
Artículos

El sistema de fuentes y la interpretación en el Código Civil y Comercial de la Nación, desde una perspectiva constitucional

Elisabeth I. Berra*

Resumen

En este trabajo se analiza el sistema de fuentes que expresamente consagra el Código Civil y Comercial de la Nación, a la luz de la perspectiva constitucional – convencional. En efecto, se sostiene que los instrumentos de derechos humanos, con jerarquía constitucional desde 1994, han obligado a revisar y *aggiornar* todo el plexo normativo infraconstitucional, por lo que el Código Civil y Comercial de la Nación introduce un modelo interpretativo conteste con el permanente diálogo que debe imperar entre el derecho constitucional y el derecho privado.

Palabras clave: Interpretación en el Código Civil y Comercial de la Nación – Constitucionalización del derecho privado – Interpretación constitucional del Código Civil y Comercial de la Nación – Bloque de Constitucionalidad Federal – Control de convencionalidad.

* Abogada (UBA), Docente de Derecho Constitucional (UBA – UP – UCES). Docente de Derecho Ambiental (UP).

I. Preliminares.

A propósito de la “constitucionalización del derecho privado”

A poco de comenzados los trabajos preparatorios del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación proliferaron los estudios doctrinarios tendientes a analizar lo que se denominó “la constitucionalización del derecho privado”.

En los propios fundamentos del Anteproyecto se menciona ese título para hacer referencia a que: *“La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar 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”*.¹

Es que el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) vigente, consagra expresamente un sistema de fuentes diferente al que contemplaba el antiguo Código Civil (CC). No puede soslayarse la necesidad de “actualizar” un código decimonónico como lo era el de Vélez Sarsfield, aggiornando las instituciones civiles a los principios de la reforma constitucional de 1994. Ello de conformidad con el principio de supremacía constitucional plasmado en el artículo 31 de la Constitución Nacional (CN), que se proyecta sobre todo el sistema jurídico. La Ley Suprema reformada conforma el “techo ideológico” al que debe subordinarse la totalidad del ordenamiento normativo.²

De ahí que la constitucionalización del derecho privado no implica otra cosa que la interpretación y aplicación de la legislación civil de conformidad con el bloque de constitucionalidad federal (BCF), lo cual es una derivación lógica del principio de supremacía constitucional imperativo en nuestro sistema desde la Constitución histórica de 1853/60, y del artículo 75 inciso 22 introducido por la reforma de 1994.

Sin perjuicio de lo expuesto, no puede omitirse que la última reforma constitucional viene profundizar el diálogo permanente que debe imperar entre el derecho constitucional y el derecho privado.

A lo que debe adicionarse el camino trazado por el derecho internacional de los derechos humanos. En este marco, cabe recordar que la ley civil nace en un contexto jurídico considerablemente distinto al actual donde el derecho internacional sólo

¹ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto N° 191/2011, pp.441.

² DALLA VÍA, Alberto R., “Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial”, LL 2014-B, pp.913.

era aplicable si el derecho doméstico así lo permitía. En nuestro sistema interno, el cambio de paradigma se evidencia con la reforma de 1994 que produjo una mayor discrepancia entre el derecho público y el privado. Ésta se vio fuertemente reflejada en el Código Civil que mantuvo, en la mayoría de sus instituciones, una estructura más cercana al dualismo que a la noción monista del derecho.³

Siguiendo esta línea argumentativa es importante mencionar, que en el año 1984 cuando Argentina ratifica la Convención Americana de Derechos Humanos⁴ (CADH) comienza un proceso de transformación del sistema de fuentes del derecho argentino. Ello por cuanto, desde entonces el Estado se obligó –entre otros aspectos- a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, así como a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna (artículo 1º.1 CADH). También asumió el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2º CADH). Por otra parte, aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) comprometiéndose a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que fuera parte (artículo 68 CADH).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia (CSJN) tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la jerarquía normativa de la CADH en el sistema jurídico interno, en el fallo “*Ekmekdjian*”⁵ que constituye el antecedente inmediato de la reforma constitucional de 1994. En esta ocasión consideró que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados⁶ que otorga primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno, había alterado el ordenamiento jurídico argentino por lo que correspondía dejar de lado la postura que hasta ese entonces aplicaba, según la cual no había fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley, dado que ese sostén justamente es el artículo 27 de la Convención de Viena.⁷ Este pronunciamiento es sumamente relevante en tanto finaliza una etapa de contradicciones en la jurisprudencia argentina.⁸

³ LOIANNO, Adelina, “La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, AA.VV., *Cuestiones procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Necesidad de armonizar y unificar las reglas técnicas*, Director: Osvaldo A. GOZAINI, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2018, pp. 1-2.

⁴ Aprobada por Ley N° 23.054, publicada en B.O. del 27/03/1984.

⁵ CSJN, Fallos 315:1492, “*Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*”, (1992).

⁶ Aprobada por Ley N° 19.865, publicada en el B.O. del 11/01/1973.

⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 27.- “*El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)*”.

⁸ CSJN, Fallos 211:162, “*Merck Química Argentina c/ Nación Argentina*”, (1948); Fallos 257:99, “*Martín y Cía. Ltda. S.A. c/ Administración Gral. de Puertos*”, (1963); Fallos 271:7, “*Esso S.A. Petrolera Argentina c/ Gobierno Nacional*”, (1968); entre otros.

No obstante, persistían los interrogantes acerca a la relación jerárquica existente entre la CADH y la CN. Así, el Máximo Tribunal argentino en autos “*Fibraca*”⁹ enfatizó que en virtud de lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena se le debía asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna. De lo que se seguía –a su criterio- que la CADH tenía jerarquía superior a las leyes, pero no a la CN, lo que encontraba fundamento en una interpretación armónica de los artículos 27 y 31 de la CN de donde surge que la Constitución prevalece sobre todo el orden jurídico interno.

La reforma a la Constitución argentina de 1994 vino a despejar las dudas suscitadas en torno al vínculo jerárquico entre los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la Constitución. Así, el art. 75 inc. 22 de la CN dispuso como regla general que los tratados tienen rango supralegal, y como excepción reconoce jerarquía constitucional a la CADH y diez instrumentos internacionales de protección de derechos humanos¹⁰ –más un mecanismo que permite incorporar nuevos tratados y convenciones sobre derechos humanos-.¹¹

Ahora bien, el citado dispositivo constitucional prescribe que dichos instrumentos internacionales “(...) en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...)”. Esta fórmula de redacción ha dado lugar a diversas teorías interpretativas, una exégesis literal permitiría afirmar que ante un supuesto de oposición entre la CADH y la primera parte de la Constitución, triunfa esta última; pero si el conflicto es con la segunda parte, el Pacto saldría airoso.¹²

En esta misma línea de pensamiento, se ha apuntado que los tratados no deben derogar cláusula alguna de la primera parte de la CN pero atento a que

⁹ CSJN, Fallos 316:1669, “*Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*”, (1993).

