar al derecho nacional conforme al mencionado Pacto y a la referida jurisprudencia. En esta variable corresponde una verdadera reinterpretación (o "recreación", si se prefiere), de todo el derecho doméstico, en consonancia con el Pacto y su jurisprudencia supranacional».

Sabemos que este control de calidad, a través de la conciencia de los jueces enderezada al ajuste de su decisión, en el contexto de un proceso judicial, a la normativa de la Constitución Nacional y de los pactos internacionales se convierte, pues, en la garantía de confiabilidad del sistema jurídico.

Administrar justicia no es, pues, con toda claridad para la Constitución un simple juego formal que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, con cierre de cualquier valor superior. Por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia —valor material por excelencia— en el proceso de aplicación legal. Justicia que, además, en cuanto poder formalizado, se origina en la conciencia social de la misma, en el pueblo, como uno de los componentes capitales de la sociedad civil a cuyo servicio la Constitución y el derecho, por tanto, están ordenados. El pueblo no es, pues, para el derecho, el simple conjunto de destinatarios pasivos de las normas, sino que está en su mismo origen, tanto en cuanto es su voluntad formalizada la que crea nuevo derecho, como porque es en sus vivencias sociales profundas y en su voluntad de perfección ética en

⁴⁰⁷ CIDH, “Radilla Pacheco c/ Estados Unidos Mexicanos”, 23-11-2009.

donde surge precisamente la exigencia de justicia; justicia que órganos especializados simplemente administran⁴⁰⁸.

Y es este el punto de conexión con la ISO PGD: la necesaria armonización tendiente a que opere como una herramienta para la función de la articulación social eficaz. No podemos pensar en una ISO PGD sin considerar el necesario ajuste del PGD a los lineamientos primordiales sentados por la Constitución Nacional, que está destinada a impedir experimentaciones con los derechos fundamentales del individuo⁴⁰⁹.

De allí el límite necesario para que la norma ISO funcione correctamente.

De lo dicho se desprende que el Estado de derecho será pues el imperio de la ley, la convivencia enmarcada en lo normativo, pero no de cualquiera de las leyes o normas, sino precisamente de las leyes que a su vez se produzcan dentro del marco mayor que la Constitución Nacional brinda, por la voluntad popular y con garantía plena de los derechos humanos o fundamentales⁴¹⁰.

Por estas razones, estamos en condiciones de afirmar que el primer tamiz que el propio juez deberá considerar para verificar la calidad de la aplicación de un PGD será la verificación de que la solución que se encuentra arbitrando; y los fundamentos de su decisión reconocen debida coherencia con el orden constitucional y convencional internacional, en tanto supramarcos de orden axiológico en el que deberá encuadrarse la labor jurisdiccional.

⁴⁰⁸ García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁰⁹ *Chief Justice*, "Taft EN Truax v. Corrigan", 1921.

2.2 Segundo criterio, desde la perspectiva lógico-jurídica: la adecuada argumentación-motivación

Partimos de la certeza de que la tarea de los jueces es complicada en un sistema como el nuestro, al que llamaríamos «constitucionalista fuerte». Cuando estamos en el rol de peticionante del derecho, muchas veces nos encontramos aguardando una decisión judicial repitiendo para nosotros adentro la frase inglesa *In God we trust*, es decir, en otras palabras, la confianza está en Dios porque el sistema en manos de los hombres puede respondernos de manera diferente a la pretendida.

Así como, por un lado, Ricardo Lorenzetti habla de la discrecionalidad débil del juez atento que está obligado a dar razones⁴¹¹ que convengan de su solución ajustada a derecho, lo cierto es que, en ocasiones, nos encontramos con jueces que sobreactúan interpretativamente la ley al punto de mutar los postulados fundamentales sustituyendo el auténtico contenido de la norma. De ello alerta Néstor Pedro Sagüés: «En tal caso, se sustituye el contenido de la norma constitucional por otro, a gusto y paladar del activista, de acuerdo con las banderas políticas que porte, y después se intenta, a través de algunos tribunales, imponer esa receta como la "verdadera" doctrina de la Constitución.

⁴¹⁰ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1996, p. 88, *website*: www.academia.edu, fecha de captura: 26-9-2019.

⁴¹¹ En igual sentido, el Código Modelo de Ética Judicial de Iberoamérica, en su art. 19, expresa que la motivación consiste en expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas y aptas para justificar la decisión.

En otros, se interpretan *a piacere* instrumentos internacionales, algunos con jerarquía constitucional, y mediante exégesis desnaturalizadoras de los mismos se procura decapitar normas locales por resultar (presuntamente) opuestas al bloque de constitucionalidad. Paralelamente, no ha faltado alguna sentencia, incluso de la Corte Suprema, que procura modificar normas internas no por ser francamente inconstitucionales, sino por "parecer" inconstitucionales (véase, al respecto, "Verbistky")»⁴¹².

La decisión debe estar fundada en principios y valores que deben explicarse para que, luego, sean debatidos en el proceso judicial⁴¹³.

Ahora bien, esa discrecionalidad es una zona de posibilidad para decidir entre alternativas legítimas, que determina en base a sus concepciones previas sobre la vida, intentando la armonización entre paradigmas. El razonamiento argumentativo se basa en la coherencia y la prudencia y no en la especulación. Es entonces la sentencia judicial el punto culminante del razonamiento judicial.

Nos preguntamos cuál es el límite en el rol protagónico del juez. En nuestra opinión, hay que establecer un sistema rector estable para delimitar el campo de los argumentos permitidos, que resulte lo suficientemente flexible como para mantenerse abierto a las modificaciones.

En ese sentido, diríamos que un modelo ideal de sentencia en la que su motivación es, en un todo o en parte, a través de PDG, debe reunir los siguientes requisitos:

⁴¹² Sagüés, Néstor P. *et. al, op. cit.*

⁴¹³ Lorenzetti, Ricardo Luis, «Presentación del Proyecto»...

- a) debe tener la debida motivación;
- b) debe ser congruente con la petición;
- c) debe tener en cuenta los precedentes vinculantes;
- d) debe ser coherente con el sistema jurídico;
- e) debe tener en cuenta las consecuencias jurídicas, sociales o económicas que pueden producir la decisión.

Siguiendo esa línea de requisitos, los jueces, al mejorar la redacción de sus sentencias, coadyuvarán a la predictibilidad y mejor entendimiento de sus decisiones.

La discrecionalidad encuentra su límite en el deber de los jueces de fundar y motivar sus resoluciones, cuya materialización es la argumentación jurídica en el convencimiento del auditorio imaginario, en la búsqueda del consenso para lograr la paz social dejando de lado el egoísmo del magistrado cuando quiere imponer sus paradigmas con fuertes contenidos ideológicos personales; se entiende, así, por qué muchos autores⁴¹⁴ lo han llamado el «militante de verdades parciales».

No es lo mismo apartarse de la ley que de su interpretación literal. En este sentido la Corte Suprema ha señalado que, excepcionalmente, puede existir un apartamiento de la interpretación literal cuando ella conduce a resultados «tan irrazonables que no sería justo atribuirlos a la intención del Congreso⁴¹⁵, para aplicar la norma con auténtico sentido de justicia y recto

⁴¹⁴ Ibidem.

⁴¹⁵ CSJN, *Fallos*: 323:3139, dictamen del procurador general compartido por la Corte, con cita a *Fallos*: 321:1434.

juicio prudencial en los casos concretos⁴¹⁶, cuando la expresión literal presenta imperfecciones técnicas, que se contradicen con el espíritu de la ley vinculada con preceptos constitucionales que debe prevalecer»⁴¹⁷.

Autores de la talla de Aulis Aarnio, Robert Alexy, Neil Mac Cormick y Alexander Peczenik, en esta última década se han ocupado de comentar, *in extenso* y desde puntos diferentes, la teoría de la argumentación jurídica. No es nuestra intención ilustrar los contenidos de uno u otro, sino solo en lo tocante a aquellos aspectos relevantes para destacar nuestra propuesta.

Cabe aclarar que el razonamiento es el género y el argumento, la especie.

Siguiendo esta línea, comulgamos con la teoría de Robert Alexy, que sostiene que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general, cuyo objetivo preeminente es el cómo fundamentar las decisiones jurídicas.

Como ya hemos dicho, Alexy sostiene que son necesarias las valoraciones en el derecho, pero está consciente de la complejidad de preguntas como «¿Dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones?», «¿cómo actúan estas valoraciones en los argumentos calificados como específicamente jurídicos?», «¿son racionalmente fundamentales tales valoraciones?».

Su texto *Teoría de la argumentación jurídica* se presenta como una respuesta a estas preguntas iusfilosóficas. El núcleo de la teoría general del

⁴¹⁶ CSJN, *Fallos*: 322:1699, 323:212.

⁴¹⁷ CSJN, *Fallos*: 322:1699.

discurso práctico desarrollado por Alexy⁴¹⁸, de la cual forma parte el discurso jurídico, contiene cuatro reglas fundamentales que, a continuación, enunciamos:

- 1) Ningún hablante puede contradecirse.
- 2) Todo hablante sólo puede afirmar solamente aquello que él mismo cree.
- 3) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes.
- 4) Distintos hablantes no pueden emplear la misma expresión con distintos significados.

Alexy distingue entre: a) las reglas que «son normas que dadas determinadas condiciones ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva»⁴¹⁹ y b) los principios, en cambio, «son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible»⁴²⁰.

Y, como ha señalado Alexy⁴²¹, estas reglas y formas no son «[...] axiomas de los que se puedan deducir determinados enunciados normativos, sino [...] un grupo de reglas y formas, con *status* lógico completamente diferente, y cuya adopción debe ser suficiente para que el resultado fundamentado en la argumentación pueda plantear la pretensión de corrección. Estas reglas no determinan, de ninguna manera, el resultado de la argumentación en todos los casos, sino que excluyen de la clase de los

⁴¹⁸ Alexy, Robert, «Teoría de la Argumentación Jurídica», p. 23.

⁴¹⁹ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 40.

⁴²¹ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

enunciados normativos posibles algunos (como discursivamente imposibles), y, por ello, imponen los opuestos a éstos (como discursivamente necesarios)».

Se establece una distinción entre racionalidad y certeza absoluta, «el cumplimiento de [esas reglas del discurso no implican] [...] la certeza definitiva de todo resultado, pero sin embargo caracteriza este resultado como racional. [...] En esto consiste la idea fundamental de la teoría del discurso práctico racional. Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico [...] puede concebirse como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente»⁴²².

Pero las reglas «[...] son de enorme importancia como explicación de la pretensión de corrección, como criterio de la corrección de enunciados normativos, como instrumento de crítica de fundamentaciones no racionales, y también como precisión de un ideal al que se aspira»⁴²³.

En cuanto al discurso jurídico, Alexy propone dos formas y cinco reglas para la justificación interna respecto a la justificación externa —la cual consiste en la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna—. La externa contiene seis grupos de reglas y formas que remiten a: 1) la interpretación; 2) la argumentación dogmática; 3) el uso de los precedentes; 4)

⁴²² *Ibidem*, p.177.

⁴²³ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

la argumentación practica general; 5) argumentación empírica; 6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos.

Estas reglas, al igual que en el discurso práctico, no implican seguridad pero, como señala Alexy, «[no] es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de la Jurisprudencia, sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios o reglas [...]»⁴²⁴.

Hecha ya esta breve explicación, abordamos nuestra pretensión teniendo en cuenta que, si entendemos que argumentar es ofrecer un plexo de razones y evidencias para sostener una conclusión, estamos en condiciones de asegurar que este instituto formaría parte de uno de nuestros pilares controladores de la norma ISO PGD.

Una «fuerte argumentación jurídica» por oposición a una «argumentación jurídica aparente» es, en la práctica, un verdadero control de calidad que asegura que el justiciable está solicitando el derecho con asistida razón —o no—, y que el juez está aplicando el PGD con buen criterio. En otras palabras, argumentar equivale a publicitar las razones del pensamiento del juez, lo que conlleva una verdadera carga, dadas las necesarias coherencia y armonización con todo el sistema jurídico.

Tal deber es equivalente al deber constitucional de motivar los fallos judiciales, obligándose al juez fundar y a motivar sus decisiones, lo cual opera como límite a la apreciación libre de un razonamiento justificado en una escala de valores acordes al momento que se encuentra y al Estado de derecho garantista, columna vertebral a tener en cuenta cuando el juez —en su fuero

más íntimo— debe elegir la opción correcta conforme a sus convicciones para evitar se convierta en el pasaporte a la visión particularista del derecho⁴²⁵.

Si se comprende que, según el *Diccionario de la lengua española*, «particularismo» supone una ‘preferencia excesiva que se da al interés particular sobre el general’ y, en una segunda acepción, equivale a la ‘propensión a obrar por el propio albedrío’, el contralor por la vía de una adecuada argumentación tenderá, pues, a restringir cualquier eventual tendencia al ejercicio del libre albedrío puro e incondicionado, mediante el requisito de dar fundadas y motivadas razones de sus veredictos

En este orden de ideas compartimos la visión aportada por Eduardo Barbarosch⁴²⁶ en orden a que «nada nos garantiza que una decisión particularista sea correcta, a pesar de cualquiera que sea el supuesto método argumentativo racional que se aduzca aplicar. En ocasiones nos encontraríamos con que el perdedor en un litigio podría afirmar que, ante la solución clara en la regla, el Juez se fundó en una supuesta aplicación de principios de equidad para sentenciar, desconociendo el derecho que le otorgaba la regla en la que él confiaba en la relación jurídica que mantenía con la parte vencedora».

Adelantamos, en páginas anteriores, que en caso de conflicto entre principios se soluciona mediante el juicio de ponderación de intereses

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 278.

⁴²⁵ La Corte ha censurado la interpretación subjetiva, señalando que los jueces deben abstenerse de juzgar en base a sus propios valores personales que no son jurídicos. *Fallos*: 306:1472; 318:1428; 313:1232.

opuestos, buscando cuál de los dos intereses tiene el mayor peso; no se trata de una opción sino una ponderación. Esto significa que no hay orden jerárquico vinculante y previo entre principios. Por lo tanto, en esta ponderación coadyuvaría la ISO PGD como balanza equilibrante que tiende a la máxima satisfacción posible del auditorio (entendido como la mayor cantidad de personas de una sociedad en forma igualitaria).

