

Título: [En torno a las fuentes del derecho en el nuevo Código Civil y Comercial](#)

Autor: [Lafferrière, Jorge Nicolás](#)

Publicado en: [RCCyC 2016 \(agosto\), 17/08/2016, 7](#)

Cita Online: [AR/DOC/2364/2016](#)

Sumario: I. Introducción. — II. La importancia de un título preliminar y el debate sobre el enfoque jurídico subyacente. — III. Distinción entre derecho y ley. — IV. Los "casos" que rige el Código. — V. Las fuentes del derecho. — VI. El artículo 1 y la distinción entre lo civil y lo comercial. — VII. El bloque de constitucionalidad y el derecho civil y comercial. — VIII. Los "otros" tratados como fuente del derecho civil y comercial. — IX. La ley como fuente. — X. La jurisprudencia y el cambio de redacción realizado por el legislador. — XI. La costumbre como fuente. — XII. Las otras fuentes. — XIII. Reflexión final.

I. Introducción

El Título Preliminar del nuevo Código Civil y Comercial se abre con el capítulo 1ro. titulado "Derecho", cuyo artículo 1º está dedicado a "Fuentes y aplicación". En efecto, dispone el citado artículo [\(1\)](#):

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

A un año de la entrada en vigencia del nuevo Código, formularemos algunas reflexiones sobre este artículo, sobre todo a partir del análisis de los principales comentarios doctrinarios que se han publicado hasta el momento y que ofrecen interesantes debates sobre la decisiva temática de las fuentes del derecho.

II. La importancia de un título preliminar y el debate sobre el enfoque jurídico subyacente

Antes de ingresar en el tema de las fuentes del derecho, consideramos necesario formular algunas reflexiones sobre la importancia del título preliminar del Código. El Código Civil de Vélez Sarsfield presentaba dos títulos preliminares: el primero sobre las leyes (arts. 1 a 22), y el segundo sobre el modo de contar los intervalos del derecho (arts. 23 a 29). Los antecedentes de esta opción de Vélez podemos encontrarlos en Freitas, y en el Código Civil Francés. Por su parte, el Código de Comercio tenía un título preliminar compuesto por cinco artículos identificados por números romanos y que refieren a la aplicación subsidiaria de las normas del Código Civil (I), la potestades de los jueces en la indagación de la costumbre y la voluntad de las partes (II), la prohibición de que los jueces expidan disposiciones generales (III), la interpretación de la ley como competencia del Poder Legislativo (IV) y el valor jurídico de las costumbres mercantiles (V).

El nuevo Código Civil y Comercial se abre con un título preliminar, dividido en cuatro capítulos: Derecho; Ley; Ejercicio de los Derechos; Derechos y bienes. En los Fundamentos del Anteproyecto se remarca la importancia del título preliminar, señalando que "una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el Código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas".

Algunas preguntas emergen de esta argumentación: ¿nos encontramos ante un nuevo alcance o una nueva función del Título Preliminar? En tal caso, bajo este título, ¿se adopta una perspectiva iusnaturalista? ¿Significa ello una ruptura con el sistema anterior?

El primer punto a considerar es si la adopción del título Preliminar entendido como un "núcleo de significaciones" supone un cambio respecto a los alcances del Título Preliminar en los Códigos anteriores. Gabriel Limodio llama la atención sobre la relevancia de que el título preliminar contenga "un núcleo de significaciones" y observa: "si se parte de aquello que se explica en los Fundamentos, no cabe duda de que el Título Preliminar es un salto cualitativo respecto a las formulaciones anteriores, ya que se presume que es aquí donde se consignan las reglas de todo el sistema de Derecho Privado" [\(2\)](#).

Respecto a si la adopción de este núcleo de significaciones supone asumir un enfoque iusnaturalista, Rabbi-Baldi Cabanillas enfatiza 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" [\(3\)](#). Desde una aproximación crítica, pero que revela una forma de comprender el valor del Título Preliminar, Guibourg sostiene "basta leer los artículos 1, 2, 3 y 10 para advertir que el legislador se siente más próximo del Sermón de la Montaña que de la descarnada precisión

del Código Napoleón, y que, al reservarse una función moralmente rectora, renuncia a la función de establecer criterios operativos para cederla, en la práctica, a los jueces" (4). En cambio, Limodio se plantea la duda sobre "el contenido que ha querido darse a este núcleo de significaciones" (5), sobre todo por las problemáticas que plantea un cierto enfoque de pluralismo neutral que animaba a los integrantes de la Comisión Redactora. Para Limodio, "partiendo de la base de que el nuevo ordenamiento da por aceptado el paradigma del Estado de Derecho constitucional, habrá que identificar si el 'espíritu' del Código se adscribe a alguna de estas corrientes [iusfilosóficas]; por lo menos una respuesta provisoria se inclina por la figura del constructivismo, no tanto por convicción, sino por aceptar el actuar plural de la sociedad" (6). Sin embargo, especula Limodio que "quizá la labor de los jueces sea la que finalmente fije la dimensión de este título preliminar, más allá de las interpretaciones que pueden hacerse desde una moda intelectual o cultural, que no deja de ser una dictadura de lo efímero que se ejerce sobre aquellos que desertan del desaffo de conocer el verdadero sentido de las cosas" (7).

El tercer punto que nos planteamos es si este nuevo alcance del Título Preliminar significa una ruptura con los códigos anteriores, sobre todo con el Civil, que viene calificado como positivista. Sin entrar a profundizar el tema, entendemos que si bien es cierto que el fenómeno de la Codificación surge en el marco de la vigencia del llamado "Estado de Derecho Legal", y que el Título Preliminar puede ser considerado ahora como un "núcleo de significaciones", no creemos que pueda sostenerse que el Código Civil de Vélez Sarsfield pueda ser considerado sin más como positivista. Al respecto, nos parecen oportunas las consideraciones de López de Zavalía en cuanto afirma que el cambio que se ha operado en el derecho privado, con la derogación de ambos códigos y su sustitución por uno nuevo, no tiene que llevar a visiones rupturistas e injustas que denosten el sistema anterior (8).