¹⁰ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹¹ Actualmente son catorce los instrumentos que gozan del máximo rango normativo, ya que se incorporaron con posterioridad los siguientes: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Ley N° 24.820, publicada en el B.O. del 29/05/1997); Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Ley N° 25.778, publicada en el B.O. del 03/09/2003); y Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley N° 27.044, publicada en el B.O. del 22/12/2014).

¹² SAGÜÉS, Néstor P., “Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano”, LL 2010-D, pp.1245.

fácticamente es posible, en esta hipótesis prevalecerán las disposiciones de la Constitución y los tribunales deben ejercer el control *de constitucionalidad sobre el contenido de los tratados*.¹³

Frente a estas posturas, se ha replicado que la Constitución, en su totalidad, más los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional conforman el BCF, que posee idéntica supremacía respecto del derecho infraconstitucional.¹⁴ La jurisprudencia no ha sido en lo absoluto refractaria a este criterio, en efecto en los casos “*Monges*”¹⁵ y “*Chocobar*”¹⁶ la CSJN puntualizó que la expresión “*no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*” contenida en el inciso 22 del art. 75 de la CN, da cuenta que los constituyentes llevaron a cabo un juicio de comprobación donde luego de haber cotejado los tratados y los artículos constitucionales, verificaron que no se produce derogación alguna, *test* que no pueden desconocer ni contradecir por los poderes constituidos.

En este contexto, nace como una creación pretoriana de la Corte IDH la doctrina del control de convencionalidad a través de la cual este tribunal internacional asume expresamente su rol de intérprete final de la Convención, entre otros instrumentos del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos.

En definitiva, lo que se pone en evidencia es un manifiesto cambio de paradigma. Tiempo atrás el modelo clásico entendía que las normas constitucionales eran el parámetro para que los tribunales locales desarrollaran el control de constitucionalidad. Sin embargo, la internacionalización de los derechos humanos y el desarrollo que han alcanzado los tribunales supranacionales viene a modificar este criterio. Lo que en el caso argentino se presenta de manera categórica a partir de la reforma constitucional de 1994.

Es que tal como con excelente lineamiento se ha afirmado: “*La integración de bloques de constitucionalidad con normas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos para actuar, junto a las normas constitucionales, como normas básicas de referencia, nos lleva al problema de las normas interconectadas. Ya no son las instancias locales las que tienen la última palabra, (...). Las normas interconectadas lo son también a intérpretes finales en sedes supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que utilizan sus propios*

¹³ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, t. II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, pp.225.

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995, pp.345.

¹⁵ CSJN, Fallos 319:3148, “*Monges, Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires*”, (1996).

¹⁶ CSJN, Fallos 319:3241, “*Chocobar, Sixto C. c/ Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y Servicios Públicos*”, (1996).

parámetros de legalidad primaria (...)”¹⁷

En atención al orden de prelación de las fuentes del derecho, este cambio de paradigma ha sido reflejado en la totalidad del sistema jurídico argentino. En el presente, me propongo abordar cómo fue receptada la doctrina del control de convencionalidad por la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Para lo cual, previamente se torna indispensable determinar el alcance del control de convencionalidad.

Sentado ello, analizaré los términos en los que fue receptado en el CCyCN sin perder de vista que independientemente de que las disposiciones fueran incluidas de manera expresa, lo cierto es que la normativa civil siempre estuvo subordinada al principio de supremacía constitucional, y a partir de 1994 a los tratados internacionales en materia de derechos humanos que comparten la máxima jerarquía normativa con la Constitución Nacional.

II. La convencionalidad y su recepción por el sistema jurídico argentino

1. La doctrina del control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

18 Tal como apuntaba el control de convencionalidad ha sido creado de manera pretoriana por la Corte IDH, si bien puede encontrarse una primera aproximación en el voto del Juez García Ramírez en las sentencias “*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*”¹⁸ y “*Tibi*”;¹⁹ lo cierto es que surge, a nivel del pleno del Tribunal, en el caso “*Almonacid Arellano*”.²⁰

En dicha oportunidad subrayó; “(...) 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, (...). En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican 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 última de la Convención Americana” (Párrafo 124).

Inmediatamente después, apuntó que el control de convencionalidad tiene

¹⁷ PIZZOLO, Calogero, “El problema de las normas interconectadas: Una visión desde la Convención Interamericana de Derechos Humanos”, *LL UNLP* 2013-43, pp.115.

¹⁸ Corte IDH, “*Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*”. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

¹⁹ Corte IDH, “*Caso Tibi Vs. Ecuador*”. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

²⁰ Corte IDH, “*Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*”. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

fundamento en el principio de buena fe que rige en el derecho internacional (Párrafo 125). Ello por cuanto, de conformidad con la Convención de Viena los Estados deben cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la CADH y no podrán invocar disposiciones de derecho interno como justificativo para el incumplimiento de las mismas.²¹

Con posterioridad continuó desarrollando el concepto de control de convencionalidad; en el fallo “*Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*”,²² manifestando en esa oportunidad que los órganos del Poder Judicial deben realizar no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la CADH (Párrafo 128). Este criterio jurisprudencial ha sido consolidado en diversos pronunciamientos.²³

Por su parte, a través del caso “*Cabrera García y Montiel Flores*”²⁴ ha efectuado algunas precisiones sobre los órganos internos que deben ejercer el test de convencionalidad, al afirmar que se encuentran obligados en tal sentido “*los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*”.

Sin perjuicio de ello, en “*Gelman vs. Uruguay*”²⁵ amplió de manera significativa la nómina de sujetos encargados de ejercer el control de convencionalidad, al destacar que: “*(...) la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*” (Párrafo 239).

A esta misma dirección apunta la línea jurisprudencial sentada en “*Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*”²⁶ donde

²¹ Corte IDH, “*Caso Boyce y otros Vs. Barbados*”. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

²² Corte IDH, “*Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*”. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

²³ Corte IDH, “*Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*”. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186; “*Caso Radilla Pacheco Vs. México*”. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209; “*Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México*”. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215; “*Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*”. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216; “*Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*”. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276; entre otros.

²⁴ Corte IDH, “*Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*”. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.