En esa ardua tarea de seleccionar el principio más acorde al caso, Alejandro Dalmacio Andrada⁴²⁷ nos acerca a una solución que compartimos, transcribiendo sus palabras: «es preciso discernir entre los derechos constitucionales, por un lado, los económicos, y por el otro los derechos fundamentales. Entre los primeros cabe mencionar el derecho de propiedad, el derecho de contratar, etc. Entre los segundos, el honor la intimidad, la libertad de expresión, la defensa en juicio, la libertad de cultos, etc.». Fácil es de advertir la mayor valía de estos últimos derechos —tan indisolublemente ligados al valor humano— con relación a los primeros, y para evitar el canibalismo jurídico, los operadores del derecho deben coordinar y armonizar esos derechos fundamentales, evaluando las circunstancias del caso.

Ello nos aclara, aún más, el panorama de la ponderación que debe realizar el juez como una carga derivada de su función, prefiriendo el derecho de mayor valor humano.

⁴²⁶ Barbarosch, Eduardo; «La función de la interpretación en el derecho y la controversia en cuanto a su alcance en algunas de las teorías del derecho», en *JA*, N.º especial 20009, Tomo III, fascículo 7, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot.

⁴²⁷ Andrada, Alejandro Dalmacio, *Responsabilidad civil de los medios de comunicación. El factor de atribución*, Rosario, Ed. Juris, 1998, p. 91.

Afirmamos, nuevamente, que por ello Dworkin «propone como alternativa superadora para reducir la discrecionalidad, el modelo de principios: cuando el Juez se encuentre en un caso difícil deberá acudir a los principios que ha estructurado la comunidad y encontrar en ellos la solución... conforme las razones justificatorias que han estructurado las instituciones políticas, económicas, sociales y culturales. Para mitigar tanta presión, y parafraseando al citado autor, el Juez debe acudir a los principios que han estructurado la comunidad explicando las razones que lo llevan a tomar determinada decisión».

Por último, nos preguntamos: ¿«la mala interpretación» que realiza un juez, y que es pasada por el tamiz de la ISO PGD, puede ser considerada como causal de remoción? Estamos por la negativa toda vez que no sería causal de remoción ni daría lugar a prevaricato⁴²⁸. Simplemente estamos proponiendo una técnica de control de su quehacer en concreto, a fin de elevar la calidad de las decisiones judiciales a la hora de concretizar el contenido de un PGD.

⁴²⁸ En sentido acorde, el Consejo de la Magistratura sostiene que la independencia del órgano judicial tiene su expresión más acabada en el plano funcional, en el ejercicio estricto de la potestad jurisdiccional y en el respeto a la libre determinación del juez. Esa independencia comienza a formularse como una zona de reserva de los jueces y tribunales en el ejercicio de la función de juzgar. Para ello ha entendido que la independencia judicial abarca la independencia de criterio del magistrado, ello con la finalidad de asegurar la garantía de inamovilidad en las funciones mientras dure la buena conducta. De este modo, considera que la independencia de los jueces se vería afectada si pudieran ser removidos por el solo hecho de que las consideraciones vertidas en sus sentencias puedan ser objetables, sin que se aprecie la existencia de ilicitud. En este aspecto el error no puede ser asimilado al hecho ilegal o la prevaricación, pues existe un sistema de contralor legal que tiende a subsanarlo en la medida de lo posible (Yacobucci, Guillermo, *op. cit.*, pp. 455 y 456).

2.3 Tercer criterio, desde la perspectiva finalista: consecución del bien común

Ya afinando más nuestra posición, consideramos que el punto anterior no puede darse alejado de las prescripciones de la Nueva Escuela del Derecho Natural sostenida por Germán Grisez, John Finnis, Robert George, Joseph Boyle y William May y, en nuestro orden interno, Carlos Massini Correas, entre otros.

Esta escuela del conocimiento sería, en la formulación de la ISO PGD, la iluminación para el recorrido del camino hacia el límite de argumentación del juez en la aplicación de los PGD.

Desde esta perspectiva, el bien común se encuentra entendido, en su contenido, como un conjunto de bienes humanos básicos encaminados hacia la perfección del obrar libre del hombre, puesto que la vida, el conocimiento, la experiencia estética, la amistad, la religión y la libertad en la razonabilidad práctica son buenos para todos, cada una de las personas y cada uno de estos valores humanos son ellos mismos un bien común. Por lo tanto, coincidimos plenamente con el maestro australiano, Finnis, y la remisión a nuestro orden por el profesor mendocino, Massini Correas, en que si la naturaleza de las normas jurídicas incluye la de bien común, y los bienes humanos son los contenidos de ese bien común, resulta claro que estos bienes básicos, considerados en su dimensión comunitaria, son los criterios de corrección racional práctica de las normas jurídicas.

He aquí este que llamamos «metavalor», convertido en el anclaje de los ideales básicos de la comunidad y que debe provenir del consenso, de la idea de justicia de todos, tendiente a lograr la mayor satisfacción de la organización social.

Y, por otra parte, siguiendo la línea de pensamiento de Finnis, la interpretación será verdadera cuando lo que en ella se expresa resulta ser la dirección o regulación de la conducta más adecuada para la realización del bien humano en la situación de que se trate.

Y si bien el tema abordado es de una complejidad y de importante extensión, consideramos que el bien común en el contenido de elaboración de una ISO PGD es imprescindible para incrementar la eficacia y/o eficiencia del sistema.

En este plano, el bien común es el límite al ejercicio de los derechos individuales. El bien común tiene esencia pluralista, la idea de consenso no se identifica con la de la mayoría, sino con una argumentación que puede presentarse como valedera para todos los espíritus razonables.

Es por ello por lo que, particularmente, sostenemos que el bien común es un criterio orientador relevante que merece incluirse en nuestra pretendida guía ISO PGD como otro límite a la discrecionalidad del juez en la confección de la sentencia basada en los PGD.

2.4 Cuarto criterio, desde las pautas vigentes en el presente momento histórico y las circunstancias en «#modoprudencia»

En este punto nos sentimos obligados a volver a citar el mayor aporte de Finnis a la ciencia jurídica, el principio rector: «el bien común», pero agregamos nosotros, el que se interpreta con la extensión o contenido tal en este preciso momento histórico, como lo entiende nuestra sociedad aquí y ahora.

Obviamente que propiciamos dicha interpretación dentro del marco del iusnaturalismo teleológico.

Esa interpretación actual del bien común, en tanto reformulación dinámica y constante, irá oscilando ciertamente en su contenido, en la medida que la sociedad avance: no es lo mismo el tiempo histórico en la creación de la norma al que pudiere existir en su aplicación, quizás hasta hayan pasado varias generaciones en los operadores del derecho.

Como bien afirma Hans George Gadamer⁴²⁹, «el sentido de un texto supera al autor, aunque esa diferencia no supone que la comprensión posterior sea mejor, sino que es diferente».

Entendemos que cada intérprete se convierte en artífice de su propio razonamiento, convirtiendo de algún modo al bien común en «un ocasional elástico», pero con la responsabilidad de la prudencia entendida como la sabia determinación de la conducta justa para ese sujeto en el aquí y ahora.

Pero advertimos que a esos bienes humanos básicos que hemos tratado anteriormente, Finnis los cataloga de absolutos, es decir, sin excepción y válidos siempre y por siempre. En nuestro humilde criterio compartimos dicha idea en que «esos patrones de perfeccionamiento humano» en sí mismos son

absolutos, pero el aquí y ahora significa que deben analizarse en estos momentos, sin perder de vista la ética contemporánea y la adopción coherente desde un punto de vista de la Nueva Escuela del Derecho Natural.

Más precisamente en cuanto a la validez temporal de la pretendida ISO PGD estaríamos en las prescripciones de la norma ISO 9001 en cuanto a que la vigencia de certificación es limitada, y postulamos que se extienda por el plazo de cinco años. Vencido el mismo, se debería «recertificar» nuestra norma previa reformulación de los contenidos de cada criterio orientador; de allí la forma más segura para evitar el enquistamiento del derecho. En este orden, es un excelente indicador lo prescripto por los códigos procesales provinciales en relación con la vigencia de los fallos plenos y plenarios, que torna intangibles los criterios de interpretación de determinadas normas por un determinado período temporal, y cuyo tenor se proyecta a los casos análogos posteriores a su dictado.

El análisis de este cuarto criterio orientador deberá ser realizado a la luz de lo indicado por el art. 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano que impone que, al decidir el juez, debe procurar «atemperar las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables»; he aquí el margen de elasticidad que permite adecuar la decisión al elemento temporal presente.

Más allá de esa elasticidad, la esencia del bien común no es mutante, sino adaptable a nuevas estructuras, y la existencia de una norma ISO PGD no significaría la oxidación del bien común en un sentido determinado, sino la

⁴²⁹ Gadamer, Hans George, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Ediciones

herramienta necesaria para «contribuir a la satisfacción del destinatario» en la búsqueda de nuevas soluciones a través del derecho, cumpliendo entonces con la calidad pretendida.

Es por ello como el juez debe identificar los consensos básicos de la sociedad para que la vida en común sea posible, y no sustituirlos por sus propias apreciaciones⁴³⁰.

La norma ISO PGD sería el nexo entre la historia y la actualidad, donde el operador del derecho podría argumentar su discurso en pos de mejorar la «calidad y gestión continua» para determinado funcionamiento del sistema⁴³¹.

También resulta señero lo indicado por el art. 3.º del Código de Ética Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, por cuanto aporta algunos criterios que entendemos útiles y aplicables a nuestra propuesta toda vez que parte de la base de que existe una conciencia funcional: todo juez debe ser consciente

Sígueme, 1996, p. 300.

⁴³⁰ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 216.

⁴³¹ Merece traer a colación las últimas novedades en torno a la necesaria actualización del derecho vigente. Es sabido que mediante el decreto 191 del Poder Ejecutivo Nacional del día 23-2-2011 se crea una Comisión para Reformar y Unificar los Códigos Civil y Comercial integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci. Entre los fundamentos de esa comisión se destacan: «Que todas estas circunstancias tornan necesario proceder a actualizar y unificar la Legislación Nacional en materia de derecho privado, procurando elaborar una obra que sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores». «Que cabe tener en cuenta los procesos de integración y las codificaciones de la Región, puesto que sería destacable promover cierta armonización en los aspectos fundamentales» [sic]. Si el derecho privado nacional «suplica» modificaciones regidas por una serie de principios generales ordenadores, más aún urge la formulación de un catálogo de interpretación, aplicación de los PGD en donde se recuesta todo el sistema jurídico argentino. Qué oportuno momento entonces para comenzar a pensar sobre la oportunidad de análisis de nuestra pretendida ISO PGD, desafío a la inteligencia abierta osada y rigurosa.

de que ejerce el Poder Judicial que la Constitución de la Provincia establece a los fines de resolver con *imperium* y prudencia desde el derecho vigente lo justo para cada uno de los casos que la sociedad pone bajo su competencia. A su vez, afirma que el juez debe obrar con «prudencia» procurando que sus comportamientos, actitudes y decisiones sean el resultado de un juicio justificado racionalmente, luego de haber meditado y valorado argumentos y contraargumentos disponibles en el marco del derecho aplicable.

Como expresa D'Ors, «todo profesional del derecho, debe ser en primer lugar prudente y, en segundo lugar, técnico⁴³².

Es por lo expuesto que este criterio rector traducido en la prudencia debe estar presente en toda sentencia y saber su extensión y consecuencia en el consenso de los razonables. Ya que el juzgador que no mide los efectos de lo decidido en cuanto al caso concreto o, también, las secuencias posteriores o el impacto del fallo en otros pronunciamientos, consume una interpretación descalificable por imprevisora, base esta que establece los cimientos de la perspectiva consecuencialista de las decisiones jurisdiccionales⁴³³.

Por lo puntualizado hasta aquí intentamos aportar humildemente, desde la originalidad, la creación de una norma ISO PGD destinada al control de calidad de la actuación judicial al aplicar los principios jurídicos en un caso determinado. Consideramos que es un aporte valioso para la economía del sistema ya que la operatoria de la ISO no adquiere relevancia en la solución del

⁴³² D'Ors, Álvaro, «De la prudentia iuris a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral», en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, CSIC, 1973, p. 57.

problema sino en su mismo entendimiento. Es por ello por lo que señalamos, a partir de estas notas, qué criterios han de tenerse en cuenta como controladores para que el decisorio judicial, entendido como un orden de razonamiento sucesivo y complementario, sea de la «calidad esperada y comprometida» por los estándares convenidos previamente para la satisfacción del auditorio imaginario actual: deberá haber cumplido los cuatro criterios orientadores que acabadamente hemos ilustrado.

⁴³³ Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso Extraordinario*, 2^{da} edición, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 370.