Igualmente, no puede soslayarse la importante transformación del Código Civil que significó la reforma de 1968 liderada por el Dr. Guillermo A. Borda, como lo expresa con hondura la prof. Catalina E. Arias de Ronchietto: "La reforma removió —como un mar— a la legislación civil, impregnándola de un nuevo espíritu jurídico y de un irregresable sentido social; así lo prueban los 40 años de vigencia plena, de modo directo desde sí misma e indirecto a través de los ajustes que estos años han ido exigiendo, pero que conservan la indudable impronta sustancial de la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810). Por ello, la califico de caleidoscópica, por su ductilidad y riqueza, por el aporte de "haber zanjado definitivamente la cuestión", "de haber puesto las cosas en su lugar", por los esclarecedores debates y las infinitas aplicaciones que hasta el día de hoy surgen de la singularísima reforma" (9). Esta jurista resume los principios de dicha reforma: a. Reconocimiento de que el derecho forma parte de un más amplio orden ético; b. Reconocimiento del derecho como ciencia práctica; c. Reconocimiento del carácter funcional del ejercicio de los derechos subjetivos; d. El principio del resguardo de la buena fe; e. Reconocimiento de la función docente y ejemplar de la ley; f. Reconocimiento de la costumbre como fuente de derecho; g. Reconocimiento del principio de inviolabilidad de la vida humana desde el momento de la concepción; h. Reconocimiento del derecho natural y derogación del impedimento matrimonial de lepra; i. El principio de realismo pragmático de la reforma; j. La primacía de la equidad (10). Resulta indudable cómo el nuevo CCC ha dado continuidad a principios que introdujo la ley 17.711 y que estaban imbuidos de una filosofía respetuosa de lo justo. Más aún, en las nuevas normas de derecho de familia es donde se advierten los mayores cambios y rupturas con el sistema anterior, en un cambio que debilita los vínculos familiares y otorga mayor relevancia a la autonomía individual.

En síntesis, es indudable una mejora metodológica en la organización y disposición del Título Preliminar; se advierte un cambio importante en su sentido y alcance; se deja abierta la cuestión del enfoque jurídico subyacente, pudiendo afirmarse que no se adscribe a un enfoque positivista y puede resultar compatible en algunos puntos con la perspectiva iusnaturalista; y no resulta justo señalar una ruptura con el sistema anterior en este punto.

III. Distinción entre derecho y ley

Dentro del título preliminar, el primer capítulo está dedicado al "Derecho". Se trata de una deliberada opción de distinción entre derecho y ley que realiza el código y que apunta a señalar que el concepto de derecho es más amplio que el de ley, aunque remarcando que la ley es la principal fuente del derecho (11). Recordemos que el título preliminar del Código de Vélez se titulaba "De las leyes". En los fundamentos del Anteproyecto leemos: "cabe distinguir entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores". En esta línea, se afirma que el nuevo Código apunta a un "diálogo de fuentes", afirmándose que "la estructura de fuentes no debe leerse en forma secuencial y segmentada, sino con un criterio que presupone su integración sinérgica", ya que "se busca trascender la lógica de las antinomias

y de la nulificación para llegar a concebir el ordenamiento con una coherencia derivada y restaurada desde una perspectiva funcional" (12).

Al respecto, compartimos la importancia de la distinción entre derecho y ley. Subsiste, sin embargo, la ardua cuestión de qué se entiende por "derecho" y que se vincula con lo que hemos dicho en el apartado anterior sobre los alcances del Título Preliminar. En efecto, si el derecho es meramente un "sistema" cuya característica es que se apela a una pluralidad de fuentes, sin mayores explicaciones, podemos caer en un positivismo de tipo constitucional o supra-legal, o en un constructivismo. Limodio observa que el término "sistema" al que aluden los Fundamentos del Proyecto también se vincula con el racionalismo jurídico de los siglos XVII y XVIII y alcanza su punto más importante con el modelo codificador del Siglo XIX (13).

Nosotros creemos que el derecho es lo justo y en tal sentido puede entenderse como algo "más amplio" que la ley. De alguna manera subyace en este punto la problemática planteada en la filosofía jurídica a partir de la crisis del iuspositivismo. En efecto, como han estudiado autores como Massini Correas y Vigo, las teorías iusfilosóficas hoy pueden ser clasificadas en "positivistas" y "transpositivistas", incluyendo entre estas últimas a las que aceptan la existencia de al menos un principio jurídico no positivo. Las "transpositivistas" a su vez se dividen en teorías "constructivistas" y "iusnaturalistas en sentido estricto". En la raíz de esta distinción se encuentra que los "constructivistas" no necesariamente se identifican como "iusnaturalistas", sino que procuran una pretendida postura "intermedia", que busca "...establecer cierta instancia de objetividad ético-jurídica, sin que sea necesario para ello aceptar una concepción estrictamente cognitivista, y por ende veritativa, de la eticidad" (14). De alguna manera, estas convergencias en la superación del positivismo, pero divergencias en torno a los principios que se encuentran por encima de la simple ley positiva, son las que subyacen en esta cuestión. De allí que valoremos que el CCC se incline por una clara y metodológica distinción entre derecho y ley (15), y señalamos que entendemos que tal postura debe necesariamente recurrir a fundamentos fuertes de justicia en torno a los principios indisponibles que surgen del derecho natural, pues de otra manera una visión puramente constructivista no alcanza a dar fundamento sólido y objetivo a la respuesta.

IV. Los "casos" que rige el Código

El artículo 1º comienza afirmando que el Código rige para ciertos "casos". Podemos encontrar un antecedente en el artículo I del Título Preliminar del Código de Comercio que comienza así: "I. En los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil".

Lorenzetti aclara que "el caso es contemplado como un supuesto de hecho de la norma, es decir, que todo el sistema de Derecho Privado regula casos, controversias y no meras declaraciones abstractas... Ello debe ser distinguido de caso como requisito de procedencia de la acción judicial, caracterizado por la necesidad de un interés específico, diferenciado y no meramente genérico" (16).