²⁵ Corte IDH, “*Caso Gelman Vs. Uruguay*”. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221.

²⁶ Corte IDH, “*Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*”. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

resaltó que *“todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad”* (Párrafo 497). También en la sentencia dictada en *“Rochac Hernández y otros vs. El Salvador”*²⁷ al destacar que *“Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto (...)”* (Párrafo 213).

En lo que respecta a los instrumentos que deben ser utilizados de parámetro para realizar el control de convencionalidad corresponde mencionar que, de conformidad con los estándares que surgen de los casos reseñados, a tal efecto no sólo debe tenerse en consideración la CADH sino también la jurisprudencia de la Corte IDH así como los demás tratados interamericanos de los que el Estado sea parte. En ese sentido, se ha expedido el Tribunal en autos *“Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala”*.²⁸

Este deber no queda circunscripto exclusivamente al resultado del ejercicio de la función jurisdiccional de la Corte IDH, sino que también tendrá que considerarse lo señalado en las opiniones consultivas.²⁹

Con el objeto de alcanzar un análisis global de lo que implica el control de convencionalidad, es relevante mencionar que según lo ha precisado el Tribunal internacional, el ejercicio del mismo puede llevar a la expulsión de normas contrarias a la CADH, o bien a su interpretación conforme a la misma.

20 La primera posibilidad está inserta en el compromiso de adecuar la legislación interna contenida en el art. 2º de la CADH, que impone la obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención.³⁰

En relación a la segunda, esto es la interpretación conforme a las disposiciones de la CADH, la Corte IDH ha dicho que: *“(...) no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana (...). También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación (...) se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención (...)”*.³¹

²⁷ Corte IDH, *“Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador”*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285.

²⁸ Corte IDH, *“Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala”*. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253.

²⁹ Corte IDH, *“Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

³⁰ Corte IDH, *“Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”*, op. cit., Párr. 121; y *“Caso Mendoza y otros Vs. Argentina”*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, Párr. 332.

³¹ Corte IDH, *“Caso Radilla Pacheco Vs. México”*, op. cit., Párr. 338. Mismo criterio adoptó en

De la casuística identificada en este apartado pueden extraerse características principales del control de convencionalidad; a saber: i) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los restantes tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; ii) debe llevarlo a cabo cualquier autoridad pública en el ámbito de sus competencias; iii) puede practicarse a pedido de parte, pero también de oficio; y, iv) su ejercicio puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la misma.

Ahora bien, a fin de completar el análisis sobre los aspectos centrales del concepto de control de convencionalidad restan abordar dos puntos importantes; por un lado, el mecanismo procedimental interno por cual se ejerce; y, por el otro, el parámetro con que debe realizarse el referido control, si bien este tópico ha sido de alguna manera introducido, es trascendental efectuar algunas precisiones conceptuales.

En lo que refiere al primero, la Corte IDH ha dejado en claro que la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad.³² En consecuencia, el diseño dependerá de la legislación procesal interna de cada país.

Respecto del segundo, es del caso mencionar que quizás se trate de uno de los aspectos más controvertidos del control de convencionalidad. El Tribunal Interamericano ha señalado que el parámetro para ejercer el control de convencionalidad no es sólo la CADH, sino también su propia jurisprudencia y los restantes tratados de los que el Estado sea parte. Esta línea argumentativa fue profundizada en el caso “*Gelman*”³³ donde la Corte IDH parte de la premisa que a los efectos del control de convencionalidad debe tenerse presente tanto las disposiciones convencionales como su propia jurisprudencia, atento el carácter de interprete final del Pacto que ostenta.

Lo peculiar es que sobre esta última realiza una distinción basada en si la sentencia fue dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Ello en el entendimiento que “(...) cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana (...) el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia (...) precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta

“*Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*”. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párr. 284.

³² Corte IDH, “*Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*”, op. cit., Párr. 124.

³³ Corte IDH, “*Caso Gelman Vs. Uruguay*”. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

como justificación para dejar de cumplir con la misma (...)” (Párrafos 67 y 68).

En cambio, cuando el Estado no ha sido parte en el proceso, por el hecho de ser parte en la CADH todas sus autoridades públicas deben ejercer en el marco de sus respectivas competencias el control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, como en la determinación de casos concretos (Párrafo 69).

En virtud de lo argumentado el Tribunal concluye: “(...) *por un lado, que sus sentencias producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales y, por otro, que el control de convencionalidad es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, solo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción*” (Párrafo 87).

Como puede observarse, se trata de la obligación de las autoridades internas de realizar lo que puede denominarse un control de convencionalidad preventivo teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, en caso que no se logre adecuada solución a la cuestión en el plano doméstico, y el caso sea sometido a la jurisdicción del Tribunal Internacional, éste llevará a cabo un control complementario de convencionalidad.³⁴

22

2. La recepción del control de convencionalidad por la Corte Suprema argentina

Comenzaré por realizar un breve repaso del valor que la jurisprudencia del Alto Tribunal argentino le fue otorgando a las recomendaciones, opiniones consultivas y fallos de los organismos interamericanos.

En el precedente “*Giroldi*”³⁵ entendió que la fórmula de redacción empleada por el inciso 22 del artículo 75 CN, “en las condiciones de su vigencia” significaba tal como la Convención efectivamente rige en el ámbito internacional y “*considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana*” (Considerando 11). Esta interpretación consagra el ingreso al sistema jurídico argentino de la jurisprudencia de la Corte IDH.

³⁴ BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales”, LL 2014-A, pp.761.

³⁵ CSJN, Fallos 318:514, “*Giroldi, Horacio D. y otro*”, (1995).

En la sentencia “*Bramajo*”,³⁶ hizo extensivo el citado razonamiento a los informes de la Comisión Interamericana (Considerando 8º). Sin embargo, en ese entonces el convencimiento de la CSJN acerca de la obligatoriedad de aquellas recomendaciones era dudoso dado que su jurisprudencia en este punto no era uniforme. Sirva de muestra lo decidido en “*Acosta*”,³⁷ donde puntualizó: “(...) si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial” (Considerando 13 de la mayoría), ratificando esta última postura en “*Felicetti*”.³⁸

Nuevamente se pronunció sobre la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH en “*Arancibia Clavel*”,³⁹ en efecto, subrayó que “(...) el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto a los derechos humanos, sino también un deber de garantía (...) el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, (...) de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos (...)” (Considerando 36 del voto de la mayoría).