Gráfico N.º 1

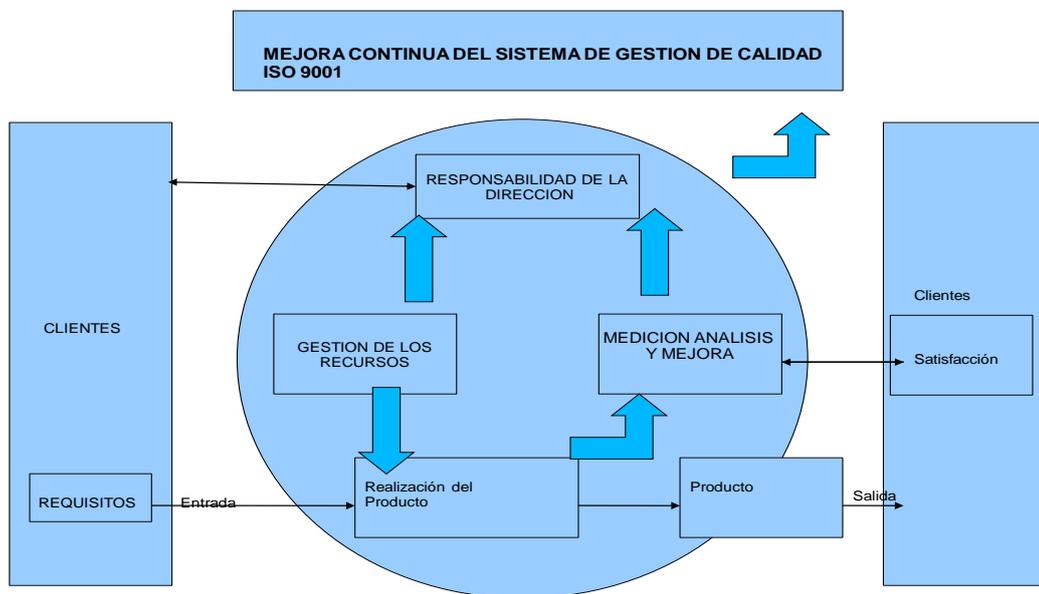
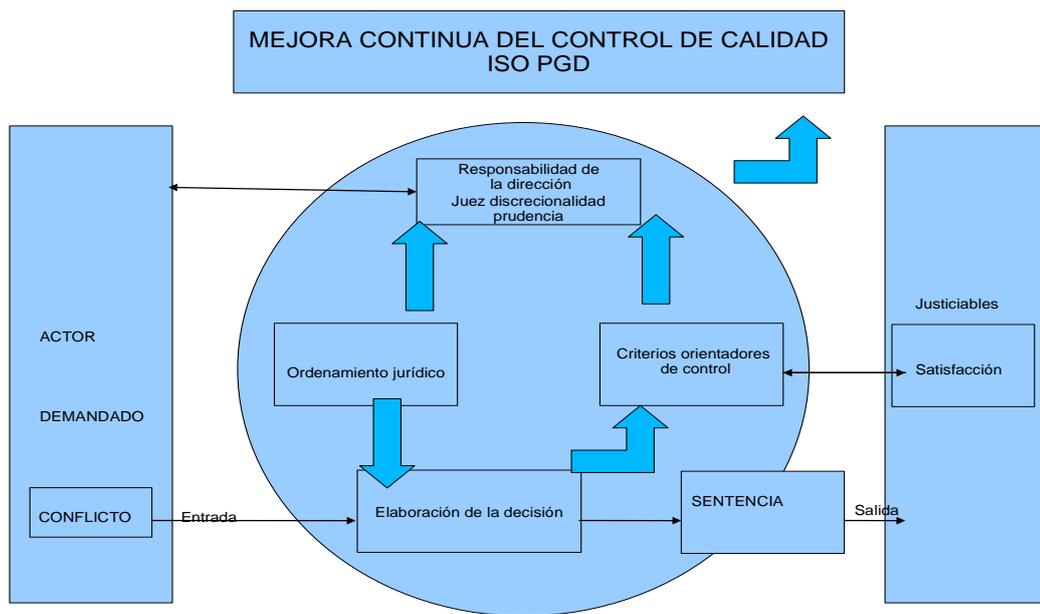


Gráfico N.º 2



CAPÍTULO VI

La era de la digitalización en el estado constitucional 4.0 y la norma ISO PGD. Su transición al Algoritmo PGD

No caben dudas que estamos transitando la cuarta revolución industrial en la cual el avance de la tecnología informática ha producido un gran impacto sociológico, económico y jurídico.

Esta tecnología emergente, dispara pensamientos *out of the box*, esto es comenzar a pensar fuera de las estructuras que nos han encasillado como sociedad, generando una nueva convivencia, en la que el mundo jurídico no escapa.

El auge de internet nos coloca en visión de lo que está por llegar. El ciber espacio hoy es crucial en cualquiera de nuestros actos diarios, ya el ciudadano de a pie de derechos y obligaciones a cambiado a un ciudadano digital. Nadie puede pensar en el pasado, la actualidad sin tecnología, se ha instaurado para quedarse.

Es necesario, poner en perspectiva estos desarrollos, para ir diseñando de alguna forma, una nueva concepción del derecho. Bienvenido entonces, al gran desafío del siglo.

No podemos postergar la intervención del Estado en la temática. A palabras de Harari⁴³⁴, “cuando la engorrosa burocracia gubernamental se

⁴³⁴ HARARI, Yuval Noah, “Homo Deus” Breve historia del mañana. Editorial Debate 18ª Edición 2021 pág 407

decida a actuar en la ciberregulación, internet habrá mutado diez veces. La tortuga gubernamental no puede seguir el ritmo de la liebre tecnológica”.

Ello nos conduce a pensar acerca del futuro del derecho (visto dentro del contexto de fenómeno multidimensional) en relación con las nuevas tecnologías y la digitalización. Desde ya adelantamos que hoy no tenemos la respuesta adecuada, atento a que el derecho es continua evolución.

Lo razonable es pensar que estamos en un momento histórico donde la digitalización ha venido a instaurarse definitivamente. Ello nos conduce a preguntarnos si el juez, en unos años, será reemplazado por un robot y el proceso judicial se convertirá en un clic de un teclado.

Ergo, también podemos pensar que los abogados serán reemplazados por robots, como señaló el profesor de Oxford, Richard Susskind, que escribió sobre «El fin de los abogados», sosteniendo que «en la sociedad de internet, podemos pronosticar que las máquinas, cada vez más inteligentes, operando de manera independiente o con usuarios que no sean especialistas, reemplazan muchas de las funciones que han sido históricamente el patrimonio de los profesionales»⁴³⁵.

Nada más actual que la Inteligencia Artificial –IA- asesorando a un cliente a través de la aplicación DoNot Pay en reemplazo del abogado persona humana, o el conocido Robot Ross de prestigiosos bufetes americanos. Además el “actor” más mediático y cuestionado, el chatGPT como asistente jurídico de respuesta inmediata. Las plataformas digitales ya se asentaron en la

cotidianeidad de las sociedades actuales, independientemente de la geolocalización en que nos encontremos.

Auguramos, en lo que nos respecta, que todos estos los cambios sean hacia una Justicia del siglo XXI: digital, abierta, innovadora y eficiente. Pero, igualmente, esto nos da inseguridad, tal vez, por desconocimiento.

En este escenario, surgen nuevos actores sociales como mentores del desarrollo, debemos comenzar a aprender un nuevo lenguaje, a consultar otras fuentes, al cambio hacia la biblioteca digital, a utilizar herramientas de hardware y software jamás imaginadas. Se trata de adaptarnos a la nueva era, caso contrario nos convertiremos en un muerto civil en la sociedad digital.

En la era de la algoritmocracia nos encontramos con decisiones opinativas incorporadas a procesos matemáticos que fijan decisiones según un conjunto de datos masivos colectados en un determinado contexto. Por lo tanto, ante un mundo donde las máquinas mejorarán su método de proceso lógico, y donde estaremos todos inmersos, es necesaria más que nunca la intervención del jurista para «salvar el derecho». Los procesos con algoritmos ayudan a tareas rutinarias y metódicas que, por su natural sesgo o descontextualización, pueden llevar a resultados contrarios al valor de lo humano para el cual han sido conformados. La formación del jurista requiere de

⁴³⁵ Susskind, Richard E.; Susskind, Daniel, *The future of the professions: How technology will transform the work of human experts*, USA, Oxford University Press, 2015.

un proceso de aprendizaje continuo del contexto tecnológico armonizando con la formación del saber jurídico⁴³⁶.

Es un hito incuestionable: el funcionamiento de nuestra administración de justicia «será digital o no será». Ya no hay marcha atrás, esta modernización indiscutible es un viaje de ida que implica cercanía, agilidad y sencillez.

Se vienen dando una serie de iniciativas para impulsar la modernización tecnológica: la obligación de comunicación electrónica para los nuevos procedimientos, la implantación progresiva del expediente judicial electrónico, el impulso a la interoperabilidad entre los sistemas de gestión de las distintas administraciones, la validez de las comunicaciones en dispositivos móviles, la consulta electrónica de los expedientes desde cualquier punto geográfico, la incipiente firma digital a la que nos debemos los profesionales del derecho.

En efecto ya se ha dado el primer paso: el cambio del papel por la digitalización.

En lo personal nos asusta la velocidad de este cambio, renovación y adaptación que nos llevará un tiempo prudencial, pero tememos que la digitalización provoque que el juez pierda el liderazgo del procedimiento.

El rol de los ciudadanos del siglo XXI ha cambiado gracias a las tecnologías de la información y las comunicaciones. Esto supone que tienen más poder. Se exige que la justicia de soluciones más rápidas sin desplazarse hacia un tribunal sino en la comodidad de donde se encuentre el operador.

⁴³⁶ Grosso, Claudio, «Inteligencia artificial y abogacía 4.0», en Granero, Horacio R. (dir.) *et. al., Inteligencia artificial y derecho, un reto social*, Darío Veltani; Romina Lozano (coords.), Buenos Aires, Ed. Albremática, 2020, p. 19.

Tal vez esa etapa procure agilizar los procesos en aras de evitar mayores críticas de la sociedad respecto a que la «justicia es lenta» y provoca el descreimiento de los mortales. En tal sentido, se escuchan voces de petitioner saltar al principio de progresividad donde los derechos deben tener una línea de mayor resguardo, para mejorar el derecho de defensa y tener una política en función del progreso de los derechos.

La digitalización es algo más que palabras e, incluso, algo más que tecnologías como el 5G o la nube. Se trata de un proceso que puede tener un impacto extraordinario en el bienestar de las sociedades y en las batallas contra los desafíos del siglo XXI.

Pero lo más interesante es que vamos camino a la vanguardia y a posicionarnos a la altura de gestiones judiciales europeas que vienen desde hace años operando el sistema en forma exitosa. Esta nube judicial resuelve, como una gran caja de herramientas, muchos de los problemas cotidianos del hacer jurídico.

No es ninguna genialidad razonar que, en principio, hacer que la justicia sea digital resulta un beneficio en términos de sustentabilidad y eficiencia: se vuelve más económica, ágil y efectiva. Todas cualidades que escasean en una organización tremendamente burocrática y piramidal y que atraviesa las asimetrías nacionales de norte a sur.

Desde el Instituto Federal de Tecnología y Justicia, el Dr. Mario Adaro entiende que «tender a la *justicia inteligente* supone cambiar el paradigma medieval según el cual el juez es un semidiós, y por ello el ciudadano hace

toda clase de sacrificios y renunciamentos con tal de que se le provea justicia. Se trata de acercar la justicia a la gente, hacerla empática»⁴³⁷.

Ahora bien, hasta allí las bondades del paradigma Estado 4.0 sólo aparecen vinculadas con cuestiones procedimentales, instrumentales, pragmáticas. Pero, detrás, levantando la vista se avizora un valor que sostiene el colosal esfuerzo por hacer salir a la burocracia judicial argentina, entera, de su zona de confort.

Seguidamente, subraya «de las tres cosas que se le reclama a justicia, la tecnología ofrece dos: transparencia y eficiencia. Transparencia, ligada con el gobierno abierto, que comparte información y se vuelve auditable, porque si la justicia es digital, trabaja con datos; y los datos hay que abrirlos a la sociedad, para que el ciudadano sepa cómo trabaja el Estado. Eficiencia, porque naturalmente cada instancia logra sus metas en menos tiempo y a menor costo. Además, se puede trazar cada procedimiento, para evaluar cada parte y mejorar en forma continua. Lo que la tecnología no puede garantizar es independencia de poderes. Eso depende del Ser Humano».

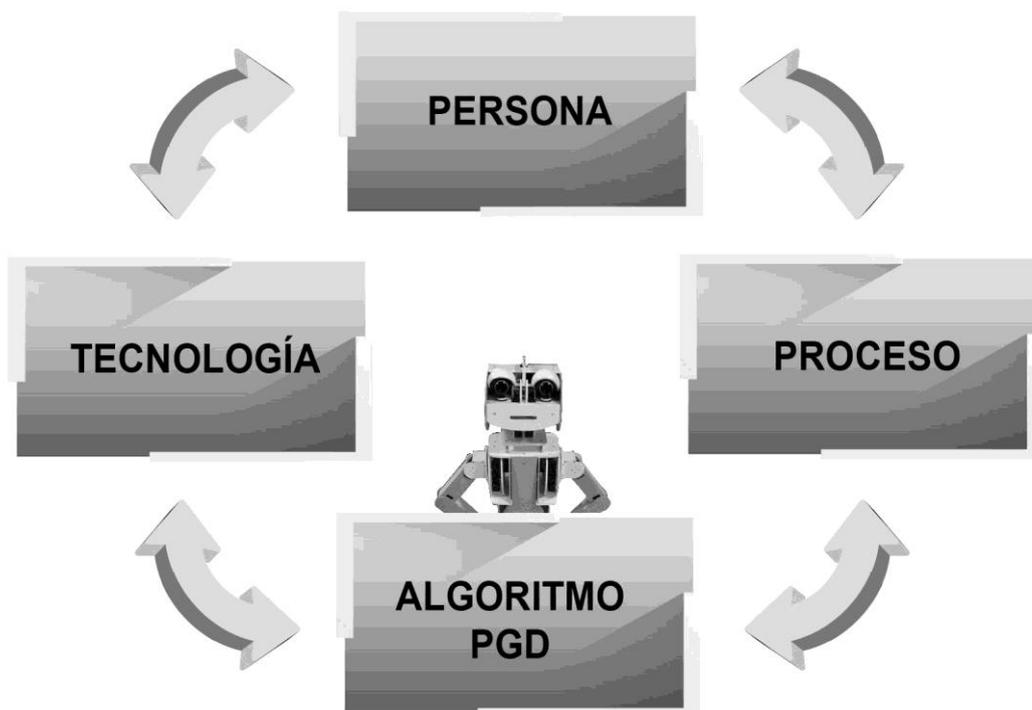
Es indiscutible que estamos ante un gran desafío de la justicia en el siglo XXI, el diálogo de los operadores del derecho ya dejó de lado el papel, quedan residuales necesarios de presencia y oralidad, la internet es el canal de conexiones y diálogos judiciales, estamos en la bienvenida del mundo digital en la que la esencia dinámica de los principios jurídicos no escapara del duelo.