Por nuestra parte, advertimos que la forma de definir "caso" propuesta por el jurista que presidiera la comisión Redactora del Anteproyecto incurre en una visión "normativista" del derecho, lo que contradice la opción deliberadamente adoptada de distinguir entre derecho y ley. De hecho Lorenzetti afirma: "la actividad del jurista consiste en solucionar conflictos. Desde este punto de vista las fuentes 'son criterios a los que se recurre en el proceso de creación normativo en búsqueda de objetividad'" (17). Entendemos que la objetividad viene dada por la realidad de las cosas y el respeto al dar a cada uno lo justo.

Para Garay, "la afirmación que dice que "[l]os casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables", parece auto-contradictoria. Pues afirmar que un caso está regido por el Código implica que se va a resolver por las normas del Código. Si se dice que el caso se va a resolver por "las leyes que resulten aplicables" se afirma que serán éstas y no las disposiciones del Código las que dirimirán el asunto. Es evidente entonces que ambas expresiones no pueden co-existir en la misma oración o formulación normativa. En conclusión, es de esperar que en la práctica de la profesión, las deficiencias apuntadas no tengan más consecuencias que la confusión inicial a la que el texto comentado induce al lector" (18).

V. Las fuentes del derecho

El artículo 1 CCC lleva el acápite de "Fuentes y aplicación". La cuestión de las "fuentes" del derecho es compleja y ha sufrido una profunda transformación en los últimos años, sobre todo luego de la reforma constitucional de 1994.

La perspectiva clásica del derecho privado entiende por "fuentes del derecho al conjunto de preceptos obligatorios de los cuales habrán de surgir derechos y obligaciones para las personas" (19). Llambías consideraba más exacta la expresión "medios de expresión del derecho" y lo vinculaba a los medios por los cuales se expresa o se constituye el derecho positivo, aclarando que entendía por ese derecho positivo "la interpretación del derecho natural influida por las condiciones del medio social, las posibilidades de la coacción y la preocupación de consolidar el orden establecido" (20).

En este marco, en derecho privado es habitual la distinción entre fuentes formales y fuentes materiales, siendo las primeras las que tienen un carácter vinculante, mientras que las fuentes materiales son aquellas que carecen de obligatoriedad pero que tienen valor por la fuerza de persuasión que encierran (21). Las fuentes formales son la ley (en un sentido material), la costumbre y la jurisprudencia plenaria (22). Por su parte, las fuentes materiales son la jurisprudencia en general, la doctrina, el derecho comparado, la equidad y los principios jurídicos.

Ahora bien, como se constata a lo largo de este trabajo, la cuestión de las fuentes se desborda y torna muy compleja, por la crisis del modelo basado puramente en la ley, con la crisis del positivismo y la relevancia dada a la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos y, por sobre ella, a los principios jurídicos fundamentales. Respecto a los principios, y en continuidad con otros debates que estamos resaltando en este trabajo, es oportuno mencionar la reflexión de Limodio quien entiende que "el reconocimiento de los principios supone ampliar notablemente el ámbito de las fuentes a dónde los juristas recurren cuando deben esclarecer los derechos de las partes, con la particularidad, insistamos, de que aquellos principios no deben su status de derecho a ninguna norma de incorporación o a ninguna decisión normativa (ni práctica judicial) o a ningún consenso, de forma que son derecho incluso si no están identificados como tal" (23).

VI. El artículo 1 y la distinción entre lo civil y lo comercial

Una cuestión adicional que corresponde analizar es que, tratándose de un Código Civil y Comercial, podría haberse esperado que el primer artículo tratara sobre el objeto del Código, es decir, sobre la materia civil y comercial. Ello podría haber ayudado a clarificar los alcances de la unificación y las distinciones entre lo comercial y lo civil. Recordemos que el art. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional establece como atribución del Congreso "dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados".

Rivera aborda el tema y considera "que el Código opta por la unificación legislativa, aunque ella es meramente parcial y se concreta básicamente en la teoría general de las obligaciones y los contratos y en la inclusión en el cuerpo del Código de algunos contratos típicos que serían considerados mercantiles (franquicia, fideicomiso, leasing, factoraje, la concesión, la agencia, los contratos asociativos, los contratos bancarios) e instituciones mercantiles como los títulos valores. Lo que se observa es que -como sucedía en el proyecto de 1998- la unificación se hace sin definir la materia mercantil, omitiéndose además la definición de comerciante, a la que desaparece la regulación de los agentes auxiliares del comercio y se suprime la noción de acto de comercio, que según algunos siempre ha estado en el centro de la definición del derecho mercantil" (24).

Arduino ha publicado un trabajo sobre las fuentes del derecho comercial en el nuevo Código Civil y Comercial unificado, resaltando que "la autonomía del denominado derecho comercial no puede verse comprometida por la adopción como criterio de técnica legislativa de un cuerpo único normativo que contempla al Código Civil y Comercial" y que "tal posibilidad metodológica es compatible con la manda constitucional que prevé que el Congreso debe dictar dichos códigos en cuerpo único o separado" (25).

Favier Daboís realiza un pormenorizado estudio de los contenidos del Derecho Comercial en el nuevo Código Civil y, luego de una ponderación de las fortalezas del nuevo Código, enuncia lo que considera deficiencias técnicas y de fondo. En lo que concierne a estos aspectos de fuentes y aplicación considera que "no aparecen claramente delimitados los presupuestos de aplicación de la ley comercial" (26). Junyent Bas también advierte que "no se ha puntualizado en el Título Preliminar o en la parte general qué debe entenderse por actividad mercantil y cuál es su alcance y contenido" (27).

En los comentarios publicados relativos a las "fuentes" parece primar la comparación entre el nuevo CCC y el anterior Código Civil, soslayando la problemática de las fuentes del Código comercial, como así también lo referido a la misma materia comercial. En este comentario sobre el artículo 1º queremos llamar la atención sobre este punto, que ciertamente podría haber sido uno de los contenidos del artículo inicial del Código unificado.