Por su parte, en la causa “*Espósito*”⁴⁰ se advierte un avance en este mismo camino, ya que afianza el criterio que venía afirmando en torno a la concepción de la jurisprudencia de la Corte IDH como una imprescindible pauta de interpretación de todos los deberes y obligaciones que derivan de la CADH. En esta oportunidad, se expidió a favor de la obligatoriedad de la jurisprudencia del Tribunal de cita cuando el Estado es parte en el proceso internacional, al aseverar que “(...) lo decidido por la Corte Interamericana (...) en el caso “*Bulacio vs. Argentina*”, en el que se declarara la responsabilidad internacional del Estado argentino -entre otros puntos- por la deficiente tramitación de este expediente (...) resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.I, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional” (Considerandos 5º y 6º del voto de la mayoría).

Esta doctrina fue robustecida y ampliada en el caso “*Simón*”,⁴¹ donde el más Alto Tribunal funda su cambio de criterio en la reforma constitucional de 1994, a partir de la cual el Estado argentino asume frente al derecho internacional “(...)

³⁶ CSJN, Fallos 319:1840, “*Bramajo, Hernán J.*”, (1996).

³⁷ CSJN, Fallos 321:3555, “*Acosta, Claudia B. y otros*”, (1998).

³⁸ CSJN, Fallos 323:4130, “*Felicetti, Roberto y otros*”, (2000).

³⁹ CSJN, Fallos 327:3312, “*Arancibia Clavel, Enrique L.*”, (2004).

⁴⁰ CSJN, Fallos 327:5668, “*Espósito, Miguel A.*”, (2004).

⁴¹ CSJN, Fallos 328:2056, “*Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*”, (2005).

y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*” (Considerando 15 del voto de la mayoría).

Además, en esa misma oportunidad, hace referencia al valor que debe asignársele a los informes de la Comisión IDH en los siguientes términos “(...) *la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*” (Considerando 17 del voto de la mayoría). Después de los vaivenes jurisprudenciales era necesario que nuestro Máximo Tribunal despejara las dudas que había generado en el caso “Acosta” respecto a la fuerza vinculante de los informes de la Comisión. Ello, por cuanto no podía, por una parte, invocarse continuamente derechos y obligaciones reconocidos en los instrumentos intencionales con jerarquía constitucional y, al mismo tiempo transmitir interrogantes sobre la obligatoriedad de las decisiones de uno de sus más importantes intérpretes.⁴²

La posición de la CSJN en torno a la función de la jurisprudencia de la Corte IDH se vio reforzada a partir de la creación de la doctrina del control de convencionalidad.

24

El primer paso en esta materia lo dio en la causa “Mazzeo”,⁴³ en la que reafirmó la preeminencia de los tratados sobre las leyes, y corroboró su postura en el sentido que “(...) *la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*” (Considerando 20 de la mayoría). A su vez, reproduce con exactitud lo dispuesto por la Corte IDH en “Almonacid Arellano” sobre control de convencionalidad en el ya citado párrafo 124 (Considerando 21 de la mayoría). Esta postura fue reiterada en el dictamen del Procurador en autos “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación”.⁴⁴

En el fallo “Videla”⁴⁵ la CSJN utiliza como fundamento de su decisorio la

⁴² PIZZOLO, Calogero, “Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso Simón”, LL 2005-D, pp.510.

⁴³ CSJN, Fallos 330:3248, “Mazzeo, Julio Lilo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, (2007).

⁴⁴ CSJN, A. 93. XLV, “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación”, (2012).

⁴⁵ CSJN, Fallos 333:1657, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ Recurso de casación”, (2010).

doctrina del “*Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”, concerniente al deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* (Considerando 10).

En estas mismas coordenadas se expidió en “*Rodríguez Pereyra*”,⁴⁶ es decir pronunciándose una vez más a favor de la validez del control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio por parte del Poder Judicial.

En forma categórica, añade que de conformidad con la doctrina de la Corte IDH no existen duda alguna “(...) *que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad (...). Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa -formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango*” (Considerando 12 del voto de mayoría).

En “*A., D. D. s/ homicidio agravado*”,⁴⁷ la CSJN comparte las conclusiones del dictamen de la Procuradora General que señaló: “(...) *corresponde que en el ejercicio del “control de convencionalidad” la justicia argentina adecue sus fallos a los expresos términos de la sentencia de la Corte Interamericana (...)*” (Apartado VI).

En suma, del estudio jurisprudencial efectuado se desprende con absoluta claridad que la CSJN acepta lisa y llanamente la doctrina del control de convencionalidad en los términos en los que ha sido desarrollada por la Corte IDH. Así, en “*Mazzeo*” se observa una primera insinuación de la materia; mientras que a partir del fallo “*Videla*” se acatan cuestiones más específicas, como la que versa sobre el ejercicio incluso *ex officio* de tal fiscalización convencional, ratificando tal temperamento en “*Rodríguez Pereyra*”.

Es preciso mencionar que atento el modelo de control de constitucionalidad difuso que rige, a nivel federal, en nuestro país, el test de convencionalidad quedará en mano de todos los jueces locales, y en su caso de la CSJN. En relación a cuáles son las decisiones de la Corte IDH que resultan obligatorias para el país y por tanto para los jueces domésticos parte de la doctrina⁴⁸ considera que cuando el tribunal interamericano resuelve un caso concreto donde la Argentina ha sido

⁴⁶ CSJN, Fallos 335:2333, “*Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios*”, (2012).

⁴⁷ CSJN, “*A., D. D. s/ homicidio agravado*”, (2014).

⁴⁸ ABALOS, María Gabriela, “Las cortes supremas provinciales y su lealtad con la Corte Suprema Nacional y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *LL Gran Cuyo* 2014 (octubre), pp.929.

parte, no hay duda que su decisión es vinculante porque el Estado argentino que ha aceptado su jurisdicción transnacional. Ahora, cuando no ha sido parte en el proceso interamericano, de los fallos del Alto Tribunal -como “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”, “*Girolodi*”, “*Acosta*”- se extrae que las sentencias de la Corte IDH constituye “una insoslayable pauta de interpretación”, o “una imprescindible pauta de interpretación” como en “*Simón*”, entre otros; consolidándose el control de convencionalidad a partir de “*Mazzeo*” y reafirmandose en reiteradas oportunidades. En este marco, se ha cuestionado que los Estados puedan verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte IDH vertida en un procedimiento en el que no fueron parte, sin embargo coincido con quienes sostienen⁴⁹ que la Corte Suprema supera esta crítica al afirmar que constituyen pautas interpretativas que igualmente debe ser tenidas en cuenta obligatoriamente por esa misma Corte y por los tribunales domésticos.