⁴³⁷ Adaro, Mario, «La falta de independencia del Poder Judicial no puede ser resuelta por ningún avance tecnológico», en *Ámbito*, 4-12-2019, *website*: <https://www.ambito.com/politica/ciberseguridad/mario-adaro-la-falta-independencia-del-poder-judicial-no-puede-ser-resuelta-ningun-avance-tecnologico-n5069189>, fecha de captura: 4-11-20.

En oportunidad de participar en las XIII Jornadas de Derecho Judicial organizadas por la Universidad Austral de Buenos Aires, en el mes de septiembre de 2020, cuyo tema fue «la justicia ante los desafíos del mundo digital», se arribaron a fuertes conclusiones respecto a este impacto tecnológico. Me permito resumir las siguientes:

- a) Pensar en un juez robot haría perder la seguridad de la sana crítica como valoración de la prueba.
- b) La empatía del juzgador en el momento de dictar sentencia debe existir por seguridad jurídica, fijando límites y eliminando sesgos.
- c) Utilizar la inteligencia artificial (IA) pero bajo supervisión humana, no para suplir sino para sumar.
- d) Formular un Código de ética judicial en la era digital.

Al entender a la ISO PDG como «digitalizable» estaríamos agregando la dimensión tecnológica como complemento de las tres que oportunamente tratáramos páginas atrás. Ese camino es una acción sinérgica en la que todos los operadores del derecho deben colaborar en los pasos de la migración del mundo real al virtual.



Estamos transitando el camino del desafío del derecho en el campo de la IA y el tema que nos ocupa no puede estar ajeno a este cambio de paradigma.

Es por ello por lo que la norma ISO PGD se convertirá en Algoritmo PGD. Pues bien, ¿sobre qué hablamos, entonces?

Sabemos que un algoritmo es una secuencia de instrucciones secuenciales, gracias al cual pueden llevarse a cabo ciertos procesos y darse respuesta a determinadas necesidades o decisiones. Se trata de conjuntos ordenados y finitos de pasos que nos permiten resolver un problema o tomar una decisión.

Estaríamos frente a una especie de suma de algoritmos que, al proveer determinadas *keywords*, darán como resultado un control del proceso

monitorizado a través de esta herramienta. El acabado final será la sentencia que deberá cumplir exigentemente una serie de pasos auditados a manera de *matching learning*, con destino final, porqué no en la aplicación de *blockchain*, tendiente a que toda la información del proceso, sea en bloques encriptados imposible de modificar, alterar, duplicar o eliminar una parte, sin afectar todo el sistema.

Esta operatoria propuesta, más allá de lo disruptivo y novedoso, implica seguridad en el tratamiento de la información contenida en un proceso.

En plena era dataísta: Alguien se ha preguntado en este momento, si se garantiza que los datos personales de una persona en un juicio son protegidos? Cuál es el tratamiento de esos datos? El sistema está preparado para evitar la fuga de esa información? Será necesario a futuro crear perfilamiento de operadores del derecho y clasificarlos en categorías procesales? Si entendemos que hay procesos en los cuales se debe preservar la identidad de las partes, o el contenido del pleito como pueden ser en cuestiones de familia, o de abuso de menores (por citar algunos ejemplos) la solución propuesta sería en parte una garantía al derecho de "intimidad procesal".

Hemos adelantado que en la elaboración de un algoritmo interviene la mano del hombre, siendo necesario ser auditado desde su inicio para evitar los llamados sesgos discriminatorios, ello en consonancia con la característica de transparencia (contra la opacidad como sinónimo de caja negra) que debe estar ínsita en su existencia como tal. Siendo que el ALG PGD propuesto controla el acabado final de un proceso, en otras palabras debe dar justicia, es

un tema de un área sensible, y debe conocer y ser programado con conocimiento de todos los aspectos tenidos en cuenta por el sistema para llegar a un resultado. A título de ejemplo, este algoritmo, va a verificar que la sentencia esté debidamente fundada, su argumentación y su “cotejo” con la normativa aplicable.

En otras palabras, el ALG PGD verificará en doble sentido valorativo: por un lado intrínsecamente (en la eficacia y eficiencia de la tramitación del proceso) y extrínsecamente (si la sentencia es adecuada al problema planteado en una sociedad determinada).

No es lo mismo el diseño de un algoritmo en tierra de derecho continental europeo que en un sistema de common law por razones obvias que todo operador del derecho, a esta altura entenderá, siendo innecesario entrar en detalles en este punto. De allí que se desprende el vínculo indisoluble de tecnología y sociedad, que reiteramos debe ser tenido en cuenta desde la hora cero del diseño del algoritmo, tarea que no debe ser dejada al arbitrio del programador sino que debe ser interdisciplinaria. Nuestra mirada debe ser amplia e inclusiva ya que el control de “nuestro algoritmo” dispara múltiples escenarios, en lo social , en lo jurídico, y hasta en lo económico. El abanico que se abre no deja de ser atrapante aunque con halo de desafío.

Es aquí donde la diversidad debe estar presente. Danesi ⁴³⁸lo puntaliza concretamente: “ El valor de la diversidad en los equipos desarrollados de la IA permitirá sin duda contribuir a reducir los sesgos algorítmicos. Si cada sistema

⁴³⁸ DANESI CECILIA, “El imperio de los algoritmos” IA Inclusiva, Ética y al servicio de la Humanidad”. Ed Galerna 1ra edición 2022, pág 234

pasara a lo largo de su ciclo de vida por la visión, cultura y la *expertise* de personas con acervos culturales diversos, operaría una serie de filtro para tamizar la presencia de estereotipos o prejuicios . Para que eso realmente funcione no solo necesitamos diversidad real, sino también capacitación en diversidad, cuestiones éticas y derechos humanos”

Incluso, la arquitectura del ALG PGD, puede nutrirse de otros algoritmos los llamados predictivos: al particular referimos a buscadores cognitivos como por ej Sherlock Legal que utiliza inteligencia artificial para facilitar la selección de fallos judiciales dentro de la base de datos de elDial.com, a través del lenguaje natural. A partir de la interacción del usuario del usuario con su interfaz – sencilla, gráfica y dinámica- encuentra respuestas buscadas dentro de los sumarios de los fallos y extrae los fragmentos relacionados más relevantes. Asimismo brinda opciones de soluciones similares, vinculadas a la temática seleccionada. Como punto relevante, se encarga de anonimizar automáticamente los datos sensibles que puedan llegar a contener los documentos.⁴³⁹

No podemos dejar librado todo el control al ALG PGD, ya que podríamos caer, como bien lo expone Horacio Granero⁴⁴⁰ en arbitrariedades, injusticias, denegaciones de derechos, por lo que es urgente adoptar medidas como la

⁴³⁹ Sobre el particular: <http://www.albrematica.com.ar/sherlock/index.html> (encriptado al 6/9/20)

⁴⁴⁰ Granero, Horacio R. (dir.) *et. al., op. cit.*, p. 23.

adopción del principio de precaución en defensa de los intereses de los seres humanos⁴⁴¹.

Además, no debemos descuidar la base ética para la configuración del ALG PGD en estricta consonancia con el cuerpo legal del ámbito internacional, a falta de normas en el sistema argentino tales como: a) principios para la transparencia y responsabilidad en materia de algoritmos (ACM, USA, 2017); b) principios de Asilomar sobre Inteligencia Artificial (2017); c) directrices éticas para una Inteligencia Artificial confiable (Unión Europea, 2019), d) Ley de Inteligencia Artificial (AI Act) propuesta por la Comisión Europea de fecha 21/4/21. e) Carta europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno, elaborado en el 2018 por la Comisión Europea para la eficiencia de la justicia f) Recomendación de la UNESCO sobre Inteligencia Artificial.

Así es que el enfoque europeo sobre la IA aspira a promover la capacidad de innovación de Europa en el sector de la IA, e incentiva el desarrollo y la adopción de una IA ética y fiable en toda la economía de la UE. La IA tiene que estar al servicio de las personas y ser una fuerza positiva para la sociedad. Un conjunto de sistemas que puede apoyar al mundo a enfrentar los desafíos de la Agenda 2030 para los Objetivos del desarrollo sostenible (ODS)⁴⁴²

⁴⁴¹ Sobre el principio de precaución ver «Código de conducta ética para los ingenieros en robótica», anexo a la resolución del Parlamento Europeo del 16-2-2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103 INL).

⁴⁴² Objetivos de desarrollo sostenible, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, disponible en

En el orden interno existe un proyecto de ley presentado a la Cámara de Diputados de Argentina, en el mes de abril del presente año, que propone: a) un marco regulatorio para el funcionamiento ético de la IA en base a la diversidad e inclusión. b) establece que la IA debe asegurar la paz y la justicia entre naciones y no podrá menoscabar la libertad de los seres humanos, ni reducir su autonomía de decisión. Tampoco podrá poner en riesgo la seguridad individual o colectiva, ni dividir o enfrentar a las personas y los grupos, o amenazar la coexistencia entre los seres humanos, los demás seres vivos y el medio. c) se propone incorporar un nuevo artículo a la ley de Ciencia Tecnología e Innovación, que establecerá que los sistemas de la IA , en cualquier etapa de su ciclo de vida, deberán ser registrados conforme a los procedimientos previstos por el Gabinete Científico Tecnológico (GACTEC) . La autoridad de aplicación ordenará detener los avances de la investigación, desarrollo o aplicación cuando considere que se vulneren los principios y valores éticos dispuestos en este proyecto. d) en este marco, se incorpora otro artículo, donde se garantiza que toda persona física o jurídica que se considere amenazada o perjudicada por un sistema de IA podrá realizar la denuncia ante la Secretaría de Ciencia , Tecnología en Innovación Productiva (SETCIP)⁴⁴³

Más allá del vacío legal a nivel mundial a lo anterior agregamos -y sin ánimo de desarrollar el tema- contribuir éticamente a una internet

<https://www1.undp.org/content/undples/es/home/sustainable-development-goals.html> (encriptado al 25/5/21).

⁴⁴³ <https://www.parlamentario.com/2023/04/19/proponen-un-marco-regulatorio-para-el-funcionamiento-etico-de-la-ia/> encriptado al 21.04.23

«responsable» que complemente el trabajo de interrelación con el operador del derecho, mediante facilitadores de búsqueda que indexen funcionalmente este particular ecosistema digital⁴⁴⁴.

No obstante lo expuesto, es un momento histórico de gran evolución en la humanidad, es el momento de poner en agenda del Estado la regulación de la materia para que la inteligencia artificial no termine dominando al hombre, y el ALGPGD debe estar contemplado como un punto más.

El *smart* control del ALGORITMO PGD se genera sobre experiencias pasadas, es por ello por lo que un cambio de paradigma puede hacerle perder representatividad, lo cual nos indica que jamás se podrá prescindir del factor humano, el cual deberá realizar los ajustes correspondientes.

No obstante, se ha avanzado en el campo de la IA para dotar al algoritmo de un carácter dinámico, en el sentido de que los algoritmos denominados de aprendizaje automático (*machine learning*) tienen la capacidad de aprender, con el tiempo, de datos y experiencias para tomar decisiones por sí mismos, generando sus propias instrucciones que ya no son las iniciales del programador⁴⁴⁵. De todas maneras, seguimos insistiendo en que el último control está en el hombre

Los algoritmos no tienen naturaleza jurídica normativa, pues se limitan a sustituir al decisor humano. Pero cargan con carencia de empatía y esto lo

⁴⁴⁴ Quien desee mayor información sobre este asunto puede consultar a Leguizamón, Martín, *Responsabilidad civil de los buscadores de internet en Argentina*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2020, p. 29.

⁴⁴⁵ Granero, Horacio R. (dir.) *et. al., op. cit.*, p. 44.

podemos advertir, tal como lo explica Granero⁴⁴⁶, en el ejercicio de la discrecionalidad para la toma de decisiones, que la máquina obviamente no tiene. Esa empatía es una característica específicamente humana, vinculada con la capacidad de ponerse en lugar del otro, de entrar en resonancia con los sentimientos del otro —tanto alegría como sufrimiento—, no sólo de forma cognitiva sino también emocional, dando lugar a la compasión y al altruismo.

Juan G. Corvalán⁴⁴⁷ trae a colación lo afirmado por las Naciones Unidas⁴⁴⁸: la manera de entendernos y nuestra relación con el mundo tiene lugar desde la perspectiva de los algoritmos. Son una parte fundamental de las sociedades de información, ya que cada vez más gobiernan las operaciones, decisiones y elecciones que antes quedaban en exclusivas manos de los seres humanos.

A tener en cuenta⁴⁴⁹: los sistemas inteligentes no pueden prever eventos inéditos o casos difíciles aislados. Este fenómeno es llamado «tasas de acierto dinámicas», y varían en función de múltiples variables, incluyendo los ajustes que los programadores realicen sobre el sistema. Ahora bien, al igual que acontece con la tarea predictiva humana, las predicciones de la IA modifican o podrían alterar el curso de la acción de los sucesos. Y esto también condiciona las tasas de acierto, que a su vez pueden ser modificadas porque podrían ser previstas por otras personas.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁴⁷ Dupuy, Daniela; Corvalán, Juan G. (dirs.), CIBERCRIMEN III. Inteligencia artificial, automatización, algoritmos y predicciones en el Derecho penal y procesal penal, Mariana Kiefer (coord.), Montevideo-Buenos Aires, Ed. BdeF, 2020, p. 10.

⁴⁴⁸ Véase la resolución 72/540 de la Asamblea General «El derecho a la privacidad», A/72/540 de 19-10-2017, consid. 54, disponible en <http://undocs.org/es/A/540>.

Dworkin⁴⁵⁰ lúcidamente advirtió «la fuera de los argumentos de cara al futuro». Cuando uno decide un caso, muchas veces sienta su posición de cara a supuestos análogos. En esta lógica decisonal, un sistema predictivo permite detectar el caso análogo con mayor precisión y velocidad. Si se usa la IA de modo responsable, esto puede contribuir a robustecer la fundamentación y motivación a partir de mejorar e incorporar argumentos. Luego, bajo un ecosistema laboral adecuado, las personas pueden redirigir su enfoque a mejorar la racionalidad de la decisión.