VII. El bloque de constitucionalidad y el derecho civil y comercial

El artículo 1º señala que la aplicación de la ley debe realizarse "conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte". Según los Fundamentos, esta disposición apunta, por un lado, a imponer "la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla". En otro sentido, detrás de esta frase puede verse la influencia de la llamada "constitucionalización del derecho privado", a la que explícitamente se refieren los fundamentos del Anteproyecto: "El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos

reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina".

Tobías, comentando este artículo 1º advierte que "entendido estrictamente, el precepto significaría que la Constitución y los tratados de derechos humanos en que la República sea parte, constituyen criterios para desentrañar el significado de las leyes que resulten aplicables. Pero es evidente que el significado de fuentes no tiene ese alcance (más propio de la hermenéutica): la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos son directamente operativos..." (28).

En lo que se puede considerar como uno de los más claros trabajos sobre la llamada "Constitucionalización del derecho privado", el prof. chileno Hernán Corral Talciani explica que la constitucionalización opera por tres vías: a) la vía reformadora, en virtud de la cual la Constitución opera como motor de cambio legislativo; b) la vía hermenéutica o de aplicación indirecta, de tal manera que la Constitución es el marco dentro del cual deben moverse los operadores del derecho privado al interpretar los textos legales (y que el nuevo CCC formula como interpretación "conforme a la Constitución"); c) la vía de la aplicación directa.

De alguna manera, estas tres vías han operado en el nuevo CCC y ello es indudable, como lo demuestra un estudio de la profesora Débora Ranieri (29). La misma jurista realiza un repaso de las normas los códigos civiles en derecho comparado y luego de considerar los casos de Italia, España, Francia, Uruguay, Chile, Perú, Colombia y México afirma que este breve recorrido "nos permite comprender la innovación que el proyecto de reforma introduce al colocar expresamente a la Constitución como fuente del derecho privado. Si bien su no mención en otros códigos no implica que tales ordenamientos jurídicos no hayan adoptado también la constitucionalización del derecho privado" (30).

Sin embargo, el proceso de "constitucionalización" no deja de plantear aspectos problemáticos y ambiguos.

Daniel Herrera aporta una sistematización de las ventajas que reconoce este proceso de constitucionalización: 1. Centralidad de la persona humana y su dignidad; 2. Rematerialización del derecho con la incorporación de los derechos fundamentales como contenido sustancial; 3. Rehabilitación de la dimensión práctica valorativa o axiológica; 4. Interpretación a partir de los principios; 5. La Constitución con sus principios y valores como fuente del derecho. Entre los riesgos señala: 1. Si no justificamos racionalmente los principios más allá de la propia Constitución, se corre el riesgo de sustituir el positivismo legalista por un positivismo constitucionalista; 2. La expansión del derecho constitucional puede significar que las otras ramas pierdan virtualidad jurídica; 3. El peligro de caer en un positivismo judicial mediante una interpretación "libre" de los derechos o principios contenidos en la Constitución; 4. La posible inseguridad jurídica de esa interpretación "libre"; 5. La pretensión de que el relativismo moral sea la única postura ética compatible con el actual pluralismo (31).

En el mismo sentido, Ranieri señala que "aunque algunos han considerado de manera optimista este modelo, en el sentido de valorarlo como una superación del positivismo o una cuasi-vuelta al iusnaturalismo, sin embargo, ha sido pasible de numerosas críticas y cuestionamientos respecto a la incidencia en la estructura del Estado de Derecho dado que la ley va cediendo protagonismo a la jurisprudencia y la sustitución del legislador por el juez genera un nuevo método jurídico que toma distancia de la racionalidad del derecho y de la seguridad jurídica al abrir la posibilidad de una mayor discrecionalidad del sentenciante" (32). Por su parte, Budano Roig cuestiona el constitucionalismo alentado en el CCC por las consecuencias que tuvo en la incorporación de normas que reflejan pautas culturales, sociales y morales ajenas a nuestra tradición jurídica y social (33).

Desde otra óptica, Garay comenta el art. 1 CCC y teme "que la imprecisión terminológica o la confusión conceptual a la que puede conducir la ambiciosa y vaga expresión "constitucionalización del derecho privado", no cure la enfermedad que se buscaba remediar y termine generando otro tipo de complicaciones. Porque, en un sentido, tengo la impresión que lo que a veces se propone o lo que, sin uno proponérselo, puede resultar, no es la constitucionalización del Derecho privado sino la privatización de la Constitución y de los Tratados, su trivialización, y su consecuencia inevitable, la posterior casación del Derecho común por parte de la Corte Suprema. Y esto escapa al plan constitucional" (34).

Garay procura una interpretación restringida de la llamada "constitucionalización del derecho privado": "Quizá lo que se quiere es significar que el art. 1º del nuevo código unificado, con su mención expresa de la Ley Fundamental y de los Tratados a que alude, ha reforzado la idea plasmada en el art. 31 de la Constitución Nacional y ha hecho explícita la necesidad de acudir a ese orden de prelación para los casos en que ello sea necesario (v.gr., los supuestos en que se ha puesto en cuestión la constitucionalidad o anti-convencionalidad de un precepto). De todos modos, referirse a ello como la constitucionalización del Derecho privado es sobredimensionar (y mucho) aquella prelación y puede inducir a engaño con respecto al vínculo teórico y

práctico que ciertas secciones o artículos de la Constitución Nacional y de esos Tratados pueden llegar a tener sobre partes específicas del resto del ordenamiento jurídico. Esto puede confundir al litigante y esa confusión es capaz de alimentar un aluvión de recursos que paralicen a, o desnaturalicen la función de la Corte Suprema" (35).

Otra crítica de Garay es que una constitucionalización que permita a la Corte Federal ingresar en todos los temas de derecho común vulneraría la propia organización federal en razón que "los superiores tribunales de Provincia son soberanos en la interpretación del derecho común (salvo los supuestos de arbitrariedad, que lesionan, por definición, una garantía constitucional)" (36).

En síntesis, se advierte la novedad que significa la mención explícita de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en el artículo 1º del CCC y las controversias que despierta la llamada "constitucionalización del derecho privado".