Mención aparte merece lo decidido por la CSJN en “*Fontevicchia*”⁵⁰ donde el voto de la mayoría⁵¹ señaló que las sentencias de la Corte IDH dictadas en procesos donde el Estado argentino es parte son de cumplimiento obligatorio, siempre que sean dictadas dentro del marco de sus potestades remediales. Ahora bien, sostuvo que el Tribunal interamericano al ordenar dejar sin efecto una sentencia firme ha recurrido a un mecanismo reconstitutivo no previsto en el texto convencional, que además “choca” con la esfera de reserva soberana consagrada por el constituyente local (artículo 27 CN), delimitada por los principios de derecho público establecidos en la CN, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse.

26

Ello en tanto, uno de estos principios cardinales es el carácter de la CSJN como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial que se vería seriamente afectado si se revoca una sentencia firme dictada por ese Tribunal. Por lo que resuelve no hacer lugar a lo solicitado, aclarando que lo expuesto no implica negar el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH, sino entender que la obligatoriedad que surge del art. 68.1 CADH debe circunscribirse a materias sobre las que el Tribunal internacional tiene competencia.

Por su parte, el voto de Rosatti parte de la premisa que la viabilidad de la orden emitida por la Corte IDH debe ser analizada a la luz de las posibilidades que brinda el sistema jurídico argentino. Se diferencia del voto mayoritario en tanto introduce la noción de “margen de apreciación nacional”, que a su criterio fue consagrado en el artículo 27 CN. Cabe recordar que esta noción fue desarrollada de forma pretoriana por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La idea que subyace, en palabras de

⁴⁹ Ibídem.

⁵⁰ CSJN, “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Sentencia del 14/02/2017.

⁵¹ Integrada por los jueces Lorenzetti, Highton y Rosenkratz.

García Roca,⁵² es que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos. Esta teoría no ha sido receptada aún por la Corte IDH y quizás por ello tampoco desarrollada por la doctrina argentina.

Siguiendo esta línea argumental, enfatiza que a partir de dicha cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente el derecho internacional sobre el ordenamiento constitucional. Agrega que el carácter supremo de la CSJN es uno de los elementos constitutivos de los principios de derecho público a los que hace referencia el citado dispositivo, que se sustenta con el carácter inalterable de sus pronunciamientos firmes, pasados en autoridad de cosa juzgada, no siendo posible dejarlos sin efectos lo que supone revocarlos.

Resalta que en un contexto de “diálogo jurisprudencial” que procura mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencia entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, cabe concluir que no es posible concretar la revocación formal del decisorio nacional sin violentar lo dispuesto por los artículos 27 y 75, inc. 22 CN.

Por último, en disidencia Maqueda considera que corresponde dejar sin efecto la sentencia de la CSJN dado que a partir de la reforma constitucional de 1994 las sentencias de la Corte IDH en causas en las que el Estado argentino es parte son obligatorias. A mayor abundamiento, explica que el deber de cumplir con lo ordenado por el Tribunal Interamericano responde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual estos deben acatar sus obligaciones convencionales de buena fe y no pueden por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones asumidas so pena de verse comprometida la mencionada responsabilidad.

En este último caso puede observarse un diálogo entre ambos tribunales, tendiente a establecer los términos en los que debe llevarse a cabo el control de convencionalidad, así como las limitaciones de esta doctrina.

En este marco de estudio, es trascendental mencionar otros casos en los que el Estado argentino ha sido parte en la instancia interamericana; así a propósito de la presentación del Procurador del Tesoro de la Nación a fin que la CSJN instrumentará lo decidido por la Corte IDH en el fallo “*Cantos*”,⁵³ el Alto Tribunal local decidió no acatar lo dispuesto amparándose en normativa interna.

Luego, en la causa “*Derecho, René*”⁵⁴ la CSJN remarcó la obligatoriedad

⁵² GARCIA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Thomson Reuters, España, 2010, pp.113.

⁵³ Corte IDH, “*Cantos vs. Argentina*”, Sentencia del 28/11/2002.

⁵⁴ CSJN, “*Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal*”, Sentencia del 29/11/2011.

de los fallos de la Corte IDH en aquellos proceso en que Argentina es parte, acatando por eso la sentencia dictada por el Tribunal Internacional en “*Bueno Alves vs. Argentina*”⁵⁵ y dejando sin efecto la que la propia Corte había dictado con anterioridad.

Si bien las similitudes de este caso con el de “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*” son notorias, lo cierto es que en este último se produce un cambio de criterio ya que el Tribunal argentino reafirmó su carácter de supremo en el orden jurisdiccional. Ello no importa desconocer la obligatoriedad de las decisiones interamericanas ya que tanto el voto mayoritario con los de Rosatti y Maqueda son contestes en este sentido; sin embargo, el cambio jurisprudencial viene de la mano de los límites al ejercicio del control de convencionalidad.

Mientras el voto de la mayoría hace hincapié en la necesidad que este control se ejerza dentro de los límites de la competencia de la Corte IDH. Al respecto se ha sostenido⁵⁶ que la decisión mayoritaria realiza un control de convencionalidad de la sentencia de la Corte IDH, en los términos mencionados, y uno de constitucionalidad posterior donde pone de resalto la primacía de los principios de derecho público nacionales por sobre los tratados con jerarquía constitucional, y ahí la clave es la reiteración de carácter de órgano supremo y cabeza del Poder Judicial.

Lo que se impone es la necesidad de fortalecer una relación concertada y de dialogo ente la Corte IDH y los tribunales de cúspide en materia constitucional de los Estados partes del sistema interamericano.⁵⁷ Por ello, es que debe pensarse en lo que se ha denominado “diálogo interjurisdiccional”, que apunta a la “(...) *coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, que puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de derecho (...)*”.⁵⁸

⁵⁵ Corte IDH, “*Bueno Alves vs. Argentina*”, Sentencia del 11/05/2007.

⁵⁶ ABALOS, María Gabriela, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana”, *LL* 2017-B, *Suplemento Constitucional* (marzo), pp.3.

⁵⁷ BAZÁN, Víctor, “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”, *LL Sup. Act.*, 01/02/2011, pp.1.

⁵⁸ JIMENA QUESADA, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Nº 15, Primer Semestre 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2010, pp. 41-74.

III. El sistema de fuentes y las pautas interpretativas del Código Civil y Comercial de la Nación

El Capítulo 1, “Derecho”, del Título Preliminar del CCyCN constituye la columna vertebral del nuevo código al introducir tres disposiciones que vienen a plasmar de manera expresa la recepción por parte del derecho civil del sistema de fuentes consagrado a través de la reforma constitucional de 1994.