Y, a futuro, nos preguntamos: a medida de que se generalice la aplicación del ALG PGD basado en el uso de la IA, dejando de la lado los sesgos que se pudieren presentar, ¿cómo articular la continua corrección y adaptación a la realidad social y jurídica atento su carácter dinámico? En este punto, la respuesta se jacta de no ser sencilla.

Citando las sabias palabras Granero: «el progreso siempre otorga innovación, pero no siempre toda innovación puede ser considerada progreso»⁴⁵¹.

Consideramos que el ALG PDG —como *scanner* digital de procesos— contribuirá a un mejor sistema de justicia, sin embargo, somos conscientes de que este cambio digital dividirá argumentos a favor como en contra, quedando siempre abierta la instancia de una revisión judicial posterior. No existe ningún sistema cien por ciento seguro.

⁴⁴⁹ Dupuy, Daniela; Corvalán, Juan G. (dirs.), *op. cit.*, p. 43.

⁴⁵⁰ Citado en *ibidem*, p. 53.

⁴⁵¹ Granero, Horacio R. (dir.) *et. al.*, *op. cit.*, p. 40.

Aseguramos que habiendo superado la etapa, del diagnóstico previo de las particularidades y necesidades del ALG PGD, de corrección de sesgos, su aplicación procesal, será un aporte de valor.

Las nuevas tecnologías ofrecen posibilidades de cambio, pero en nuestras manos está, como sociedad, luchar porque dicho cambio sea sólo para bien y que, como individuos, salgamos de este debate fortalecidos y con mayor protección de nuestros derechos, nunca al revés⁴⁵².

En esta línea de pensamiento, coincidimos con Granero⁴⁵³ en que los algoritmos no son ni serán nunca fuente del derecho como han sido siempre la norma jurídica, la costumbre y, principalmente, la equidad. En el mejor de los casos, estas fuentes del derecho luego podrán ser ejecutadas mediante el algoritmo y supervisadas, en definitiva, por un ser humano.

Ese camino es una acción sinérgica en la que todos los operadores del derecho deben colaborar en los pasos de esa migración del mundo real al virtual. Pero con la salvedad de que esa digitalización debe ser controlada, en último término, por el hombre siguiendo su aplicación un estricto protocolo que no deje todo ese control en poder de una máquina.

Dicho de otro modo: que esta herramienta inédita del Algoritmo PGD no sustituirá jamás la sana crítica, la empatía y la prudencia del juez, ya que pensarlo de otro modo atentaría contra los principios de la seguridad jurídica, desvaneciendo la estructura del Estado 4.0.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 30.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 56.

Ningún ciudadano se sentirá «seguro» si un Algoritmo PGD controla el proceso o la sentencia en forma automatizada sustituyendo la empatía judicial. El proceso podría llegar a ser telemático y monitorizado a través del ALG PGD, pero revisable por el magistrado que utilice esa herramienta.

Si dejamos todo en la tecnología reducimos la capacidad y capacitación necesarias de todos los operadores del derecho. La brecha para hackear el sistema legal está dada por la correcta utilización del ALG PGG creando un ecosistema de interrelaciones cuánticas que nos obligan a «reiniciarnos» y cambiar nuestro chip para adaptarnos a los contextos actuales.

En base a ello, y avizorando un futuro digitalizable, debemos nutrirnos de toda la información necesaria para llegar a buen puerto saliendo de la «caja».

Creatividad e innovación serán los ejes para poner en práctica el ALG PDG; siendo una temática trasnversal debemos reformularnos para dividir el lugar de la tecnología y el imprescindible control humano. Hoy la tecnología nos seduce, nos invita a superarnos y a aprender nuevas disciplinas, la capacitación *non stop* para los protagonistas del nuevo derecho.

A esta altura del trabajo urge la necesidad de nuevas habilidades para los todos los operadores del derecho. Para aplicar el ALG PGD se necesitan jueces proactivos, con otras *skills* (habilidades o capacidades diferentes), un juez más comprometido con dar respuesta a los cambios actuales.

Como se advierte, el panorama es complejo. Cambiar la ficha, el *mindset* (mentalidad) que ni la unificación de los Códigos imaginara. La digitalización nos ha sorprendido, también, a los abogados, que nos encontramos con el nuevo desafío. Un Algoritmo PGD otorgaría un acabado final a un juicio

telemático validado por el último control en manos del juez porque, justamente, el algoritmo es imperfecto. Tomar como ventaja la rapidez y eficiencia que no se ha vulnerado un PGD y así evitamos futuros cuestionamientos judiciales.

Nuestra intención es altamente disruptiva, apostamos a que el Algoritmo PGD sea una herramienta más al servicio de la Justicia ya con una visión tecnocéntrica de avanzada, que obligará a todos los operadores del derecho a reinventarse, sin dejar escapar la visión del hombre como centro del sistema.

Hoy, esta idea tecnopositiva nos parecerá muy remota, mas percibimos un futuro esperanzador de gran impacto social. Dejamos aclarada que nuestra posición respecto del Algoritmo PGD permitiría conservar el poder en el hombre y no en la máquina.

Parafraseando a Granero⁴⁵⁴, todo ello nos permite concluir que no cabe duda de que es un momento fascinante, donde no procede ni refugiarse en criterios que en muchos casos han quedado obsoletos, o simplemente en desuso, ni tampoco embarcarse en aventuras irresponsables de aceptación de parámetros que pongan en peligro el derecho de legítima defensa en juicio y la garantía del debido proceso. Tratar de predecir lo que va a suceder en el futuro tomando ciertos datos del presente y del pasado es, desde luego, razonable, pero no asegura el éxito de la predicción. Los abogados de la *ultima milla*, necesitarán una comprensión íntima y continua de como identificar y utilizar las soluciones de IA para satisfacer las necesidades de sus clientes sabiendo evaluar fortalezas y debilidades relativas de determinadas soluciones. Ahora es

el momento de encender nuestra imaginación para encontrar todas las posibilidades.

Hasta aquí una exposición alentadora de las bondades del ALG PGD, ventajas que superan las desventajas que implica un salto cualitativo en el ejercicio de la profesión de la abogacía y de la labor de los magistrados. Implica acortar plazos, administrando de mejor manera los recursos disponibles. El humano presente en la oralidad del proceso, y el software en la precisión del control del contenido y del proceso. De esta manera, permitimos una doble validación de contenido de una resolución ya que es también pasada por el tamiz digital, con la consecuente reducción de causas que apelen a la segunda instancia, ya que el campo de cuestionamiento se reduce notablemente por el doble “visado”.

Cabe aclarar que el ALG PDG “*controller*”, debe haber superado previamente su autotest esto es nada más y nada menos que su propia auditoría obligatoria.

Lo que proponemos a palabras de Danesi⁴⁵⁵ “ auditoría obligatoria y con ello la obtención de una certificación ética de la IA para poner en circulación los sistemas de alto riesgo. Luego, según el modelo concreto, se fijarán los controles periódicos que deberán hacerse durante todo el ciclo de vida...y a modo ilustrativo la autora propone de manera preliminar algunos lineamientos que esta herramienta debería tener:

⁴⁵⁴ Granero, Horacio, Derecho Procesal Informático: E-Mails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, Filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral, Buenos Aires, Ed. Albremática, 2019, p. 17.

⁴⁵⁵ DANESI, op cit p 253- 259

- ¿es un sistema de alto riesgo? (...) se aplica la propuesta de regulación europea de la Inteligencia Artificial denominada *Artificial Intelligence Act*.
- ¿qué base de datos se utilizó para entrenar el algoritmo? ¿se realizó una evaluación de impacto previa respecto de los datos personales?
- ¿qué tipo de tecnología utiliza? ¿es un algoritmo de caja negra?
- ¿realiza elaboración de perfiles?
- En la toma de decisiones ¿hay intervención humana?
- ¿qué variables utiliza el modelo? ¿qué ponderación y parámetros tiene cada una de ellas?

Habiendo superado las respuestas a esos interrogantes contribuiríamos a recuperar la credibilidad en el Poder Judicial que hace años viene perdiéndose. La Inteligencia Artificial colabora con la rapidez de respuesta a la sociedad, acortando los tiempos de espera y con mejores resultados, en pos de la seguridad jurídica.

Para concluir destacamos, que al encontrarse en constante desarrollo y evolución, la normativa sobre IA, deberá ser adaptable a los diversos escenarios que vayan emergiendo. Vamos camino a un nuevo ecosistema en el que las tecnologías emergentes confluyen en el mundo real y en el virtual. Será el proceso judicial a futuro un protagonista en el Metaverso? Mundo virtual , inmersivo, multisensorial al cual vamos a poder acceder gracias a la confluencia de muchas tecnologías como el 5G , *blockchain*, internet 3D (OpenXR y WebGL)

Por último resta destacar, que nuestra propuesta de ALG PGD es tecnológicamente posible y socialmente deseable ya que implica un progreso científico y tecnológico respetuoso de los derechos humanos.

Ello en órbita ⁴⁵⁶ con las recomendaciones de organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas- ONU- que entiende que “el progreso científico y tecnológico se ha convertido en uno de los factores más importantes del desarrollo de la sociedad humana, pero al mismo tiempo dejó claro que el progreso científico y tecnológico, al tiempo que crea posibilidades cada vez mayores de mejorar las condiciones de vida de los pueblos y de las naciones, puede en ciertos casos dar lugar a problemas sociales así como amenazar los derechos humanos y las libertades fundamentales del individuo.”⁴⁵⁷

Asimismo toda esta innovación legal y de cambio de paradigmas sociales corre a una velocidad tan rápida que quizás casi lapidariamente a cinco años vista, hará que la lectura de estas páginas se conviertan en un encriptamiento de caracteres a descifrar o termine “softwaremente” superado.

La tecla ENTER ha sido activada...

⁴⁵⁶ Remolina Angarita Nelson. “Derechos y garantías ante decisiones automatizadas” Revista de Derecho Patrimonial Nro 48.1ra edición abril de 2022 Director Lorenzo Cotino Hueso Editorial Aranzadi pag 18

⁴⁵⁷ UNITED NATIONS “Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad . Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3388 (XXX) de 10 de noviembre de 1975. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-use-scientific-and-technological-progress-interests> encriptada al 24.04.2023

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Zorros o erizos.

Ronald Dworkin

Hemos llegado al final del recorrido trazado, quedando la convicción de haber logrado los objetivos propuestos, concluyendo que el gran cambio social que mueve el eje de la historia tiene fuertes implicancias en el desarrollo del derecho y, más aún, en la actualización de la interpretación de los principios jurídicos que lo informan. Podrá advertir el lector un sinnúmero de errores o defectos que contendrá la obra y que se agudizarán en la lectura posterior de tan prestigioso jurado altamente calificado en su trayectoria académica y catedrática.

Por esto, uno de los puntos en donde vemos que el derecho es operativo y dinámico es, justamente, en la funcionalidad de los principios jurídicos. Es así como el ordenamiento jurídico debe hacerse eco de ello mediante un sistema de reajuste, en el cual el papel de los principios jurídicos es primordial.

Dejamos asentado en páginas anteriores un cambio paradigmático en la recodificación, siendo que el Código Veleziano, en su art. 16, los consideraba de carácter supletorio. Hoy, el art. 2.º del CCCN le reconoce una función integradora y de control axiológico. Sin perjuicio de ese gran avance lamentamos no se hayan incorporado en el artículo primero del mismo cuerpo para tratarse como fuentes del derecho.

Debido a la insuficiencia del ordenamiento normativo es necesario recurrir a la aplicación de estos principios que solucionan el vacío que el

legislador no tuvo en cuenta o que fue generado por el avance de la humanidad.

Entendemos que los principios jurídicos, como estructura abierta y flexible, se diferencian en su naturaleza jurídica con las normas. Como resultado están motivados en el derecho vigente, en las convicciones de la conciencia jurídica y social y en las reglas del derecho histórico, siempre que no se hallen en contradicción con el sistema jurídico de un momento determinado; de allí que podemos hablar de un relativismo cultural que los contiene. Ello nos indica que forman parte del derecho fundamental de un país. Ninguno de los principios procesales y tampoco los que provienen del derecho natural operan «en el vacío» o en estado puro, sino dentro del marco histórico, social, político y cultural que le otorga matices y le sugiere más o menos recortes o adaptaciones.

El derecho debe responder a una necesidad del hombre, es inseparable de la vida humana, generando cambios que corren paralela e inseparablemente a estos principios. Mas no por ello se habilita su aplicación por encima de las normas particulares: ambos deben conservar una armonía y un equilibrio en su convivencia.

Recordemos que, en el transcurso del trabajo, pudimos recorrer diferentes caminos, luchando incansablemente por determinar dónde principian y dónde concluyen. Hemos transitado por diferentes corrientes del pensamiento sobre las guías de las prácticas del derecho que pueden ser vistas como desarrollo o superación de unas y otras, pero observando cómo todas

convergen en intentos de dar respuestas a las cuestiones no resueltas por el cerrado positivismo jurídico.

Si optamos por una respuesta positivista —hoy en crisis, casi terminal— agotaríamos su extensión en la norma escrita, caeríamos en el error de un *numerus clausus* que haría perder lo posibilitante y dinámico que su dimensión provee. Solución que debe rechazarse incuestionablemente debido a la insuficiencia de esta posición para dar una respuesta aceptable a los problemas ético-jurídicos de la sociedad actual.

Precisamente es esa la pretensión del positivismo legalista, en la cual el Estado puede disponer del derecho. Sostenemos, categóricamente, que la misma debe ser invalidada, ya que el derecho es, por naturaleza, indisponible y no puede ser manipulado por la legislación.

En cambio, si transformamos la visión hacia otra perspectiva más filosófica y superadora del ordenamiento jurídico, el espíritu de búsqueda del estudioso del derecho es superior, no se agota en el sistema, sino que lo traspasa.

Recurrir al derecho natural es nuestra línea de preferencia, ya que permite cierta amplitud al legislador, porque cubre insuficiencias que la norma *per se* no contempla ni puede, por naturaleza, llegar a contemplar dada la vastedad de las virtualidades fácticas que la modernidad presenta y, en consecuencia, colabora a que se modifiquen y evolucionen estos principios eternos de justicia inherentes a la condición humana.

La experiencia indica que, ante las nuevas problemáticas éticas que pueden presentarse en la sociedad contemporánea, la respuesta del iusnaturalismo “moderado” aparece como la más aconsejable y coherente.