VIII. Los "otros" tratados como fuente del derecho civil y comercial

Un aspecto que se ha señalado respecto a la redacción del artículo 1º es la omisión de mencionar los restantes tratados de derecho internacional, ya sea público o privado. En la versión del Anteproyecto presentada por la Comisión y luego por el Poder Ejecutivo en el Senado, se afirmaba: "ARTÍCULO 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte".

Se advierte que la Comisión Bicameral del Congreso que dictaminó sobre el proyecto de ley agregó la exigencia de que la interpretación de la ley se haga conforme a los "tratados de derechos humanos". Tobías señala la "inconsistencia técnica" de esta modificación, en razón de que los tratados en que la República ha sido parte son fuente del derecho, con jerarquía superior a las leyes (37). Una posible explicación para tal opción es que se quiso resaltar el llamado "bloque de constitucionalidad" por sobre los demás tratados, en línea con la temática de la "constitucionalización del derecho privado".

En una lectura sistemática del CCC, la omisión del artículo 1º puede considerarse suplida parcialmente por lo dispuesto por el art. 2594 en lo que concierne al derecho internacional privado:

ARTÍCULO 2594.- Normas aplicables. Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

Por su parte, respecto a todos los otros tratados, resulta incuestionable que poseen una jerarquía superior a las leyes en el actual sistema jurídico. Por eso se ha dicho que "ha de entenderse que ha sido voluntad del legislador incluir todas las fuentes derivadas del Derecho Internacional Público a las que la Constitución Nacional hace referencia y, por ende jerarquiza, puesto que no cabe presumir incongruencia o falta de previsión" (38).

IX. La ley como fuente

En este primer capítulo dedicado al Derecho, la ley sobresale como la principal fuente del derecho y la más relevante. Así surge del artículo 1º y también del artículo 2do. que, como bien señaló Vigo, se ocupa de la interpretación de la ley (y no de la interpretación del derecho como podría haberse pensado a partir del título que lleva este capítulo del Título Preliminar) (39).

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

La importancia de la ley como fuente del derecho se puede advertir a lo largo de todo el nuevo CCC y surge de la propia Constitución Nacional. En este comentario nos remitimos a los tratados y manuales de derecho civil que hemos citado.

Una problemática señalada por Ranieri es que, en el marco de la constitucionalización del derecho privado se puede producir una potencial disolución de las tradiciones argumentativas y construcciones dogmáticas propias de los ordenamientos infraconstitucionales, generando al mismo tiempo un aumento desorbitado de las potestades de los jueces al poder prescindir de dichas construcciones en los casos concretos y poder aplicar aquellos estándares normativos ambiguos e indeterminados que suponen los derechos fundamentales" (40). Desde una filosofía jurídica distinta, Guibourg critica este debilitamiento de la ley cuando sostiene: "si la interpretación de la ley adquiere el margen de discrecionalidad que le confieren los derechos y principios constitucionales y convencionales, si la interpretación y la comparación de estos últimos dependen de las

decisiones judiciales, si estas decisiones (de las que se requiere una controvertible razonabilidad) y las opiniones de los autores se influyen recíprocamente todo el tiempo manteniendo, a la vez, su indeterminación y su pluralidad, todos los límites entre las fuentes del derecho se vuelven tan maleables y difusas como el derecho mismo" (41). No entraremos aquí en el debate entre positivismo y iusnaturalismo. Sólo cabe aclarar que una perspectiva iusnaturalista no necesariamente significa excluir o relegar a un segundo plano la importancia de la ley positiva (42). Igualmente, reconocer la importancia de la ley positiva tampoco supone que toda ley por el solo hecho de ser sancionada según los mecanismos constitucionales sea justa, lo que supondría una perspectiva positivista (43). La necesidad de coherencia entre ley natural y ley positiva emerge con fuerza en este tema.

X. La jurisprudencia y el cambio de redacción realizado por el legislador

Probablemente la más importante modificación que sufrió el artículo 1º que estamos comentando ocurrió durante el debate en el seno de la Comisión Bicameral del Congreso Nacional y consistió en reemplazar la expresión: "A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso", por la siguiente: "A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma".

En el dictamen emitido por la mayoría en la Comisión Bicameral, se sostuvo al respecto: "Se incorpora al artículo el criterio de interpretación concerniente a la finalidad de la norma como instituto que permite comprender a la voluntad del legislador, ausente en el texto remitido y que se considera central en materia de interpretación jurídica relacionado directamente con la intención del órgano creador de la ley. Por otra parte, se optó por suprimir del enunciado de criterios de interpretación al que en la versión de origen refiere a la "jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso", por entender que ésta importa un criterio vinculado al análisis del asunto judicial en cuestión en procura de la solución jurídica más adecuada que se fundamente en el antecedente judicial análogo, más que un criterio de interpretación directa de la disposición legal".

Nuevamente se advierte aquí la confusión entre las fuentes como origen del derecho en juego, de la cuestión de la interpretación de una disposición legal. Ciertamente, la jurisprudencia no es en nuestro sistema una fuente formal en el sentido de obligatoria, pero ello no quita que sea una fuente material.

Limodio se interroga si "el hecho de que en el tránsito del Anteproyecto al texto final de Código se haya modificado la inclusión de la jurisprudencia como fuente formal, y todos los tratados internacionales, para que solamente se mencionen los tratados sobre Derechos Humanos, más allá de un aparente retroceso, puede significar un límite al llamado 'activismo judicial'" (44).

Igualmente, detrás de estas tensiones en torno a las fuentes se advierte también un problema de tipo político, como queda en evidencia en los debates que se plantean entre la supremacía de la ley y la necesidad de su control por parte de los jueces en resguardo de principios superiores. Maino llama la atención sobre este problema, comparando el Estado de Derecho Legal, que redujo todas las fuentes de derecho a la ley, con el sistema del "rule of law", que es el producto de un lento proceso que generó un sistema jurídico-político complejo de tal forma que el parlamento inglés se constituyó no en un poder absoluto reemplazante del regio, sino en un órgano tutelar de los privilegios y libertades de los ingleses, sin que exista "en el parlamento una clara distinción entre la actividad judicial y la legislativa, siendo esta producto de la primera, al modo de un tribunal de justicia medieval. Por el contrario, en el caso del Estado de Derecho, en sus distintas variantes, estamos en presencia de un poder (Legislativo) que decide unilateralmente, cuya formulación es cerrada y concluyente, al modo de un sistema cerrado desentendido de los casos concretos" (45).