Parte de reconocer al CCyCN como una ley reglamentaria de la Constitución en los términos del carácter de legislación general o común que establece el artículo 75 inciso 12 de la Ley Suprema, por consiguiente la adecuación del Código a la CN constituye una necesidad de dar coherencia a nuestro sistema jurídico aplicando el principio de subsunción en virtud del cual el derecho infraconstitucional debe responder y adecuarse coherentemente al texto constitucional como suprema expresión jurídica del Estado Democrático de Derecho.⁵⁹

Así, el artículo 1º, “Fuentes y aplicación”, dispone: *“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”*.

29

En los fundamentos del Anteproyecto se advierte la necesidad de incorporar estos principios rectores del derecho privado, para que los operadores jurídicos cuenten con guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, que exige muchas veces recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores.⁶⁰

El dispositivo legal introduce reglas generales respecto de las fuentes y la interpretación de manera coordinada con otros microsistemas. Es decir, el CCyCN se ocupa de un sistema de fuentes, desde una óptica mucho más abarcativa en relación a su antecesor, superando en este sentido la dicotomía existente entre el derecho público y el derecho privado.

De ahí que se exija recurrir a una pluralidad de fuentes, que exceden su propio texto, para que una decisión judicial sea considerada razonablemente fundada. En forma categórica la norma en análisis, refiere a la “ley aplicable” como fuente principal para resolver un caso concreto. Sin embargo, se incorpora un requisito más; el deber de “confrontar” esa reglamentación con la CN y los Tratados Internacionales en

⁵⁹ DALLA VÍA, Alberto R., “Sobre la constitucionalización del derecho privado”, AA.VV., *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, Directores: Alberto Ricardo DALLA VÍA y Alberto Manuel GARCÍA LEMA, t. 1, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, pp.41/47.

⁶⁰ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit., pp.445.

materia de Derechos Humanos que comparten su misma jerarquía.

Si bien se trata, como se anticipará, de situar al CCyCN en el lugar que le corresponde dentro del sistema jurídico. Y desde esta perspectiva, no existe novedad alguna ya que implica reeceptar de manera expresa el orden de prelación de las fuentes del derecho establecido por la Constitución Nacional, en su carácter de norma ordenadora de todo el sistema.

Lo cierto es que el concepto de “interpretación conforme” no se había expresado con tanta claridad en ninguna norma jurídica interna, independientemente de ser utilizado por los tribunales en materia de control de constitucionalidad y de convencionalidad.⁶¹

Sin duda, los instrumentos de derechos humanos –con jerarquía constitucional desde 1994- han obligado a revisar y *aggiornar* todo el plexo normativo infraconstitucional. Desde ya que el código civil no estuvo exento y se hizo eco de las proyecciones que trajo como consecuencia la última reforma constitucional. Ello toda vez que, si las leyes aplicables deben ser interpretadas de conformidad con la CN y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, se requiere un permanente diálogo entre el derecho constitucional – convencional y el derecho privado.

Es que el primer artículo sitúa al CCyCN como parte integrante de un sistema jurídico, por lo que debe respetar principios y derechos consagrados en instrumentos de jurídicos de mayor jerarquía, que son los que cumple dos funciones trascendentales: a) sentar las bases axiológicas sobre las que se estructura el Código; y b) servir de guía para dirimir los casos que se presentan mediante la aplicación de las distintas fuentes.⁶²

Sentado lo expuesto, cabe resaltar que el Título I del CC se denominaba “De las leyes”, a diferencia del actual que se titula “Derecho”, como puede observarse se emplea una noción mucho más amplia que da cuenta que las fuentes del derecho no son solo las leyes. De conformidad con lo dispuesto por el CCyCN las fuentes del derecho privado son: a) leyes aplicables (el propio CCyCN y las leyes complementarias), las que deben estar en total consonancia con la CN y los tratados de derechos humanos en los que el país sea parte, y los que carezcan de tal valoración normativa pero que hayan sido ratificados por el país; y b) en un segundo nivel, los usos, prácticas y costumbres en las siguientes condiciones: i) cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos, ii) en situaciones no regladas legalmente, y iii) siempre que no sean contrarios a derecho. No puede soslayarse que se suprimió como fuente expresa del derecho a la jurisprudencia, la cual estaba

⁶¹ LOIANNO, Adelina, “La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, op. cit., pp.7.

⁶² CERRO, María Marta, “El nuevo Código Civil: Fin de un debate histórico”, AA.VV., *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, op. cit., pp.88.

prevista en la versión elaborada por la Comisión redactora. Lo que no significa que no sea fuente de derecho, sino que no está mencionada como las fuentes del derecho principales, ello a fin de evitar obstáculos para que el derecho se modernice a través de interpretaciones que acompañen los cambios sociales.⁶³

Por su parte, y en perfecta sincronía, el artículo 2° del CCyCN establece: *“La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*.

Se introducen pautas interpretativas claras y precisas; en primer término, incorpora la interpretación literal como la primera fuente imprescindible para desentrañar el sentido de la norma de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN que frecuentemente reitera: *“cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente”*.⁶⁴

El Alto Tribunal considera que: *“La primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley; no cabe pues a los jueces sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió”*.⁶⁵

Entonces la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, lo que no equivale a afirmar que la interpretación deba ser efectuada en forma meramente literal, sino que los jueces deben determinar el sentido de las palabras y los términos estableciendo su significado jurídico, aunque resulte distinto de su acepción semántica o vulgar.⁶⁶ Es decir, que los términos de la ley deben ser interpretados de acuerdo con el sentido propio y de conformidad con las técnicas legales empleadas en el ordenamiento jurídico en el que dicha norma se inserta.

No obstante, y a mayor abundamiento, el dispositivo legal hace referencia a la finalidad de la ley, receptando así una interpretación teleológica que le da la posibilidad al intérprete de consagrar la exégesis que mejor asegure los objetivos para los cuales la norma fue dictada. De esta manera, se supera la interpretación voluntarista consistente en respetar la voluntad del legislador, consolidándose un criterio interpretativo dinámico que coadyuva a adaptar el derecho a los cambios sociales.

Asimismo, se introduce otra pauta a ser tenida en cuenta: *“las leyes análogas”*;

⁶³ HERRERA, Marisa y CAMELO, Gustavo, “Título Preliminar. Capítulo 1: Derecho”, AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Directores: Gustavo CAMELO; Sebastián PICASSO y Marisa HERRERA, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp.12.