Acordamos que puede haber principios jurídicos no descubiertos, porque son nuevos o porque están en proceso de incubación: pueden estar presentes inconscientemente en la conciencia, o subconsciencia, o salir a la superficie, quizás, cuando consideramos importante lo que antes no lo era.

Es así como los principios van a descubrirse a medida que se conozcan cuáles serán los valores jurídicos vigentes de la comunidad para abordar los principios jurídicos en los que se fundamenta. Sin embargo, todos van a converger en la idea del bien humano, del perfeccionamiento del hombre dentro de la vida en común; son absolutos, es decir, sin excepción y válidos siempre y para siempre: no obedecen a políticas de turno. Reconocemos su función creadora, ya que son el punto de partida para crear el derecho e iluminan al legislador que trabaja dentro de un mundo de creaciones culturales preexistentes.

Sólo si comprendemos qué son y cómo funcionan los principios jurídicos en la interpretación y aplicación del derecho podremos entender la vigencia de algunos y la desuetudo de otros, así como la conveniencia o la necesidad de su reformulación.

En esta línea de ideas, el rol del intérprete es fundamental porque, en base a la hermenéutica gadameriana, se pone en juego la «perspectiva situacionista» según la cual el contenido de las valoraciones, de las normas

morales y de los principios generales se determina desde el caso concreto, buscando un punto de conexión entre lo ético y lo jurídico.

En esa tarea de interpretación juega un papel especial la llamada prudencia aristotélica. Define el citado filósofo «que es propio del hombre prudente el poder discurrir bien sobre lo que es bueno para él mismo, pero no en un sentido parcial sino para vivir bien en general».

Y hemos de advertir que, apoyándonos en las teorías contemporáneas de la argumentación, encontramos el aditamento necesario, la justificación de la decisión arribada y la adhesión del auditorio, esto es, la comunión de ideas que tiene la sociedad en torno al tema por tratar, superando creencias y condicionamientos de nuestra tradición jurídica.

Entendemos que estos principios, en su carácter sociológico, están enraizados muchas veces a través de la costumbre judicial, pero otros son de tan intrínseca convivencia para el hombre en su contexto social que los jueces no necesitan demostrar la existencia de tal o cual costumbre, ya que esa convicción es harto suficiente para aplicar los principios jurídicos al razonamiento judicial directamente y sin licencia alguna.

En otras palabras: la existencia de tales principios son paradigmas incuestionables que integran ese derecho natural cuya aplicación no depende de que nosotros lo aceptemos o no.

Es por su carácter mutante y atemporal que se encuentran circunstanciados a la necesidad que coadyuvan; serían entonces el *ius neccesitas constitui*.

El tema de referencia no solo existe en el Código Civil, sino que está presente en todo el ordenamiento jurídico positivo argentino; con solo la primera lectura del art. 33 de la Carta Magna se arriba a tal conclusión.

Los principios jurídicos participan, asimismo, de una función armonizadora, por lo que deberán ser tenidos en cuenta tanto por los legisladores como por los operadores del derecho a quienes les toque la función de interpretar las leyes y, de modo primordial, al juez.

Así las cosas, en estos tiempos son las razones de seguridad jurídica las que compelen al juez a fallar, en modo escrutinio extraordinario, y que otorgan a los justiciables el derecho de obtener una sentencia de mérito que sea justa.

La dinámica de aplicación de los principios jurídicos supone que los magistrados podrán morigerar el tenor de ciertas normas legales o, en su caso, desechar su aplicación cuando, en el caso concreto, contradigan abiertamente a los PGD. Y supone, a su vez, que los principios jurídicos, en caso de colisión de normas, laguna o casos dudosos u oscuros, son una herramienta integradora e interpretativa, por la cual pueden recurrir a ellos de modo prevalente.

Acordamos, sin contradicciones, que el rol que deben asumir los jueces en el nuevo sistema que impone la recodificación es acudir a los principios que recoge el nuevo Código y el andamiaje de derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos.

En pocas palabras, el juez debe resolver pensando en el ciudadano de todos los días en base a principios sociales. De allí el deber de resolver razonablemente (art. 3.º del CCCN). Lejos de ser una puerta a la

discrecionalidad judicial, son límites a ella; la idea es que los jueces resuelvan los problemas de la sociedad —de eso se trata el derecho—.

En estos momentos actuales donde todo parece ser *light* no pregonamos la participación de un juez que, atado a la letra fría de la ley, se desentienda de la realidad social, sino que la responsabilidad en la función es dar respuestas de verdad haciendo uso de los principios jurídicos para acabar y brillar en la sentencia.

Esta bisagra funcional (principios jurídicos) provoca, de algún modo, la ruptura de un derecho estático basado en simples reglas; y en ese escenario, el juez pasa a identificar los consensos básicos de la política y el derecho

El nuevo ordenamiento deposita su confianza en los jueces, pone en sus manos un conjunto formidable de facultades y deberes para que cumplan con sus funciones, apelando no sólo a las reglas, sino que, también, a los principios y valores.

En tal inteligencia, los principios que el Código se encarga de destacar se presentan como complementos heurísticos que facilitarán el trayecto del razonamiento judicial en la resolución que constitucionalmente está impuesto como deber del juez de motivar la decisión, con un costado particularmente destacado en la consideración democrática de las sentencias judiciales.

Estas novedosas disposiciones del código se inscriben en un modelo de Juez con responsabilidad social, para lo cual se exige que desarrolle un rol activo y comprometido con la defensa de los intereses de la sociedad.

Estos nuevos planteamientos implican afrontar de manera colaborativa e interdisciplinaria la resolución de estos problemas sociales, en los que el juez se debe desempeñar de manera activa.

En orden a tamaña tarea, no compartimos la opinión de cierto sector que preconiza la codificación de estos principios – eterna ilusión del iusnaturalismo racionalista- por considerar que el derecho vive, se modifica. Es indiscutible que su número es variable y susceptible de ensanchamiento, conforme corresponda a la primacía del problema y a la interpretación de nuevos casos y su forma de abordarlos.

La codificación posee efectos anquilosantes y siempre se muestra limitada a la hora de prever las infinitas posibilidades que ha de presentar la realidad cambiante, informatizada y acelerada de los tiempos que vivimos y los que vivirán las futuras generaciones. Adherimos, pues, a la prestigiosa doctrina que entiende que un catálogo de principios generales del derecho sería un grave error debido a que éstos se hallan sujetos a evolución e inclusive en el campo iusnatural el conocimiento de estos se afinan a medida que avanza el progreso humano, consecuentemente si la tabla es cerrada, carece de mayor interés.

Se ha dicho que los principios jurídicos son los grandes oxigenadores del sistema, de profunda raíz jusnaturalista, que con su función teleológica permanecen siempre presentes en la solución de cualquier problema hermético auxiliando al magistrado al momento de sentenciar. Los principios jurídicos iluminan el ordenamiento jurídico, porque forman parte de la reserva del

derecho en general operando como un freno de los fenómenos sociales reprochables.

Estamos transitando pleno siglo XXI, con una blogosfera jurídica muy dinámica donde el papel de los principios jurídicos es creciente, preponderante, pese a que los juristas centran su vista más en el derecho de nuevas tecnologías. Pero con el caminar hará que vuelvan su lectura a estas ideas conductoras de una sociedad: porque la norma no lo puede todo, siempre algo se le escapa y los principios jurídicos se convierten en el más allá del ordenamiento jurídico. Los PGD comportan un límite axiológico, aportan una referencia valorativa concreta, no obstante su indeterminación lógica⁴⁵⁸.

Ello se pone en evidencia en las sentencias de los magistrados, tan a menudo encorsetados en normas debiendo -en su quehacer diario- invocar la equidad, la buena fe, la doctrina de los actos propios. Y es desde la visión más contemporánea de la argumentación jurídica donde podemos afirmar que la adhesión que realiza el operador del derecho debe estar justificada no sólo a las normas sino en principios y valores para lograr una decisión razonable, correcta y valiosa. Hecho lo anterior, en un futuro esa concepción jurídica puede corregirse o completada.

Hay entonces en todo este nuevo paradigma, una incumbencia de funciones y tareas de fuerte carga axiológica en manos de los magistrados, un impulso dworkiano diferente al juez decimonónico, que pueden resumirse en la actividad y técnica de la ponderación, al mejor estilo alexyano.

⁴⁵⁸ Villar Palasí, José Luis, *La interpretación y los apotegmas jurídicos lógicos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975, p. 132.

Los derechos constitucionales a la jurisdicción y a un pronunciamiento judicial obligan al juez a juzgar sin importar el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la norma. Su inobservancia apareja la denegación de justicia, el apartamiento a dirimir la *litis* y al incumplimiento de funciones propias.

Así las cosas, la jurisprudencia ha demostrado que no es justificativo la aplicación de la equidad en forma infundada, apartándose del principio de legalidad y desplomándose en una arbitrariedad manifiesta. Es claro que la equidad, a nuestro criterio, uno de los PGD más trascendentes, importa un elemento de indiscutible valor en la interpretación de las normas particulares, adaptando el sistema a la realidad social.

La actividad del órgano jurisdiccional en el marco de la equidad encuentra su limitación en la supremacía de la Constitución Nacional y en el principio de legalidad que coadyuvan a mantener el andamiaje de la seguridad jurídica, reiteremos en #modo escrutinio extraordinario.

Ahora bien, en cualquier caso que el juez opte por la aplicación de un principio jurídico, ya sea en caso de colisión normativa, como en casos de lagunas jurídicas, dudas u oscuras exégesis, es menester que dicho 'ajuste' de la generalidad del contenido de un principio jurídico al caso en concreto, deberá respetar ciertas pautas para evitar que la solución judicial quede fuera de su quicio, desnaturalizando el auténtico y original sentido de aquel.

Por lo tanto, ese pasaje de la abstracción a la concreción nos advierte de los serios riesgos de que los principios jurídicos sean usados como salvoconducto para la manipulación de las normas. Ante este serio riesgo nos hemos preguntado si cabe postular una serie de lineamientos que tanto el autor

de la sentencia como sus revisores, han de tener en cuenta para que ese mecanismo de concreción reduzca su margen de error. De allí nuestra osada propuesta de formular lo que llamamos en páginas anteriores ISO PGD para el monitoreo de calidad de decisiones judiciales. Nos hemos formulado ciertos interrogantes y hemos concluido que:

1) Es posible y es conveniente el control de calidad de la actividad jurisdiccional puesta a aplicar un PGD porque:

- permite neutralizar errores judiciales y fallos contradictorios
- modela una conciencia judicial ordenada a plasmar la razonabilidad en sus decisiones.

- colabora con el juez en el ejercicio de su poder discrecional, aportándole una «nómina amplia» de criterios coherentes que iluminen la aplicación de los PGD en caso de oscuridad o penumbra del derecho.

- configura un material de innegable riqueza disponible para operadores del derecho ante eventuales problemas futuros y análogos a los resueltos.

- incrementa la eficacia y/o eficiencia del sistema mediante el dictado de fallos justos.

- facilita a los jueces la utilización práctica de los PGD

- restituye actualidad y vigencia práctica a los PGD

- propende a cristalizar el valor 'seguridad jurídica', que es una de las primigenias aspiraciones del Estado de derecho, evitando el *strepitus foris* derivado del dictado de fallos contradictorios.

- contribuye a la satisfacción de los justiciables destinatarios del fallo y en la medida que se logre tal aspiración habremos cumplido con la esencia de los mandatos de optimización propugnados por Alexy.

- favorece a un adecuado análisis consecuencialista de las sentencias toda vez que, mediante las pautas ISO PGD, se mide el sacrificio de determinados bienes evitado gracias a la opción efectuada.

- enaltece la calidad de la actividad jurisdiccional en orden a elevar cualitativamente el contenido de la sentencia, su altura argumental y su factura técnica como un producto de «alta gama».

- Auspicia, fomenta y contribuye a desarrollar el valor 'prudencia' en la intención y el hábito de su ejercicio en la conducta de los magistrados.

- Asegura que la sentencia sea conforme a la «calidad esperada y requerida».

- Permite cumplir acabadamente con lo dispuesto por el preámbulo de nuestra Constitución Nacional al declamar su norte de «afianzar la justicia».

2) Esta norma ISO PGD oficialaría como criterio obligatorio, no meramente facultativo.

3) En cuanto al mecanismo para introducirla en el sistema jurídico: debe ser elaborada por expertos, adecuadamente legislada o incorporada a la reglamentación local de los tribunales y corresponde afianzar el compromiso de los operadores jurídicos mediante cursos de formación dictados por el Poder Judicial de cada provincia y de la Nación.

4) El contenido tentativo que podría estar contenido en una norma ISO principios jurídicos para officar de guía para el automonitoreo y el heteromonitoreo de la calidad de las sentencias judiciales deberá respetar cuatro órdenes de tamices:

- 1) axiológico constitucional y convencional;
- 2) lógico argumental;
- 3) finalista o teleológico;
- 4) histórico y circunstancial.

Como consecuencia de ello, el deber constitucional de los jueces de dar fundamentación y motivación a sus fallos deberá integrarse con el deber de expedirse sobre los recién mencionados cuatro planos de análisis:

De tal modo el contenido de la sentencia necesariamente deberá verificar:

a) Que la interpretación que se haga de un principio jurídico en la sentencia se ajusta a los valores constitucionales y al paradigma axiológico de los pactos internacionales.

b) Que se ha desarrollado la fundamentación y motivación de la sentencia, mediante una argumentación que respete las reglas mínimas de la lógica y permita identificar el camino racional que se siguió para dotar de un contenido específico a un principio genérico y abstracto.

c) Deberá expedirse en cuanto a la consideración del bien común, en qué medida se encuentra siendo destinatario de lo dictaminado por ese fallo.

d) Deberá mencionar de qué manera las consecuencias de la sentencia son las queridas por el orden jurídico, y cuáles son las pautas del aquí y ahora (histórico, social y económico y también de las circunstancias particulares del caso que, eventualmente, justificarían una solución de equidad) estarían respaldando la asunción de un criterio determinado.