Con todo, creemos que el cambio evitó que se creara una discusión en torno a la jurisprudencia como fuente formal, dejando aclarado que entendemos que la jurisprudencia continúa siendo fuente material del derecho, con excepción de los casos de fallos plenarios en los que se erige en fuente formal.

En cuanto al agregado de que la ley se debe interpretar teniendo en cuenta la finalidad de la norma, se considera un agregado innecesario en tanto ya está enunciado como criterio en el art. 2 del mismo CCC (46).

XI. La costumbre como fuente

La parte final del artículo 1º se refiere a la costumbre como fuente del derecho: "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". En este breve comentario no abordaremos toda la temática de la costumbre como fuente del derecho. Quisiéramos señalar algunas particularidades del CCC en relación con el Código Civil y con el Código de Comercio derogados, como así también una perspectiva integral con relación al resto del articulado.

El art. 1 en este punto reconoce como antecedente el art. 17 del Código Civil anterior, que en la redacción posterior a la ley 17.711 disponía: "Art. 17. Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las

leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente". Por su parte, el artículo II del Título Preliminar del Código de Comercio disponía: "II. En las materias en que las convenciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto referirse a la costumbre, para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes", mientras que el artículo V establecía: "V. Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles" (47).

Tres artículos de la parte de contratos del CCC resultan importantes para complementar el artículo 1º sobre la costumbre como fuente. Nos referimos a los artículos 964, 970 y 1063:

ARTÍCULO 964.- Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con:

- a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;
- b) las normas supletorias;
- c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

ARTÍCULO 970.- Contratos nominados e innominados. Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por:

- a) la voluntad de las partes;
- b) las normas generales sobre contratos y obligaciones;
- c) los usos y prácticas del lugar de celebración;
- d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

ARTÍCULO 1063.- Significado de las palabras. Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato.

Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta.

También resulta relevante el art. 2651 en su inciso d) en tanto establece como fuente del derecho internacional privado: "los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato".

Los usos, las prácticas y las costumbres aparecen mencionados a lo largo de todo el articulado del nuevo CCC, como ocurre por ejemplo en el art. 263 sobre el silencio como manifestación de la voluntad (misma regla sienta luego el art. 979), en el art. 319 sobre el valor probatorio de los instrumentos particulares, en el art. 372 sobre la conducta del representante al realizar la gestión encomendada, en el 730 sobre la regulación de honorarios, en el 767 sobre intereses compensatorios, en el 887 sobre las obligaciones sujetas a plazo tácito como excepción al principio de la mora automática, en el art. 973 sobre la invitación a ofertar, en el art. 1006 sobre la determinación del objeto de un contrato por un tercero, en el art. 1088 sobre la resolución por cláusula resolutoria implícita, en el art. 1053 sobre defectos ocultos y la complejidad técnica requerida para conocer el defecto, entre muchos otros en todo el libro III y particularmente en los capítulos sobre contratos. Los usos y costumbres, en cambio, no aparecen mencionados en el libro sobre derechos reales o sucesiones y recién vuelven a ser mencionados en el capítulo sobre derecho internacional privado, con particular referencia a la forma y los contratos.

Realizando un balance inicial de los cambios que presenta el nuevo CCC en relación a los códigos derogados, podemos decir:

- a) se modifica la fórmula negativa del art. 17 CC ("no pueden crear derechos") por una forma positiva ("son vinculantes");
- b) como advierten Marisa Herrera y Gustavo Caramelo el nuevo Código amplía la noción incluyendo no sólo los "usos y costumbres" sino también las "prácticas" (48);
- c) se reitera el carácter de fuente de la costumbre cuando la ley se refiere a ella, o bien en situaciones no regladas legalmente;

d) se agrega la posibilidad de que "los interesados" se refieran a la costumbre, lo que amplía la posibilidad de acción de esta fuente del derecho de tanta relevancia sobre todo en el derecho comercial;

e) se agrega la condición de que la costumbre no sea "contraria a derecho", en lo que constituye una fórmula de una amplitud mayor a la mera oposición a la ley;

f) la norma del art. II del Título Preliminar del Código de Comercio se recoge, con variaciones, en los arts. 964 y 970 CCC referidos a la integración del contrato y los contratos innominados, mientras que el anterior art. V del Título Preliminar del mismo Código se recepta ahora en el art. 1063 CCC sobre reglas de interpretación de los contratos.

XII. Las otras fuentes

El acápite del artículo 1º se refiere a "fuentes y aplicación". Al respecto, siguiendo la tradicional distinción entre fuentes formales y materiales, podemos hacer algunas breves consideraciones sobre algunas de las otras fuentes.

Vigo formula una incisiva reflexión sobre la importancia de la equidad como fuente del derecho, no mencionada en este artículo 1º. Al respecto, propone la fórmula acuñada por la Corte Nacional cuando sostiene que los jueces "derivan razonadamente de todo el derecho la solución equitativa para el caso" (cfr. Fallos: 271-130; 288-373; 281-202; 296-356; 300-349; 301-1089; 305-1945 y 204; 306-1658; 308-956; 311-2223; etc)... Más allá de esas referencias, el silencio del proyecto respecto a la equidad supone un alejamiento de un recurso conceptual fuertemente consolidado y de una enorme tradición que viene del derecho romano" (49).

Jorge e Ignacio Alterini llaman la atención sobre la eliminación de la expresión "las circunstancias del caso" en los artículos 1 y 2, aunque advierten que esa frase aparece en numerosas ocasiones en el articulado, al igual que la exigencia de la "equidad" (50).

En el plano del derecho comercial deben considerarse las problemáticas vinculadas con la *lex mercatoria* y las normas de soft law, aunque ello excede los alcances de este trabajo (51).