⁶⁴ CSJN, Fallos 311:1042, “Suárez Mason, Carlos G. y otros s/ homicidio, privación ilegal de la libertad”, Sentencia del 21/06/1988; entre muchos otros.

⁶⁵ CSJN, Fallos 324:1740, “Banco BANSUD S.A c/ Secretaria de Comercio e Inversiones - Disposición 1242/9”, Sentencia del 30/05/2001, entre otros.

⁶⁶ VITOLLO, Daniel R., “La interpretación de la ley en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Disponible en <https://dpicuantico.com/2015/05/06/diario-comercial-economico-y-empresarial-nro-25-06-05-2015/>.

lo que permite reconocer el valor preminente que tiene la legislación especial o complementaria para receptar el dinamismo social.

En concordancia con el artículo 1º, recepta como regla interpretativa la que surge de los tratados de derechos humanos de conformidad con el diseño constitucional vigente.

Por último, menciona como elemento de interpretación “los principios y valores jurídicos”, lo que importa tomar en cuenta conceptos jurídicos indeterminados. Estos “(...) *no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico*”.⁶⁷

En forma complementaria el artículo 3º prescribe: “*El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*”.

Al requisito ineludible de la fundamentación en las decisiones judiciales, se le adiciona el de la razonabilidad. Enseña Gelli,⁶⁸ al analizar el artículo 28 CN, que el principio interpretativo de razonabilidad surge de una norma operativa por lo que resulta forzosa su aplicación por todos los órganos de poder en el Estado de Derecho, entendido éste, precisamente, como estado de razón. Agrega la jurista que, si lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, es decir contrario a lo carente de sustento —o que deriva sólo de la voluntad de quien produce el acto, aunque esa voluntad sea colectiva—, una sentencia será razonable cuando este motivada en los hechos y circunstancias que derivan de la causa y fundada en el derecho vigente.

En este contexto cabe recordar que la CSJN ha precisado que las sentencias arbitrarias, presentan omisiones y desaciertos de tal gravedad que quedan descalificadas como actos judiciales. En efecto, la doctrina de la arbitrariedad de sentencia elaborada por nuestro Máximo Tribunal tuvo en miras el respeto más absoluto del derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal, exigiendo que los pronunciamientos judiciales sean una derivación razonada del derecho vigente y de las constancias debidamente arribadas en la causa.

En relación a los criterios de sentencias arbitrarias, la Corte ha señalado que “(...) *arbitrariedad solo la hay cuando se resuelve contra o con prescindencia de lo expresamente dispuesto por la ley respecto al caso, se prescinde de pruebas fehacientes, regularmente traídas al juicio o se hace remisión a las que no constan en él. El error en la interpretación de la primera o en la estimación de las segundas, sea cual fuere su gravedad, no hace arbitraria a una sentencia*

⁶⁷ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit., pp.448.

⁶⁸ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, t. I, 5a ed., Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018, pp.558.

*en el sentido propio y estricto de la expresión —que es el que debe presidir el discernimiento de la procedencia del recurso extraordinario en estos casos—, porque la existencia de él es por sí sola demostrativa de que el pronunciamiento no se ha desentendido de la ley y de la prueba, sino que se ha hecho según una interpretación equivocada —es decir, tomando por verdadera la que no lo es—, de la primera y una apreciación también equivocada de la segunda, es decir, que no es un mero acto de arbitrariedad o capricho del juzgador”.*⁶⁹

A modo de síntesis, puede aseverarse que la CSJN ha considerado que un pronunciamiento no está “razonablemente fundado” en los siguientes supuestos: a) Falta de fundamentación suficiente, es decir aquellos pronunciamientos dogmáticos que solo encuentran sustento en la voluntad del juzgador; b) Defectos de fundamentación, se ve en sentencias desprovistas de base legal; c) Defectos en la consideración de extremos conducentes, se refiere a aquellos pronunciamientos que omiten ponderar cuestiones básicas y elementales para resolver la controversia; d) Apartamiento de las constancias de la causa, se da ante la existencia en el caso de constancias que resultan inconciliables con los términos de la sentencia; e) Valoración de circunstancias de hecho y de prueba, acontece frente a la sentencia que aprecia de manera inválida las constancias habidas en la causa; f) Excesos u omisiones en el pronunciamiento, se manifiesta cuando la decisión omite expedirse sobre cuestiones planteadas o lo hace sobre asuntos no debatidos; g) Exceso de ritual manifiesto, aquí la sentencia traduce un excesivo apego a la ley de forma que oculta la verdad objetiva; y h) Contradicción, cuando la sentencia ostenta conclusiones encontradas, inconciliables y excluyentes.⁷⁰

33

No obstante, el alcance de dicha norma no pretende únicamente hacer referencia a las pautas procesales que rigen los contenidos de las sentencias, como tampoco viene a receptor exclusivamente los criterios jurisprudenciales de la CSJN en materia de arbitrariedad de sentencias. Por el contrario, su proyección es de mayor amplitud e importa la subordinación del CCyCN a los principios jurídicos y valores que emergen de la Ley Fundamental y de los tratados, por estar incluidos en normas de mayor jerarquía, y por ende conducen también al control de constitucionalidad de los preceptos del Código.⁷¹

⁶⁹ CSJN, Fallos 207:72, “Carlozzi, Domingo c/ Tornese Ballesteros Miguel y otros”, Sentencia del 14/02/1947.

⁷⁰ SPOTA, Alberto A. (h), “Recurso Extraordinario Federal y Arbitrariedad de Sentencia”, AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Universidad, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005, pp.375-382.

⁷¹ GARCIA LEMA, Alberto M., “Interpretación de la Constitución reformada y del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, AA.VV., *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, op. cit., pp.132/133.

IV. A modo de reflexión final

En las últimas décadas el derecho se ha visto inmerso en un proceso de internacionalización, que introduce cambios trascendentales en los sistemas normativos. Argentina no se mantuvo ajena a este proceso.⁷²

Como consecuencia del artículo 75, inciso 22 CN, la clásica pirámide kelseniana se transformó en una especie de trapecio. En la cúspide, el reinado de la Constitución dejó de ser absoluto y exclusivo, ya que ahora lo comparte con los instrumentos internacionales que pasaron a tener la misma jerarquía. Esto no significa en modo alguno sacrificar la noción de supremacía constitucional, ya que ha sido la propia Ley Suprema la que ha renunciado a ejercer en soledad la función de concordancia, y a ser la única fuente de la validez jurídica del resto de las normas que forman parte del sistema.⁷³

Ahora bien, la internacionalización de los derechos humanos que produce dicha norma modifica radicalmente el sistema de fuentes del ordenamiento argentino, dando lugar a lo que la doctrina ha denominado el BCF, es decir el conjunto normativo que se erige en parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

34 En este contexto deben insertarse el debate que gira en torno a la constitucionalización del derecho privado, y a la relación de este último con el control de constitucionalidad y convencionalidad.