Entonces, en la medida que todos los Poderes Judiciales dentro de un sistema jurídico nacional, aúnen criterios argumentativos, la ISO PGD comenzará a gestarse, y ello será una contribución preliminar a la elaboración de la normativa para el caso particular, mirando siempre a su referente que es la Constitución Nacional. «*Our highest law*» en el contexto de piezas jurisdiccionales fundadas y motivadas, mediante el sostén de una lógica y prolija argumentación jurídica: evitando apasionamientos, sosteniendo al juez de la posibilidad de emitir veredictos con neblina en la razón, garantizando que las sentencias son dictadas en la conciencia de sus resultados y enderezadas al bien común.

En este punto, surge la necesidad de implementar una *techné* como espacio de pensamiento de esta osada propuesta que se intensifica en los albores de la digitalización. Seguramente para el lector el trabajo parecerá incompleto. No fue intención tampoco pecar de cierta polimatía. Pero tal adjetivo se desvanece cuando el tema está tratado suficientemente para reflexionar que todavía hay mucho por decir, por bucear en el mundo jurídico, por ser esta una obra abierta con los más sólidos fundamentos que en el presente se han expuesto.

Estamos en pleno desafío del siglo XXI del cambio del papel por la digitalización. Virtualidad que ha venido para quedarse y ya es un hecho, es un viaje de ida en el que el Estado constitucional versión 4.0 reclama a voces una actualización de mecanismos judiciales donde la figura del operador del derecho se reemplaza en muchos actos por una computadora. Surgen así nuevos diálogos judiciales a través de internet, abriéndose un nuevo panorama en que la pretendida norma ISO PGD, no puede estar ajena.

Lo que nos lleva a plantearnos si ese control de calidad a través de la ISO PGD será el día de mañana una nueva herramienta, un software al alcance de cualquier mortal que reclame una justicia dinámica, ágil y expedita.

Nuestra postura con visión tecnopositiva es la que nos lleva a propiciar el cambio de la norma ISO PDG a un ALG PDG , como herramienta al alcance de todos los operadores del derecho, que no implicaría en modo alguno el reemplazo del hombre por la tecnología. Jamás un robot reemplazará a un Juez o a un abogado, carece de empatía .

Por cierto, que esta herramienta inédita de Algoritmo PGD no sustituirá jamás la sana crítica , la empatía y la prudencia del juez, ya que pensarlo de otro modo atentaría contra los principios de la seguridad jurídica desvaneciendo la estructura del Estado 4.0.

Nuestra intención es altamente disruptiva, debemos reinventarnos, cambiar la ficha —el «*mindset*»—, que ni la unificación de los códigos imaginara. La digitalización nos ha sorprendido también a los abogados que nos encontramos con el nuevo desafío. Un ALG PGD otorgaría un acabado final a un juicio telemático validado por el último control en manos del juez

porque, justamente, el algoritmo es imperfecto. El algoritmo es, en definitiva, lo que el programador entendió en un momento determinado, dotándolo de una característica de mutabilidad programática: esto lleva a que sea auditado permanentemente. Su ventaja está dada en la transparencia y velocidad de la respuesta de la Justicia a la sociedad en reducción de tiempo y costes.

Y allí es cuando el juez es el sujeto viviente que chequea, en última instancia, la oportuna y acertada del ALG PGD, evitando futuros cuestionamientos judiciales.

Hemos transitado el camino en un rol de «*think tank*», como verdaderas usinas de ideas a través de una discusión sana, con decoro y edificante, alentando por así decirlo, a otros disparos de inventivas y opiniones, no quedándonos en un amén de interpretaciones sino más bien sembrando un desafío para futuros debates con la directriz puesta en la esperanza de la evolución del derecho y del ser humano.

Seguramente para el lector el trabajo parecerá incompleto pese a la intrepidez pretenciosa de propuestas.

No fue intención tampoco pecar de cierta polimatía. Mas tal supuesto se desvanece cuando el tema está tratado suficientemente para reflexionar que todavía hay mucho por decir, por bucear en el mundo jurídico, por ser esta una obra abierta con los más sólidos fundamentos que en el presente se han expuesto.

Apelando a las palabras Groucho Marx, y permitiéndonos una respetuosa complicidad final con el lector luego de tanto andar en forma conjunta, diríamos: «estos son mis principios, si no le gustan, tengo otros».

Valga lo expuesto como invitación a que generaciones futuras sigan el camino de estudio trazado disruptivamente, y el «*thinking outside the box*» en aras de contribuir al progreso del sistema jurídico argentino.

A manera de corolario y en aras de poner en funcionamiento el *corsi e ricorsi*, volveremos a las primeras páginas y a citar las palabras de De Montemayor: «los principios generales, son como el ave fénix, todos los invocan pero nadie sabe dónde ir a buscarlos» Nosotros, a esta altura del trabajo, agregamos: «la búsqueda es permanente y si se acaba, se agota el espíritu de investigación».

Esto no es un adiós, sino un hasta pronto...

EPÍLOGO

Finalizó esta labor con la expectativa de haber cumplido con los objetivos propuestos por esta Alta Casa de Estudios en lo atinente a la carrera del Doctorado en Derecho, donde me he formado profesionalmente como doctoranda, habiendo intentado, en el proceso de elaboración de la presente tesis, responder a tales enseñanzas respetuosas del Estado de derecho, de las instituciones republicanas y democráticas y de la Constitución Nacional argentina.

Mediante este humilde aporte deseo agradecerles a los directivos y a los profesores de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, a mi tutora de tesis Dra. Verónica Melo, por la paciencia y profesionalidad brindadas durante este productivo camino y, a su vez, poder contribuir y devolverle a la comunidad los resultados de este largo tiempo de estudio y reflexión.

Dios seguirá siendo el camino para continuar el desafío.

LILIANA MARGARITA MOLINA

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, «Linguistic philosophy and legal theory. Some problems of legal argumentation», en *Rechtstheorie*, 1979, *website*: www.academia.edu, fecha de captura: 14-6-2018.

—, *Lo racional como razonable*, traducción de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

—, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, México, Ed. Fontamara, 1995.

ABOSLAIMAN, Lucrecia, « La equidad como principio general del derecho. Criterio de interpretación», en *Revista argumentos. Estudios Transdisciplinarios sobre Culturas Jurídicas y Administración de Justicia*, N.º 4, 2017, *website*: <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar>, fecha de captura: 14-7-2019.

ADARO, Mario, «La falta de independencia del Poder Judicial no puede ser resuelta por ningún avance tecnológico», en *Ámbito*, 4-12-2019, *website*: <https://www.ambito.com/politica/ciberseguridad/mario-adaro-la-falta-independencia-del-poder-judicial-no-puede-ser-resuelta-ningun-avance-tecnologico-n5069189>, fecha de captura: 4-11-20.

AFTALION, Enrique, *Los principios generales y la reforma del Código Civil*, Tomo 15, Sección Doctrina, Buenos Aires, La Ley, 1939.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, Tomo I, Vol. I, Barcelona, Ed. Bosch, 1991.

- ALBERDI, Juan José, *Obras Completas*, Vol. VII, Buenos Aires, 1887.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1974.
- ALEXY, Robert, «Teoría de la Argumentación Jurídica», en *Centro de Estudios Contemporáneos España*, Madrid, 1989, website: www.biblioteca.calp.org.ar, fecha de captura: 15-10-2019.
- , «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. El concepto y la validez del derecho», en *Revista Doxa*, N.º 5, Universidad de Alicante, 1993.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 1.ª reimpresión, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , *El concepto y la validez del derecho*, 2.ª edición, Barcelona, Ed. Gedisa, 2004.
- , *Derecho y Razón Práctica*, México D.F., Ed. Distribuciones Fontamara, 2010.
- ALFONSO, Santiago, *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.
- , *Una nueva era del derecho*, 2017, website: <http://www.elderecho.com.ar>, fecha de captura: 2-10-2019.
- ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Manual de introducción del derecho*, 2.ª versión, Buenos Aires, Ed. Juris, 1974.

- ANDRADA, Alejandro Dalmacio, *Responsabilidad civil de los medios de comunicación. El factor de atribución*, Rosario, Ed. Juris, 1998.
- ARAZI, Roland *et. al.*, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado y comentado*, Tomo I, 2^{da} edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2012.
- ARCE Y FLORES VALDÉZ, Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1990.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, traducción de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1994.
- ASEFF, Lucía, *La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general*, Rosario, Ed. Juris, 2004.
- ATIENZA, Manuel, «El derecho como argumentación», en *Revista de Derecho* (versión online), Vol. XIX, N.º 1, 2006, fecha de captura: 4-1-2020.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, «Sobre principios y reglas», en *Revista Doxa*, N.º 10, Universidad de Alicante, 1991.
- , *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2.^a edición, Barcelona, Ed. Ariel, 2004.
- AZAR, Aldo Marcelo, “*Interpretación y ponderación de los valores con relación a las obligaciones civiles y comerciales*”, publicado en SJA 23/10/2019, cita online: AR7DOC/2223/2019, website: www.academia.edu, fecha de captura: 14-7-2020.
- AZPEITÍA, Mariana y RODRÍGUEZ, Maximiliano, *Derecho Privado. Parte General*, Tomo 1, Rosario, Ed. Del Castillo, 2016.

- AZÚA REYES, Sergio, *Los principios generales del derecho*, México, Ed. Porrúa, 1988.
- BARBAROSCH, Eduardo; «La función de la interpretación en el derecho y la controversia en cuanto a su alcance en algunas de las teorías del derecho», en *JA*, N.º especial 20009, Tomo III, fascículo 7, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot. FALTA AÑO
- BARBERIO, Sergio J. y GARCÍA SOLÁ, Marcela, «Principios generales del proceso civil. Diseño clásico y mirada actual», ponencia general del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, 2010.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1994.
- BETTI, Emilio, «Sui principi generali del nuovo ordine giuridico», en *Rivista di diritto commerciale*, XXXVIII, 1940, website: www.academia.edu, fecha de captura: 8-6-1019.
- , «Interpretación de la ley y de los actos jurídicos», en *Revista de Derecho Privado*, traducción de J.L. De los Mozos, Madrid, 1975.
- BIDART CAMPOS, Germán J., «Las fuentes del derecho constitucional y el principio “pro homine”», en *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Bidart Campos, G. y Gil Domínguez, A. (coords.), Buenos Aires, Ediar, 2000.
- BIONDI, Biondo, *Instituzioni di diritto romano*, website: www.academia.edu, fecha de captura: 31-6-2018.

- BOBBIO, Norberto, «Principi generali di diritto», en *Novísimo Digesto Italiano*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1966, *website*: www.academia.edu, fecha de captura: 5-6-2019.
- BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil: parte general*, Tomo 1, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1999.
- BOULANGER, Jean, «Principes généraux du droit et droit positif», en *Études offertes á Georges Ripert*, Tomo 1, N.º 15, 1950, *website*: www.academia.edu, fecha de captura: 21-6-2019.
- BREBBIA, Roberto H., «La equidad en el derecho de daños», en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- BUSSO, Eduardo, *Código civil anotado*, Tomo 1, Buenos Aires, Ed. Compañía Argentina de Editores SRL, 1944.
- CABANILLAS GALLAS, Pío, «Consideraciones sobre los principios generales del derecho», en *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1977.
- CARRIÓ, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1970.
- CASARES, Tomás D., *La justicia y el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974.
- CASSAGNE, Juan Carlos, «El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico», en *Revista de Investigações Constitucionais*, Paraná, 2014, *website*: www.revistaNINC.com.br, fecha de captura: 3-9-2019.

CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2004.

—, «Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XXXVI, N.º 108, 2004, *website*: www.laley.thomsonreuters.com, fecha de captura: 4-2-2020.

COMADIRA, Julio R., «Las bases constitucionales del procedimiento administrativo», *Colección de Análisis Jurisprudencial. Elementos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2005.

CORVALÁN, Juan G. (dirs.), *CIBERCRIMEN III. Inteligencia artificial, automatización, algoritmos y predicciones en el Derecho penal y procesal penal*, Mariana Kiefer (coord.), Montevideo-Buenos Aires, Ed. BdeF, 2020.

DALLA VÍA, Alberto R. y GARCÍA LEMA, Alberto M., *Estudios constitucionales sobre el código civil y comercial de la nación*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016.

DANA MONTAÑO, Salvador, *Los principios generales y la prelación de las normas jurídicas*, Tomo 92, Buenos Aires, La Ley, 1958.

DANESI, Cecilia, *“El imperio de los algoritmos”* Editorial Galerna 1ra Edición 2020

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil en España: Parte General*, Tomo 1, Madrid, 1984.

—, *Derecho civil de España*, Madrid, Ed. Civitas, 2008.

DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Ed. Bosch, 1965.

DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales derecho*, 2.ª edición, Barcelona, 1942.

DEPETRIS, Carlos E. y VILLAR, Ana, *Concepto y contenido del derecho civil. Posibles reformulaciones a la luz del constitucionalismo*, website: [https://www.academia.edu/26878315/Concepto y contenido del Derecho civil. Posibles reformulaciones a la luz del constitucionalismo.pdf](https://www.academia.edu/26878315/Concepto_y_contenido_del_Derecho_civil_Posibles_reformulaciones_a_la_luz_del_constitucionalismo.pdf), fecha de captura: 26-8-2019.

DÍAZ COUSELO, José María, *Los principios generales del derecho*, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1971.

DIDIER, María Marta, «Igualdad , discriminación y fecundación *in vitro*», en *Jurisprudencia Argentina*, enero/marzo 2012.

—, *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Ed. Marcial Pons, 2015.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teorías del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1973.

—, «Constitución y fuentes del derecho», en *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, N.º 21, Madrid, 1979.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Tomo I, 4.ª edición, 1.ª reimpresión, Madrid, Ed. Tecnos, 1982.