Finalmente, Jorge Alterini ha escrito un interesante trabajo sobre la doctrina como fuente, en el que concluye que "la doctrina no es una fuente del Derecho vinculante, pero traza rumbos profundos si expresa ciencia y tiene autoridad" (52). Desde ya, tal reconocimiento de su carácter de "fuente" material, no significa que se la debía incluir en la enumeración del nuevo Código Civil y Comercial.

XIII. Reflexión final

A lo largo de este trabajo, hemos advertido cómo el Título Preliminar y el artículo 1º del nuevo Código Civil y Comercial abren un debate intenso sobre el proceso de cambio operados en el derecho privado y que se vinculan con el pasaje del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional (53). Al respecto, la adopción de un Título Preliminar entendido como "núcleo de significaciones" y la explícita referencia a la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos suponen el reconocimiento de principios superiores al ordenamiento legal. Ello puede resultar compatible con la filosofía jurídica iusnaturalista, aunque subsiste el riesgo de una aproximación constructivista o consensualista que termine negando algún aspecto de esos principios fundamentales que constituyen el derecho natural. La experiencia vivida en Argentina en los últimos años en temáticas vinculadas con la persona humana y la familia ha puesto en evidencia la necesidad de una coherencia entre derecho natural, derecho positivo y aplicación judicial. Es la perenne búsqueda de lo justo, de dar a cada uno lo suyo.

(1) El artículo 1º del Anteproyecto de Código Civil y Comercial fue objeto de modificaciones en el dictamen final de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos civil y Comercial de la Nación. El texto original del Anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora y que elevó el Poder Ejecutivo al Senado afirmaba: "ARTÍCULO 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. 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".

(2) LIMODIO, Gabriel, "El Título Preliminar del Código Civil y Comercial como núcleo de significaciones", *Prudentia Iuris*, nro. 81, 2016, p. 23.

(3) RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, "Título Preliminar", en *Código Civil Código Civil y Comercial de la Nación*. J.C. RIVERA, G. MEDINA (Directores), M. ESPER (Coordinador), Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 34.

- (4) GUIBOURG, Ricardo A., "El sincero ocaso del derecho", LA LEY 14/08/2015, 1, AR/DOC/2309/2015.
- (5) LIMODIO, Gabriel, "El Título Preliminar del Código Civil y Comercial como núcleo de significaciones", Prudentia Iuris, nro. 81, 2016, p. 23.
- (6) LIMODIO, Gabriel, "Principios de Derecho Privado: introducción", en Limodio, Gabriel (editor), Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, EDUCA, 2016, p. 166.
- (7) LIMODIO, Gabriel, "El Título Preliminar del Código Civil y Comercial como núcleo de significaciones", Prudentia Iuris, nro. 81, 2016, p. 29.
- (8) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando José D., "Nuevo Código Civil y Comercial. El método. El título preliminar", inédito, clase dictada en el marco de una Diplomatura de la Universidad Austral.
- (9) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, "El talento de Guillermo A. Borda y los principios vertebrales de la Reforma al Código Civil argentino", Sup. Act. 20/05/2008, 1, AR/DOC/1366/2008.
- (10) Idem.
- (11) Vigo advierte que "en el capítulo supuestamente dedicado al derecho termina hablándose solo de la ley y su interpretación": VIGO, R. (2012). Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar>.
- (12) ARBALLO, Gustavo, "Comentarios al Título Preliminar del Código Civil y Comercial", en Código Civil y Comercial. Cuadernillos de Análisis Revista "Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa", Centro de Capacitación Judicial de la Provincia de La Pampa, Fascículo 1, 2015, p. 20.
- (13) LIMODIO, Gabriel, "Principios de Derecho Privado: introducción", en Limodio, Gabriel (editor), Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, EDUCA, 2016, p. 94.
- (14) MASSINI CORREAS, CARLOS I., Filosofía del Derecho. Tomo I: El derecho, los derechos humanos y el derecho natural, Buenos Aires, LexisNexis Argentina, 2da. ed., 2005, p. 222. Mientras que Massini Correas denomina "transpositivistas" a las teorías que sostienen la existencia de al menos un principio suprapositivo, Rodolfo Vigo las identifica como "no positivistas" (VIGO, Rodolfo, "Iusnaturalismo vs. Iuspositivismo (un alegato iusnaturalista)", en Prudentia Iuris, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, nro. 62/63, 2007, p. 49).
- (15) Igualmente, en un análisis de la coherencia interna del nuevo CCC, no podemos dejar de señalar que algunas de las disposiciones del mismo Código, que es una ley, resultan contrarias al derecho entendido como la misma cosa justa a partir de las exigencias que surgen del derecho natural. Por ejemplo, en la regulación propuesta en materia de matrimonio o en la admisión de las técnicas de fecundación artificial encontramos algunas propuestas que son contrarias a los principios fundamentales del derecho natural.
- (16) LORENZETTI, Ricardo Luis, Comentario al art. 1, en Código Civil y Comercial Comentado, Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, p. 27.
- (17) LORENZETTI, Ricardo Luis, Comentario al art. 1, en Código Civil y Comercial Comentado, Lorenzetti, Ricardo Luis (Director), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, T. I, p. 28.
- (18) Garay, Alberto F., "El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados", RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 25, AR/DOC/2485/2015.
- (19) BUDANO ROIG, Antonio R., Lecciones de Derecho Civil. Parte General, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2016, p. 65.
- (20) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Parte General, Buenos Aires, Editorial Perrot, 13ra. Edición, actualizada por Patricio Raffo Benegas, 1989, p. 49.
- (21) BUDANO ROIG, Antonio R., Lecciones de Derecho Civil. Parte General, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2016, p. 68.
- (22) No tocamos aquí la cuestión de las proyecciones del CCC sobre el derecho laboral. Salvando las diferencias iusfilosóficas, ver respecto a este tema Guibourg, Ricardo A., "El proyecto de Código y las fuentes del Derecho del Trabajo", DT2013 (marzo), 451, AR/DOC/606/2013 (quien considera que el más importante de los agregados que realiza el derecho del trabajo en sus fuentes es el de los convenios colectivos de trabajo y reitera sus críticas a la visión del derecho principialista y neoconstitucionalista, afirmando que los contenidos del derecho en general están pasando a manos de los jueces, con la dispersión de criterios que eso implica).
- (23) LIMODIO, Gabriel, "Principios de Derecho Privado: introducción", en Limodio, Gabriel (editor),

Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, EDUCA, 2016, p. 97.