Ello toda vez que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos –con jerarquía constitucional desde el año 1994–, impactan directamente sobre todo el sistema jurídico argentino y el CCyCN por supuesto queda inserto en este movimiento.

En esta línea, el Decreto 191/2011⁷⁴ que crea la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, en sus considerandos expone: *“Que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos. Que todas estas circunstancias tornan necesario proceder a actualizar y unificar la Legislación Nacional en materia de derecho privado,*

⁷² BASTERRA, Marcela I., “Aspectos constitucionales del Proyecto de Código”, LL 2012-F, pp.1366.

⁷³ PIZZOLO, Calogero, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”, LL 2006-D, pp.1023.

⁷⁴ Decreto N° 191/2011, publicado en el B.O. del 28/02/2011.

procurando elaborar una obra que, sin sustituir la legislación especial, contuviera una serie de principios generales ordenadores”.

El BCF condiciona toda la normativa infraconstitucional, que tiene que reestructurarse de conformidad con los principios básicos que emergen de este nuevo sistema de fuentes. El ordenamiento jurídico argentino, tiene que adecuarse a este bloque normativo que sienta las bases de todo el sistema.

Por lo demás, cabe destacar que no es sólo el bloque normativo el que debe ser tenido en cuenta, sino que también hay que considerar las pautas interpretativas de los órganos competentes. En efecto, según la interpretación de la Corte IDH y de la CSJN, el control de convencionalidad abarca no solo la compatibilidad del ordenamiento jurídico interno con la CADH, sino también su conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Interamericano en su carácter de intérprete final de la Convención. Además, según la misma jurisprudencia de la Corte IDH, esta compatibilidad comprende no solamente la Convención sino también todos los instrumentos internacionales regionales y ratificados en América, que constituye el *corpus iuris* básico de protección de los Derechos Humanos en la región.⁷⁵

Es por ello, que a cinco años de la vigencia del nuevo CCyCN, cabe celebrar la elaboración de este cuerpo normativo que recepta los grandes avances que el ordenamiento jurídico argentino tuvo a la luz de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como también el desarrollo jurisprudencial que se ha ido consolidando durante este tiempo.

Sin duda, se trata de un salto cualitativo para el derecho privado en tanto el CCyCN se constituye en un parámetro interpretativo de destacada importancia para asegurar la tutela de la persona a través de los derechos fundamentales.

En efecto, no puede soslayarse el impacto que tuvo en gran parte de las temáticas que regula; a título de ejemplo pueden mencionarse los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los notables avances sobre el derecho constitucional de familia, y el reconocimiento de nuevas formas de familia, los derechos económicos sociales y culturales, entre muchos otros.

Como puede observarse, se consolida el ansiado y necesario dialogo de fuentes que siempre debió imperar entre el derecho constitucional y el privado. Ello bajo la premisa que en el sistema jurídico argentino las propias características del modelo de control de constitucionalidad hacen que sea obligatorio para todos los jueces llevar a cabo el *test* de constitucionalidad – convencionalidad.

En este escenario, es impensable que el CCyCN puede quedar exento de la reestructuración y actualización que impone la perspectiva constitucional-convencional.

⁷⁵ Corte IDH, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Bibliografía

ÁBALOS, María Gabriela, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana”, *Suplemento Constitucional* (marzo), pp. 3 y ss. (LL 2017-B, pp. 220 y ss.).

_____, “Las cortes supremas provinciales y su lealtad con la Corte Suprema Nacional y con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *LL Gran Cuyo* 2014 (octubre), pp. 929 y ss.

BASTERRA, Marcela I., “Aspectos constitucionales del Proyecto de Código”, *LL* 2012-F, pp. 1366 y ss.

BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales”, *LL* 2014-A, pp. 761 y ss.

_____, “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”, *LL Sup. Act.*, 01/02/2011, pp.1.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. I, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.

CERRO, María Marta, “El nuevo Código Civil: Fin de un debate histórico”, AA.VV., *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, Directores: Alberto Ricardo DALLA VÍA y Alberto Manuel GARCÍA LEMA, t. 1, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, pp. 55-93.

DALLA VÍA, Alberto R., “Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial”, *LL* 2014-B, pp. 913 y ss.

_____, “Sobre la constitucionalización del derecho privado”, AA.VV., *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, Directores: Alberto Ricardo DALLA VÍA y Alberto Manuel GARCÍA LEMA, t. 1, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, pp. 35-53.

GARCIA LEMA, Alberto M., “Interpretación de la Constitución reformada y del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, AA.VV., *Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación*, Directores: Alberto Ricardo DALLA VÍA y Alberto Manuel GARCÍA LEMA, t. 1, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, pp. 95-139.

GARCIA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Thomson Reuters, España, 2010.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, t. II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011.

HERRERA, Marisa y CAMELO, Gustavo, “Título Preliminar. Capítulo 1: Derecho”, AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Directores: Gustavo CAMELO; Sebastián PICASSO y Marisa HERRERA, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 5 y ss.

JIMENA QUESADA, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 15, Primer Semestre 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2010, pp. 41-74.

LOIANNO, Adelina, “La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, AA.VV., *Cuestiones procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Necesidad de armonizar y unificar las reglas técnicas*, Director: Osvaldo A. GOZAINI, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2018, pp. 13 y ss.

37

PIZZOLO, Calogero, “Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso Simón”, *LL 2005-D*, pp. 510 y ss.

_____, “El problema de las normas interconectadas: Una visión desde la Convención Interamericana de Derechos Humanos”, *LL UNLP 2013-43*, pp. 115 y ss.

_____, “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”, *LL 2006-D*, pp. 1023 y ss.

SAGÜÉS, Néstor P., “Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano”, *LL 2010-D*, pp. 1245 y ss.

SPOTA, Alberto A. (h), “Recurso Extraordinario Federal y Arbitrariedad de Sentencia”, AA.VV., *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Universidad, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005, pp. 375-382.

VITOLLO, Daniel R., “La interpretación de la ley en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Disponible en <https://dpicuantico.com/2015/05/06/diario-comercial-economico-y-empresarial-nro-25-06-05-2015/>.