- DI MAJO, Adolfo, *Dibattito en L'equità Convegno in onore a Primo Tondo*, 1975, *website*: www.academia.edu, fecha de consulta: 9-6-2020.
- DINIZ, María Helena, *As lacunas no Direito*, 10.^a edición, Brasil, Ed. Saraiva, 1999.
- D'ORS, Álvaro, «De la prudentia iuris a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral», en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, CSIC, 1973.
- , *Esas reglas que ley no deroga*, Buenos Aires, La Ley, 1980.
- DUPUY, Daniela; CORVALÁN, Juan G. (dirs.), *CIBERCRIMEN III. Inteligencia artificial, automatización, algoritmos y predicciones en el Derecho penal y procesal penal*, Mariana Kiefer (coord.), Montevideo-Buenos Aires, Ed. BdeF, 2020.
- DWORKIN, Ronald, «¿Es el derecho un sistema de reglas?», en *Cuadernos de crítica*, N.º 5, México, Instituto de Investigaciones filosóficas, UNAM, 1977.
- , *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1984.
- , *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós, 1993.
- EISNER, Isidoro, *Economía procesal*, Tomo 146, Buenos Aires, La Ley, 1984.
- , «Principios procesales», en *Revista de Estudios Procesales*, N.º 4, Rosario, 1984.
- ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, traducción de E. Valentí Fiol, Barcelona, Ed. Bosch, 1961.

ETALA, Carlos Alberto, *Interpretación de las normas en el nuevo Código*, Tomo 2015-E, año 79, N.º 166, La Ley , 4 de septiembre de 2015, cita *online*: AR/DOC/2757/2015, fecha de captura: 23-5-2020.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Ed. Trotta, 1995.

—, «El constitucionalismo garantista», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 34, 2011, *website*: <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2011.34>, fecha de captura: 25-6-2019.

FERRARA, Francesco, «I principi generali dell'ordinamento giuridico», en *Sorriti Giuridici*, Tomo I, Milán, 1952, *website*: www.academia.edu, fecha de captura: 23-5-2018.

FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2000.

FRANÇA, Rubens L., *Principios generales del derecho*, 2.ª edición, San Pablo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

FRUSTRAGLI, Sandra A., *Implicancias del pluralismo jurídico en el ámbito del Derecho privado (especial referencia a las normas de defensa del consumidor)*, *website*: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc>, fecha de captura: 22-5-2019.

GADAMER, Hans George, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1996.

- GAMBERO, Stella y LÓPEZ MESA, Roberto, *Someras reflexiones en torno a los PGD, su alcance y aplicación*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1996, website: www.academia.edu, fecha de captura: 26-9-2019.
- , «Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas», en *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1999, website: www.academia.edu, fecha de captura: 26-9-2019.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, 6.ª edición, Madrid, Cuadernos Civitas, 1993.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, *La responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho*, Buenos Aires, La Ley, 1986.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 53.ª edición, México, Ed. Porrúa, 2002.
- GARDELLA, Lorenzo, «Principios Generales del Derecho», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XXIII, Buenos Aires, 1967.
- GOMEZ, Orlando, *Introdução ao Estudo do direito civil*, Brasil, Ed. Forense, 1957.
- GONZÁLEZ DE PRADA, María y WAYAR, Ernesto, *La labor creadora del Juez: Aplicación de oficio de la teoría del abuso del derecho*, Buenos Aires, El Derecho, 1982.
- GRAJALES, Amós A., *El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como «la boca de los principios». De la subsunción a la ponderación*,

2015, publicado en: SJA 29-7-2015, 3, cita online: AR/DOC/4937/2015, fecha de captura: 9-11-2019.

GRANERO, Horacio, *Derecho Procesal Informático: E-Mails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, Filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral*, Buenos Aires, Ed. Albremática, 2019.

—, (dir.) *et. al.*, *Inteligencia artificial y derecho, un reto social*, Darío Veltani; Romina Lozano (coords.), Buenos Aires, Ed. Albremática, 2020.

GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 3.ª edición, Madrid, publicación del Instituto de Estudios Políticos, 1968.

GUASTAVINO, Elías, «Sistema y axiología del Derecho Civil», en *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 138, Buenos Aires, 1977.

GUASTINI, Riccardo, *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*, Lima, Ed. Científica Peruana, 2016.

HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, traducción de Héctor Fix-Fierro, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007.

HARARI, Yuval Noah, *“Homo Deus” Breve historia del mañana*. Editorial Debate 18ª Edición 2021

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Madrid, Ed. Civitas, 1981.

- HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 4.ª edición, Vol. 1, Navarra, Ediciones de la Universidad de Navarra, 2008.
- HIGHTON, Elena I., «Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del Derecho argentino», en *Claves del Código Civil y Comercial*, Alegria, H. y Mosset Iturraspe, J. (dirs.), Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015.
- IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, traducción de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, Ed. Bosch, 1992.
- JÁUREGUI, Rodolfo Guillermo, «Un caso de esterilización por vía de amparo. Nota a fallo STJER», en *La Ley Litoral Juris*, Año 5, N.º 6, Buenos Aires, 2001.
- JEAMMAUD, Antoine, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, tesis doctoral, 1975.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto M., «Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración del Derecho Español», en *Revista telemática de filosofía del derecho*, N.º 3, Madrid, 2000.
- KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, Madrid, Victoriano Suárez, 1968.
- KAUFMAN, Gustavo Ariel, *Sentido y vigencia del art. 33 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 1992.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1960, *website*: <https://biblio.juridicas.unam.mx>, fecha de captura: 23-9-2019.

- , «Justicia y Derecho Natural», en *Crítica del derecho natural*, Biblioteca Política Taurus, 1966.
- , *¿Qué es la Justicia?*, website: <https://biblio.juridicas.unam.mx>, fecha de captura: 23-9-2019.
- LALAGUNA, Enrique, *Jurisprudencia y fuentes del derecho*, Vol. 1, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1969.
- LAMADRID IBÁÑEZ, Hugo, *Razonamiento judicial. Motivación de resoluciones y control de logicidad materiales para el análisis*, Perú, Ed. Marsol, 2009.
- LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica*, traducción de L. Díez-Picazo, Madrid, Cuadernos Civitas, 1985.
- , *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1985.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, 5.ª edición, Barcelona, Ed. Bosch, 1979.
- LEGUIZAMÓN, Martín, *Responsabilidad civil de los buscadores de internet en Argentina*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2020.
- LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, 5.ª edición actualizada, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1973.
- , *Tratado de derecho civil. Parte general*, Tomo 1, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1999.
- LÓPEZ MESA, Marcelo, *Los principios generales del derecho, su alcance y aplicación*, Tomo 90, Rosario, Edit. Zeus, 2018.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006.

- ., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Santa Fe, Ed. Rubinzal–Culzoni, 2008.
- , «Presentación del Proyecto», en *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional* redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2012.
- (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, De Lorenzo, Miguel F. y Pablo Lorenzetti (coords.), Tomo 1, Santa Fe, Ed. Rubinzal–Culzoni, 2014.
- MADRAZO, Francisco, *Orden jurídico y derecho judicial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985.
- MANS PUIGARNAU, Jaime, *Los principios generales del derecho. Repertorio de normas, máximas y aforismos jurídicos*, Barcelona, Ed. Bosch, 1979.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan A., «La ontofenomenología del Derecho en la obra de Sergio Cotta», Universidad Complutense de Madrid, 1993.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *La prudencia jurídica*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis S.A., 2006.
- MELO, Verónica, *Valor vida. Incapacidad psicofísica. Derechos personalísimos. Análisis doctrinarios y jurisprudenciales*, Buenos Aires, La Ley Región Litoral, 2017.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1954.

- MINETTI KERN, Luciano, «El perfil del juez a partir de la entrada en vigencia del CCC. Nuevos desafíos y razones para dejar atrás prácticas disvaliosas. Hacia un juez constitucional», en *Comunicación Judicial*, *website*: <http://servicios.iusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php/especiales/item/527-perfil>, fecha de captura: 24-9-2019.
- MOREA, Adrián O., «¿Qué “no” son los principios jurídicos?», en *La Ley*, *Microjuris*, cita *online*: MJ-DOC-12782-AR | MJD12782, 2018, *website*: <https://ar.microjuris.com>, fecha de captura: 24-9-2019.
- MORELLO, Augusto M., *El Proceso Justo*, 2.ª edición, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2005.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, «Sobre una supuesta herejía jurídica en torno a la acción de revisión del art. 1198. El derecho como religión, como ciencia y como arte», en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1983.
- MOUCHET, Carlos y ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Introducción al derecho*, 5.ª edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1962.
- NADER, Paulo, «Integración de la ley y principios generales del derecho», en *Revista Zeus*, Vol. 70, N.º 5353, Rosario, 1996.
- NICOLAU, Noemí; KRASNOW, A.; HERNÁNDEZ, C., FRUSTRAGLI, S. e IGLESIAS, M., «Algunos lineamientos del nuevo Código en materia de Derecho Civil», en «Nuevo CCyC su implicancia en diversas áreas del Derecho»; Rosario, *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, 2015.

- PECZENIK, Alexander, «Dimensiones morales del derecho», en *Revista Doxa*, N.º 8, Universidad de Alicante, 1990.
- PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Ed. Civitas, 1979.
- PEYRANO, Jorge W., «Los principios generales del derecho: Concepto jurídico de difícil y necesaria comprensión», en *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, Año 6, Segunda época, Rosario, 1974.
- , *El Proceso Civil. Principios y Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1978.
- PIOLA, Giuseppe, «L'equita», en el *Digesto italiano*, Vol. X, Torino, 1895-1898.
- PIETRO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, 10.ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 2016.
- POUND, Roscoe, *Introducción a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Ed. TEA, 1962.
- PUIG PEÑA, Federico, «Los principios generales del derecho como fuente normativa de la decisión judicial», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XL, Madrid, 1956.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Ed. Ábaco, 2008.
- , *Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, en Rivera, Julio C. (dir.), «Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

—, *El principio de proporcionalidad, la dignidad humana y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un análisis desde la perspectiva de Robert Alexy*, publicado en: SJA 22-3-2017, cita online: AR/DOC/4923/2016.

—, *El concepto de Sistema Jurídico*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

—, *Interpretación jurídica. Teoría y práctica jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2020.

—, *La interpretación del derecho de acuerdo a “equidad” en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina” Persona y derecho* Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los Derechos humanos. Número 40 pág 445-486 año 1999. cfr <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=241592> (encriptado al 24.04.2023)

RAZ, Joseph, «Legal principles and the limits of law», *Yale Journal*, N.º 81, 1971/1972.

REALE, Miguel Jr., *Antijuridicidad concreta*, Ed. Bushatsky, 1974.

REBOLLO PUIG, Manuel, *Derecho Administrativo*, Tomo 1, 4.ª edición, Madrid, Ed. Cegal Tecnos, 2015.

REINOSO BARBERO, Fernando, *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos. Horizonte actual*, Madrid, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

REMOLINA ANGARITA NELSON “Derechos y garantías ante decisiones

automatizadas” Revista de Derecho Patrimonial Nro 48.1ra edición abril

de 2022 Director Lorenzo Cotino Hueso Editorial Aranzadi

RESNIK, Mario H. (dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Teoría del Estado*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

REZZÓNICO, Juan Carlos, *Efecto expansivo de la buena fe*, Buenos Aires, La Ley, 1991.

—, *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1999.

RIVERA, Julio César, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2015.

ROSSI, Abelardo F., *Aproximación a la Justicia y a la Equidad*, Buenos Aires, EDUCA, 2000.

RUIZ MANERO, Juan, «Imperio de la ley y ponderación de principios», Juan P. Alonso (coord.), Buenos Aires, Ed. Astrea, 2018.

SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso Extraordinario*, 2^{da} edición, Buenos Aires, Astrea, 1989.

—., *Los principios específicos del derecho constitucional*, La Ley 1991-C, 808 - LLP 1992, 1991.

SAGÜÉS, Néstor P.; GELLI, María Angélica y GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2011.

- SALEILLES, Raymond, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2.ª edición, Madrid, Ed. Reus, 1925, website: <https://www.academia.edu>, fecha de captura: 20-6-2019.
- SALGADO, José María, *El Código Civil y Comercial de la Nación, el deber de coherencia y los precedentes vinculantes*, 2016, publicado en: SJA 1-2/2017, 31, cita online: AR/DOC/5050/2016, fecha de captura: 25-11-2019.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, *Los principios clásicos del derecho*, Madrid, Ed. Unión, 1993.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.
- SILVEIRA, Alípio, *Hermenéutica del derecho social*, 1951, website: <http://www.elderecho.com.ar>, fecha de captura: 4-3-2019.
- SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ed. Ariel, 1962.
- SPOTA, Alberto, *Tratado de derecho civil*, Vol. 1, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1957.
- SUAY RINCÓN, José, *La doctrina de los principios generales del derecho en la protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Vol. 1, Madrid, Cuadernos Civitas, 1993.
- SUSSKIND, Richard E.; Susskind, Daniel, *The future of the professions: How technology will transform the work of human experts*, USA, Oxford University Press, 2015.

- TARDÍO PATO, José Antonio, *Los principios generales del Derecho*, Barcelona, Ed. Bosch, 2011.
- VAN HOECKE, Mark, «The uses of unwritten legal principles by Courts», en *Ratio Juris*, Vol. 8, N.º 3, Blackwell, 1995.
- VIGO, Rodolfo L., «Los principios generales del derecho», en *JA*, Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 1986.
- , *Los principios jurídicos: perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000.
- , *Pensar el derecho. Ensayos de la teoría jurídica contemporánea*, N.º 7, Perú, Ara Editores, 2010.
- , *Principios Generales del Derecho y Principios Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente*, La Ley online, 2011, website: <http://www.laley.thomsonreuters.com>, fecha de captura: 21-2-2020.
- , «Comentarios al capítulo 1 del Título Preliminar», en *Análisis del proyecto del nuevo CCyC*, Buenos Aires, El Derecho, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, 2012.
- , *Distintas concepciones de la equidad*, La Ley, 2015, 11.05.2015, cita online: AR/DOC/1431/2015, fecha de captura: 8-6-2019.
- , *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, Buenos Aires, EDUCA, 2015.
- , *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Cuzoni, 2015.

VILLAR PALASÍ, José Luis, *Principios de derecho administrativo*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1973.

—, *La interpretación y los apotegmas jurídicos lógicos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975.

YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, Ed. Abaco, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 1995.

ZAMUDIO, Fix, «El Juez ante la norma constitucional», en *Revista de la Facultad de México*, N.º 57, México, 1965.