(24) RIVERA, Julio César, Código Civil y Comercial de la Nación. J.C. RIVERA, G. MEDINA (Directores), M. ESPER (Coordinador), Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 28.

(25) ARDUINO, Augusto H. L., "El Código Civil y Comercial: proyecciones sobre la autonomía y las fuentes del derecho comercial", RCCyC 2016 (mayo), 05/05/2016, 117, AR/DOC/1322/2016.

(26) FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., "La "autonomía" y los contenidos del Derecho Comercial a partir del nuevo código unificado", LA LEY, 2015-A, 756, AR/DOC/4719/2014

(27) JUNYENT BAS, Francisco, "La incorporación de la materia comercial en el Proyecto de Código Único. A propósito de la ausencia de una caracterización de la actividad mercantil", El Derecho, Tomo 249, 2012, p. 526.

(28) TOBÍAS, José W., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, J.H. ALTERINI, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. I, ps. 2-3.

(29) RANIERI DE CECHINI, Débora, "El neoconstitucionalismo en la reforma del CCyCom.: el protagonismo del juez en el Estado de derecho y el problema del método de ponderación", Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, nro. 1, 2013,155-219, p. 175.

(30) RANIERI DE CECHINI, Débora, "El neoconstitucionalismo en la reforma del CCyCom.: el protagonismo del juez en el Estado de derecho y el problema del método de ponderación", Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, nro. 1, 2013,155-219, p. 175.

(31) HERRERA, D. A. (2012). Algunas reflexiones sobre los fundamentos del Código [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en:<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar>.

(32) RANIERI DE CECHINI, Débora, "El neoconstitucionalismo en la reforma del CCyCom.: el protagonismo del juez en el Estado de derecho y el problema del método de ponderación", Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, nro. 1, 2013,155-219, p. 156.

(33) BUDANO ROIG, Antonio R., Lecciones de Derecho Civil. Parte General, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2016, p. 50.

(34) GARAY, Alberto F., "El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados", RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 25, AR/DOC/2485/2015.

(35) GARAY, Alberto F., "El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados", RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 25, AR/DOC/2485/2015.

(36) GARAY, Alberto F., "El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados", RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 25, AR/DOC/2485/2015.

(37) TOBÍAS, José W., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, J.H. ALTERINI, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. I, p. 4.

(38) NÓVILE, Susana, "El art. 1º del Código Civil y Comercial y las fuentes del derecho internacional público. Posible responsabilidad del Estado", LA LEY, 2015-C, 1325, AR/DOC/1875/2015.

(39) VIGO, R. (2012). Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en:<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar>.

(40) RANIERI DE CECHINI, Débora, "El neoconstitucionalismo en la reforma del CCyCom.: el protagonismo del juez en el Estado de derecho y el problema del método de ponderación", Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, nro. 1, 2013,155-219, p. 207. En este punto, Ranieri sigue a R. Correa.

(41) GUIBOURG, Ricardo A., "El sincero ocaso del derecho", LA LEY, 14/08/2015, 1, AR/DOC/2309/2015.

(42) Es el problema que los filósofos del derecho llaman "la paradoja de la irrelevancia". Ver al respecto MASSINI CORREAS, Carlos I., "La paradoja de la irrelevancia y la obligatoriedad del derecho. La respuesta anticipada de Tomás de Aquino", en AA.VV., Derecho Natural y Iusnaturalismos. VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho, Lima, Palestra, 2014, p. 357-368.

(43) Sostiene Jorge H. Alterini, comentando los supuestos de aplicación del art. 16 CC: "Pienso que una ley inequívocamente "injusta" es una ley "insuficiente" y de allí que ante esa injusticia deba intentarse remediarla por el juego de las alternativas que aporta el antes reproducido art. 16 del Código argentino, las que, como vimos con las palabras de Portalis, quedaron implícitas en la codificación francesa" (ALTERINI, Jorge Horacio, "Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho", LA LEY, 2014-C, 1012 - Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 03/06/2014, AR/DOC/1361/2014).

(44) LIMODIO, Gabriel, "El Título Preliminar del Código Civil y Comercial como núcleo de significaciones", Prudentia Iuris, nro. 81, 2016, p. 29.

(45) MAINO, C. A. G. (2014). "¿Gobierno de los jueces o gobierno de las instituciones?: pervivencia del rule of law en épocas neoconstitucionales" [en línea], Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 2. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar>.

(46) TOBÍAS, José W., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, J.H. ALTERINI, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. I, p. 5.

(47) Sobre el tema de la costumbre en materia civil y comercial ver MÁRQUEZ, José Fernando; CALDERÓN, Maximiliano Rafael, "La costumbre: su relevancia jurídica y recepción en el derecho privado argentino", LA LEY, 2011-C, 913, AR/DOC/1275/2011.

(48) HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Herrera, Marisa,- Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián,, 1ª ed., Buenos Aires, 2015, Edit. Infojus, t. 1p. 12.

(49) VIGO, R. (2012). Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en:<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar>.

(50) ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio, en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, J.H. ALTERINI, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. I, ps. 11-12.

(51) ALEGRIA, Héctor, "El Derecho Privado hoy y la innovación jurídica", LA LEY, 2013-C, 1020, AR/DOC/2014/2013.

(52) ALTERINI, Jorge Horacio, "La doctrina como fuente del Derecho", Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 31/05/2012, 1 - LA LEY, 2012-C, 1166, AR/DOC/1563/2012.

(53) Ver HERRERA, D. A. (2014). Del estado de derecho liberal moderno al estado constitucional de derecho actual [en línea], Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional, 2. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar>.

Información Relacionada

Voces:

LEY ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ INTERPRETACION ~ FUENTES DEL DERECHO ~ USOS Y COSTUMBRES ~ DERECHO ~ TRATADO INTERNACIONAL ~ DERECHO COMERCIAL ~ DERECHO CIVIL ~ JURISPRUDENCIA